



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 03-2021-00264-02

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación presentado por **IVAN DARIO MORALES CORREA** contra la sentencia 18 de marzo de 2024 proferida por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá que levantó el fuero sindical y autorizó el despido del trabajador (*min.39:30, archivo “25VideoSentenciaPrimeraInstancia20240318”*)

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

FAMISANAR EPS S.A.S. llamó a juicio a **IVAN DARIO MORALES CORREA** para que se declare que el demandado tiene fuero sindical, que incurrió en una justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo; en consecuencia, se levante el fuero sindical y autorice su despido, junto con la condena en costas (*pág. 2 a 14, archivo “01Demanda”*).

Como fundamento fáctico indicó que el demandado se encuentra vinculado a **FAMISANAR E.P.S S.A.S.** a través de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de enero de 2011

desempeñando el cargo de gestor intrahospitalario; el trabajador ocupa el cargo de tesorero de junta subdirectiva Bogotá de la organización SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE EPS FAMISANAR SAS “SINTRAFAMISANAR”; el demandado debía cumplir sus obligaciones legales y contractuales según la cláusula de exclusividad; el 12 de marzo de 2021, vía correo electrónico, la entidad conoció que **IVAN DARIO MORALES CORREA** prestaba sus servicios a la ESE Hospital Pedro León Álvarez Díaz de la Mesa- Cundinamarca mediante contrato de prestación de servicios desde el 05 de enero de 2021 hasta el 31 de mayo de 2021, para prestar los servicios profesionales de apoyo para la auditoria de concurrencia del área asistencial del Hospital, actividades que están íntimamente relacionadas con las funciones que ejecuta para **FAMISANAR EPS**.

Manifestó que el 15 de marzo de 2021, se dio apertura al proceso disciplinario, citando a la diligencia de descargos, la cual se llevó a cabo el 17 de marzo siguiente, donde el demandado manifestó que la prestación del servicio era virtual, lo manejaba en horas diferentes a las del trabajo, no tenía conocimiento del pacto de exclusividad y no vio la necesidad de reportar la situación puesto que no eran las mismas funciones; luego de estudiar el material probatorio del proceso, el 18 de marzo de 2021 le notificó al trabajador la carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa por infringir el pacto de exclusividad, decisión contra la que se presentó recurso de apelación el 24 de marzo de 2021, resuelto el 27 de abril de 2021 (*pág. 2 a 14, archivo 01Demanda*”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

IVAN DARIO MORALES CORREA se opuso a las pretensiones, afirmando que no incurrió en justa causa para la terminación del contrato de trabajo y que en el procedimiento disciplinario no se probó la comisión de ninguna conducta. Formuló como previa la excepción de *prescripción* y no propuso excepciones de mérito (*min. 00:10:20, archivo “16VideoAudienciaApelacionAuto20230810”*).

El SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE FAMISANAR EPS CAFAM-COLSUBSIDIO “SINTRAFAMISANAR” coadyuvó la petición que hizo la defensa del trabajador y solicitó no se accedan a las pretensiones de la demanda al no existir circunstancias fácticas y jurídicas que permitan el levantamiento del amparo sindical que protege a IVÁN MORALES. Formuló como previa la excepción de *prescripción* y como de fondo las excepciones de *debido proceso*, buena fe e inexistencia de la obligación (*min. 00:20:11, archivo “16VideoAudienciaApelacionAuto20230810”*).

En audiencia del 10 de agosto de 2023 se declaró no probada la excepción previa de *prescripción* (*min. 00:29:13, archivo “16VideoAudienciaApelacionAuto20230810”*), decisión confirmada por esta Corporación en providencia del 27 de septiembre de 2023 (*archivo “05AutoResuelve”, carpeta “C02ApelacionAuto”*)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min.39:30, archivo “25VideoSentenciaPrimeraInstancia20240318”*)

El 18 de marzo de 2024, el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) ARTICULO PRIMERO: DECLARAR que el demandado IVAN DARIO MORALES CORREA es integrante de la organización sindical SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA EPS FAMISANAR S.A.S “SINTRA-FAMISANAR” SUBDIRECTIVA BOGOTÁ en el cargo de tesorero y por lo tanto gozaba de garantía de fuero sindical conforme a la parte motiva de esta providencia. **ARTICULO SEGUNDO: DECLARAR** que el demandado IVAN DARIO MORALES CORREA incurrió en una justa causa de despido conforme a la parte considerativa de esta providencia. **ARTÍCULO TERCERO: Como consecuencia, ORDENAR** el levantamiento del fuero sindical del demandado IVAN DARIO MORALES CORREA y **AUTORIZAR** el despido de este por parte de la demandante FAMISANAR E.P.S. conforme a la parte motiva de esta providencia. **ARTICULO CUARTO:** Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia. **ARTICULO QUINTO:** En caso de no ser apelada esta providencia por parte del demandado, CONSÚLTESE con el superior en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que estaba demostrada la calidad de aforado sindical del demandado. Luego de analizar los documentos aportados y el interrogatorio rendido por el accionante, encontró acreditada la configuración de la conducta señalada en la carta de terminación del contrato de trabajo, pues el trabajador incumplió la cláusula de exclusividad en virtud de la cual se prohibió expresamente la ejecución de labores a favor de terceros sin la previa autorización del empleador, conducta que a su vez fue pactada como una causal de terminación del contrato. Sostuvo que el demandado laboró para la ESE Hospital Pedro León Álvarez Díaz de la Mesa- Cundinamarca, ostentando tareas similares a las realizadas a favor del demandante **FAMISANAR**. Y con el interrogatorio se demostró que el trabajador era consciente que las labores que desempeñaba podrían ser similares a las que realizaba para la EPS, por lo que estaba plenamente informado sobre la naturaleza de sus acciones y el posible conflicto que estas podrían generar.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada **IVAN DARIO MORALES CORREA** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Adujo que el juez incurrió en un yerro al concluir que existía una cláusula de exclusividad entre las partes pese a que la misma no reúne los elementos necesarios para su configuración dado que no se precisó de manera clara y precisa cuáles fueron las actividades en que se considera la exclusividad, únicamente contiene conceptos abstractos, amplios y generales, no cumpliendo las exigencias de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en especial porque dicha Corte ha precisado que la exclusividad es dentro de la jornada laboral y, en este caso, el trabajador realizó las actividades en su tiempo libre y no hay prueba de que se haya realizado durante la jornada laboral. Además, que no tendría sentido que se aplique una cláusula, como si la subordinación fuera por el 100% del tiempo del trabajador. Afirmó que por la forma en que quedó redactada la cláusula debió declararse su ineficacia porque viola los derechos fundamentales del trabajador, además las actividades del contrato de

prestación de servicios no tenía relación con las funciones desempeñadas en el contrato laboral, pues virtud de la relación laboral su cargo era de enfermero intra hospitalario y el objeto en el contrato de prestación de servicios era el de apoyo a la gestión para la auditoría (*min.41:22, archivo “25VideoSentenciaPrimeraInstancia20240318”*)

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar el recurso de apelación.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es procedente levantar el fuero sindical del trabajador **IVAN DARIO MORALES CORREA** por incurrir en una justa causa y autorizar su despido, atendiendo los argumentos elevados en el recurso de apelación, y conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

VI. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos facticos: **i) IVAN DARIO MORALES CORREA** se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido con **FAMISANAR E.P.S S.A.S.** el 17 de enero de 2011, para ocupar el cargo de *enfermero auditor* (*pág. 71 a 74, archivo “01Demanda”*); **ii)** el trabajador hace parte de la junta subdirectiva Bogotá del **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE FAMISANAR EPS CAFAM-COLSUBSIDIO “SINTRAFAMISANAR”** como tesorero (*aceptado por FAMISANAR E.P.S. desde el escrito de la demanda y se corrobora con la documental obrante en las páginas 151 a 154, archivo “01Demanda”*); **iii) IVAN DARIO MORALES CORREA** suscribió contrato de prestación de servicios con la ESE Hospital Pedro León Álvarez Díaz del Municipio de La Mesa – Cundinamarca como apoyo a la gestión para la auditoría

de concurrencia del área asistencial, cuya vigencia se pactó desde el 05 de enero de 2021 hasta el 31 de mayo de 2021 (*pág. 78, archivo “01Demanda”*); *iv*) mediante comunicación del 18 de marzo de 2021, y previa diligencia de descargos, **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.** comunicó al demandado la terminación del contrato de trabajo aduciendo justa causa (*pág. 80 a 82, archivo “01Demanda”*).

- **Sobre el Fuero Sindical.**

A fin de proteger el derecho de organización sindical, la normatividad sustancial laboral consagró la existencia de un fuero que protege a ciertos trabajadores por su importancia en la organización, garantía que se elevó a rango constitucional en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991.

El artículo 405 del CST, define este fuero como la garantía a no ser despedido, desmejorado en sus condiciones de trabajo ni trasladado a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo. A su vez, el artículo 406 del CST, determinó cuales trabajadores están amparados, incluyendo los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, así como dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.

Y el artículo 410 del CST, consagra las justas causas para que el juez laboral autorice el despido de un trabajador amparado con fuero sindical: *a*) la liquidación o clausura definitiva de las empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador} durante más de ciento veinte (120) días, y *b*) las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

Respecto la naturaleza y finalidad del fuero sindical, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha precisado que dicho fuero garantiza la calificación judicial previa para despedir, desmejorar las condiciones de trabajo o trasladar a otros establecimientos a aquellos trabajadores señalados en el artículo 406 del CST (SL Rad. 15.013 del 27 de febrero de 2001), protegiendo y garantizando los derechos de asociación, de libertad sindical y negociación colectiva (SL5119 de 2018 y SL4818 de 2020). Por su parte, en la sentencia SL13275 de 2016, la misma Corte reiteró que el fuero procura evitar que el empleador perturbe indebidamente la acción legítima de los sindicatos reconocida constitucionalmente, de allí que se haya consagrado un proceso especial para solicitar autorización judicial previa para despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de trabajo de aquellos trabajadores aforados o para que en caso de que dichas acciones hayan sido ya efectuadas sin la respectiva autorización, el trabajador pueda solicitar su reintegro.

CASO CONCRETO

En este asunto no hay discusión de que **IVAN DARIO MORALES CORREA** se encuentra vinculado como trabajador de **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.** y goza de la garantía de fuero sindical por ser miembro de la junta subdirectiva Seccional Bogotá de la organización sindical denominada **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE FAMISANAR EPS CAFAM-COLSUBSIDIO “SINTRAFAMISANAR”** (artículo 406 del CST). El debate radica en si se acreditaron o no las causas objetivas suficientes para autorizar el despido del aforado sindical, conforme con los argumentos expuestos en la alzada.

Al efecto, se resalta que la causal de terminación del contrato invocada por el empleador corresponde a la contenida en el literal b) del artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo, relativa a las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo carga de la prueba de la parte que invoca la acción

especial acreditar el cumplimiento de todos los presupuestos para la prosperidad de la pretensión.

En la carta de terminación del contrato se invocaron de forma específica el numeral 6° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, literal c) de la cláusula novena del contrato de trabajo y desconocimiento del Código de Conducta y Buen Gobierno (Numeral 7.2.), a los que se debe supeditar el análisis.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a la causal del numeral 6 del literal a) del artículo 62 del CST, esto es, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, ha reiterado que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto, si se trata de la primera hipótesis de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso, mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al Juez solo le es dable verificar si se dio o no la conducta enrostrada (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

Sin embargo, la anterior tesis fue revaluada recientemente por la misma Corporación al advertir que siempre la gravedad de la falta, independiente del instrumento que la contenga, legales o convencionales, deberá estar precedida de un juicio valorativo por parte del juez, en el que se avale la entidad jurídica de la conducta allí prevista como justa causa de despido, o se descalifique la misma, atendiendo las circunstancias o características particulares de cada caso (CSJ SL2857-2023, reiterada en SL771-2024).

Al revisar el expediente se observa que en el contrato de trabajo que suscribieron las partes se pactó en la Cláusula Novena lo siguiente:

*“NOVENA.- Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato de trabajo, por parte de EL EMPLEADOR además de las estipuladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el literal a) del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, y en el Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa, las siguientes: ... c) **La ejecución por parte del EMPLEADO de labores remuneradas al servicio de terceros, sin autorización de patrono**” (pág. 73, archivo “01Demanda”). Resaltado por la Sala.*

Y bajo esa premisa el empleador terminó el contrato de trabajo al indicar que el demandado incumplió el pacto de exclusividad, advirtiéndolo que en la misma no quedó supeditada a la ejecución de actividades dentro de la jornada de trabajo.

El artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo. La Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia sostiene que, según este artículo, la regla general es que una persona puede prestar servicios a varios patronos, a menos que se hubiera pactado expresamente lo contrario, caso en el cual, en consideración del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 55 del estatuto sustancial del trabajo, y por tratarse de un pacto que no contraría regla de derecho alguna, al trabajador le queda vedada la posibilidad de prestar servicios a otro empleador, de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad (CSJ SL Rad. 39.078 de 2010).

La misma Corporación sostiene que la inclusión de la cláusula de exclusividad en la prestación del servicio busca garantizar la correcta ejecución de las tareas encomendadas y la protección de la inversión (CSJ SL11661-2015, SL4959-2019). Igualmente, que para

que pueda constituirse la justa causa de despido basada en la violación de la cláusula de exclusividad deben concurrir al menos dos circunstancias de hecho: (i) que las partes hubieren pactado la susodicha cláusula y, (ii) que, pese al pacto, el trabajador hubiere prestados servicios «de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad» a otro empleador (CSJ SL1715-2016).

Pues bien, al revisar el expediente se tiene que, en comunicación del 15 de marzo de 2021, el Coordinador de Relaciones Laborales de la EPS demandante le notificó al trabajador la apertura del proceso, formulación de cargos, y citación a diligencia de descargos (pág. 75 a 77, *archivo "01Demanda"*); el 17 de marzo siguiente se realizó la diligencia de descargos donde se le puso de presente el incumplimiento de sus obligaciones.

En esa oportunidad **IVAN DARIO MORALES CORREA** expresó que en **FAMISANAR** cumple funciones de auditoría concurrente y de cuentas médicas, solicita el censo diario de los pacientes a la IPS asignada, Clínica Palermo, se encuentra realizando teletrabajo hace más de un año por efectos de la pandemia, verificación de pacientes en la historia clínica, su estado clínico, sus pendientes y auditoría de las cuenta reportadas a **FAMISANAR EPS**, entre otras; leyó el contrato de trabajo pero no tiene copia y no recuerda que exista exclusividad; si presta servicios para la ESE del Municipio de La Mesa – Cundinamarca, por temas económicos y familiares lo llevaron a esa situación, los presta de forma virtual, los cuales no han afectado los cumplimientos diarios en la EPS, los hace en horas diferentes a su trabajo, en especial los días sábados; en la ESE hace acompañamientos de asesoría, en auditoria, verifica el estado de los pacientes; no solicitó permiso y no sabía que tenía que solicitárselo al empleador para desarrollar una actividad extralaboral; no vio la necesidad de reportar conflicto de intereses dado que no realiza las mismas funciones que cumple en **FAMISANAR**, no maneja valores económicos como lo hace en la Clínica Palermo, no revisa cuentas, en

la ESE sólo da un concepto del estado del paciente (*min. 3:49, enlace pág. 12, archivo “01Demanda”*).

Y en el interrogatorio rendido por el demandado en audiencia del 10 de agosto de 2023, reiteró lo señalado en la diligencia de descargos, adicionando que si bien en la ESE Hospital Pedro León Álvarez Díaz del Municipio de La Mesa – Cundinamarca se atendían pacientes de todas las EPS, cuando se trataban de afiliados de **FAMISANAR** *no les hacia la concurrencia dado el conflicto de intereses (min. 47:01, archivo “15VideoAudienciaApelacionAuto20230810”)*. Y el testimonio rendido por José Manuel González Sánchez, compañero de trabajo del accionado y presidente de la organización sindical, no aportó información relevante (*min. 14:06, archivo “21VideoAudienciaTramite20231211.mp4”*).

Del análisis de estas pruebas, junto con demás documentales obrantes en el expediente, la Sala encuentra acreditado el incumplimiento grave de las obligaciones legales del trabajador, como lo sostuvo el *a quo*, que acredita la justa causa invocada por el empleador para terminar el contrato de trabajo.

En efecto, al pactarse en el literal c) de la cláusula novena del contrato de trabajo la exclusividad en el servicio, y pese a que no se haya acordado su disponibilidad¹, obligaba al trabajador a no prestar servicios similares a los que ejecutaba con **FAMISANAR** o, en su defecto, a solicitar autorización a su empleador atendiendo el acuerdo de voluntades.

En este caso, **FAMISANAR** demostró que **IVAN DARIO MORALES CORREA** atendía obligaciones contractuales similares, a través de un contrato de prestación de servicios, a favor de ESE Hospital Pedro León Álvarez Díaz del Municipio de La Mesa –

¹ La disponibilidad laboral implica que el asalariado no pueda desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar pues debe estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados (CSJ Sala de Descongestión Laboral SL1514-2023).

Cundinamarca, aspecto que el mismo trabajador aceptó en el interrogatorio donde señaló que a favor de la ESE realizaba acompañamientos de asesoría, en auditoria, verificaba el estado de los pacientes, situación que indudablemente se enmarca en la esfera de competencia que cumple en la EPS. Fue tan consciente de la incompatibilidad de las funciones que IVAN DARIO manifestó que en la ESE atendía pacientes de todas las EPS, pero que a los afiliados de **FAMISANAR** no realizaba la concurrencia dado el conflicto de intereses, circunstancia que no probó en este juicio (*min. 14:06, archivo "21VideoAudienciaTramite20231211.mp4"*).

Por eso, la cláusula de exclusividad deviene razonable en este asunto por cuanto el demandante se dedicó a similar oficio desarrollado a favor de su empleador, sin que este tuviera conocimiento de forma oportuna y sin contar con su respectiva autorización. Por ende, la situación de coexistencia de contratos en la que se encontraba **IVAN DARIO MORALES CORREA** para el momento de la diligencia de descargos, vulneró la cláusula de exclusividad pactada con **EPS FAMISANAR**.

Frente al incumplimiento del Código de Conducta y Buen Gobierno (Numeral 7.2.), conocido por el demandado según lo manifestó en la diligencia de descargos y en el interrogatorio, también se configuró, al faltar el trabajador al deber de fidelidad consagrados en los artículos 55 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo y a realizar actividades incompatibles con su contrato de trabajo.

Y aun cuando el trabajador y a su apoderada sostuvieron que la ejecución del contrato de prestación de servicios se realizó en jornada diferente al contrato laboral, en nada cambia la situación al advertirse que el incumplimiento no se genera porque haya desarrollado o no el mismo de forma concomitante con su jornada laboral, sino porque las funciones adelantadas en virtud de ambos contratos fueron similares, pese a que con **EPS FAMISANAR** se pactó cláusula de exclusividad.

Bajo el anterior análisis, se configuró la justa causa invocada por el empleador, por lo que procede el levantamiento de la garantía sindical que cobija a **IVAN DARIO MORALES CORREA** y el permiso para despedir, lo que descarta los argumentos de la recurrente, motivo suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.
Salvo voto


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente me aparto de la decisión de la Sala, por las siguientes razones:

En mi criterio en la cláusula novena del contrato no se pactó cláusula de exclusividad alguna, allí lo que se estipula es la creación de justas causas adicionales a las previstas por la ley, lo que surge de la lectura de la cláusula citada así:

“NOVENA.- **Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato de trabajo, por parte de EL EMPLEADOR además de las estipuladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo**, subrogado por el literal a) del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, y en el Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa, las siguientes: ... c) La ejecución por parte del EMPLEADO de labores remuneradas al servicio de terceros, sin autorización de patrono”

Al respecto y de vieja data ha señalado la CSJ en sentencia de Rad 37823 de 14 de noviembre de 2012 MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE lo siguiente:

“(…)

“Ha adoctrinado la jurisprudencia desde antaño que las causales que permiten a un empleador terminar un contrato laboral tanto en el sector particular como en el oficial tienen un carácter taxativo, ello implica que por fuera de las enlistadas expresamente por el legislador en cada caso, no puede agregarse ninguna otra, ni siquiera por avenimiento de las partes.”

Siendo sostenido desde entonces en varias sentencias entre la de Rad 43264 de 7 de febrero de 2018; MP ERNESTO FORERO VARGAS, en donde se dijo

“(…)

Frente al argumento presentado por el censor, el cual fue básicamente que las justas causas para dar terminado el contrato de trabajo son las establecidas taxativamente en la ley, y que dentro de las mismas no se observaba que las partes de mutuo acuerdo pudieran pactar otra diferente, argumento que es totalmente acertado, **ya que las partes no pueden crear justas causas de despido, porque esta es una competencia privativa del legislador, como quiera que de acuerdo al artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, éste código contiene el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores,**



«no produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo», así quedó establecido en sentencia CSJ SL, 21 de feb. 2012:

[...]

1º) El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo afirma: “Mínimo de derechos y garantías. Las disposiciones **de este Código** contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.” (El resaltado es de la Sala).

[...]

En los citados preceptos legales y en ciertos principios constitucionales (como los contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política, entre otros), se encuentra el substrato normativo del llamado “orden público laboral”. Así, el artículo 14 del C.S.T. dispone: **“Carácter de orden público. Irrenunciabilidad. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley” (se resalta).**

El “orden público” en general es un tópico, más que un concepto determinado, que refiere a las normas necesarias para la convivencia y el disfrute efectivo de los derechos dentro del estado. A su vez, el orden público laboral está conformado por normas (reglas y principios) constitucionales y legales imperativas y coercitivas, que rigen necesariamente en el ámbito de las relaciones de trabajo. Este concepto constituye, entonces, una limitante al principio de la libertad contractual, pues se configura por preceptos que el Estado ha erigido como guardianes de principios vitales de la sociedad, no renunciables ni susceptibles de ser modificados o derogados por las partes, salvo –como lo afirma la norma últimamente citada– “los casos expresamente exceptuados por la ley”, so pena de ineficacia. En lo atinente al derecho laboral, las normas de orden público establecen aquellos derechos mínimos que limitan la autonomía de la voluntad de empleadores y trabajadores, pues, dentro del espíritu eminentemente tuitivo del derecho laboral, protegen prevalentemente a éstos. Vulneraría el orden público laboral, por ejemplo, la estipulación de jornadas superiores a la legal, o la renuncia a devengar recargos nocturnos o por trabajo en días de descanso obligatorio, salvo las excepciones legalmente consagradas.

En consecuencia, es evidente que las justas causas están taxativamente señaladas por el legislador en el artículo 62 del CST, sin que sea permitido plantear unas nuevas o similares, pues están son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables...”



En ese orden la aludida cláusula novena, que señaló justas causas, además de las contenidas en la **Ley es una clausula ineficaz**, luego no existía ni esa como justa causa; -porque no puede pactarse-; ni menos aún interpretar que es un pacto de exclusividad, lo que es diferente y también requiere de requisitos. Luego al no existir pacto de exclusividad, no había lugar a autorizar la terminación del contrato.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.04-2022-00296-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR** y **SKANDIA**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 21 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexados, y a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado y los aportes y absolvió a la llamada en garantía (*min. 01:17:50, archivo “27GrabaciónAudiencia20240221”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

GLORIA EUGENIA PALACIO CHAMIE llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se

ordene a la AFP **SKANDIA** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentran en la cuenta individual, a **COLPENSIONES** aceptar el traslado, efectuar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con las condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria reclama el pago de la indemnización de perjuicios.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 21 de mayo de 1986 hasta el 30 de septiembre de 1996; en el año 1998 los asesores del fondo privado **PORVENIR** le indicaron que lo mejor para su futuro pensional era trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, por lo que el 24 de marzo de 1998 firmó el formulario de vinculación; el 21 de enero de 2009 se trasladó a **SKANDIA**; durante su vinculación con las AFP, no recibió asesoría donde le informaran las características de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas del traslado; el 21 de abril de 2022 solicitó a **SKANDIA** simulación pensional; el 16 de mayo de 2022 le solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia de la afiliación, petición que fue negada el 16 de mayo siguiente (*pág. 4 a 12, archivo “01DemandaOrdinariaySecuenciaActa”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y propuso como previa la excepción de *prescripción* y como de mérito las excepciones de *prescripción*; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; restituciones mutuas y la innominada o genérica (*pág. 2 a 30, archivo “07ContestacionDemandaPorvenir”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, la reclamación administrativa y su respuesta, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *validez de la afiliación al RAIS*; saneamiento de una presunta nulidad; solicitud de traslado de dineros de gastos de administración; *prescripción*; imposibilidad jurídica para reconocer y

pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; buena fe de Colpensiones; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (pág. 2 a 21, archivo “10ContestacionColpensiones”).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las excepciones de *prescripción*; buena fe; cobro de no lo debido por inexistencia de la obligación y la innominada o genérica (pág. 2 a 26, archivo “13ContestacionyLlamamientoSkandia”). Llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (pág. 112 a 119, archivo “13ContestacionyLlamamientoSkandia”).

Mediante providencia del 1° de agosto de 2023 se admitió el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo “16AutoAdmiteContestacionesLLlamamientoEnGarantia”) entidad que al contestar la demanda ni se opuso ni se allanó a las pretensiones expresando que no le corresponde a ella efectuar el pronunciamiento del caso. Frente al llamamiento en garantía se opuso a las pretensiones, aceptó la iniciación del proceso ordinario laboral, la suscripción de contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia entre SKANDIA y MAPFRE, las coberturas y los respectivos pagos realizados por SKANDIA, propuso las excepciones de *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 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 y reconocimiento oficioso de excepciones* (pág. 2 a 16, archivo “19ContestacionyLlamamientoSkandia”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:17:50, archivo “27GrabaciónAudiencia20240221”)

El 21 de febrero de 2024, el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de GLORIA EUGENIA PALACIO CHAMIE a PORVENIR, suscrita en marzo y efectiva a partir de mayo de 1998. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP SKANDIA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Esta orden deberá cumplirse en el término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora. La anterior orden deberá ser cumplida dentro del mismo término señalado en el numeral anterior. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Esta orden deberá cumplirse en el término de los 15 días siguientes al señalado en los numerales anteriores. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandadas SKANDIA, Y PORVENIR, en favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cada una de ellas. **SÉPTIMO: DECLARAR** probada la excepción de mérito denominada 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. **OCTAVO: CONDENAR** en costas a Skandia a favor de Mapfre. Fíjense como agencias en

*derecho un salario mínimo legal mensual vigente. **NOVENO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral...”*

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba recaía en **PORVENIR**, a quien le correspondía demostrar el tipo de información que le dio a la demandante al momento del traslado, las consecuencias positivas como negativas y las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, que como tal aspecto no ocurrió y se demostró la falta al deber de información, demuestra que esa afiliación es ineficaz, siendo obligación de las AFP trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos por conceptos de aportes pensionales, debidamente indexados. Y negó el llamamiento en garantía al advertir que MAPFRE no está obligada a restituir suma alguna.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial. Adujo que retornar los conceptos de forma indexada y con cargo a sus propios recursos no es volver las cosas a su estado original, sino a un estado diferente donde **COLPENSIONES** va a recibir una mayor cantidad de dinero si las cotizaciones se hubieran realizado al RPM; además, a la actora siempre se le mantuvo una rentabilidad mínima en su cuenta de ahorro individual, lo que de plano desdibuja cualquier tipo de devaluación de los valores que se ordenan retornar. Tampoco considera viable que se ordene retornar los valores que fueron destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los propios recursos ya que no se estaría privando de todo efecto práctico a ese negocio jurídico, pues estos recursos tuvieron una destinación específica de cobertura y no tendrían ningún uso en el otro régimen pensional (*min. 01:20:27, archivo “27GrabaciónAudiencia20240221”*).

La apoderada de **SKANDIA** solicitó la revocatoria de la condena. Señaló que a la ineficacia de traslado no se le pueden dar efectos distintos a los previstos en la ley, cuyos efectos están contenidos en el artículo 897 del Código de Comercio, por lo que considera que no existe razón alguna

para que se condene a la devolución de unos rendimientos financieros si este negocio jurídico nunca existió; que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la justicia; en caso de que se confirme la sentencia, se debe revocar la indexación dado que los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante se han mantenido actualizados en el tiempo y, por tanto, resulta siendo una doble condena (*min. 01:24:23, archivo “27GrabaciónAudiencia20240221”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el doctor Fausto Alejandro Villalba Salinas, identificado con C.C. No. 1.000.588.698 y T.P. No. 419732 del CSJ, allegó documental que lo acredita como apoderado judicial de la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien a su vez actúa como apoderada principal de **SKANDIA**, motivo por el cual se le reconoce dicha condición en esta instancia.

Los apoderados de **SKANDIA** y **PORVENIR** reiteraron los argumentos expuestos en la alzada, para obtener la revocatoria de la sentencia. Y la apoderada de **COLPENSIONES**, pese a que la entidad no recurrió la decisión, solicitó su revocatoria.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los

recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, la procedencia de la devolución total del aporte pensional y la indexación, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) GLORIA EUGENIA PALACIO CHAMIE** nació el 27 de marzo de 1960 y se afilió al ISS para el periodo de mayo de 1986 (*pág. 13 y 14, archivo “01DemandaOrdinariaySecuenciaActa”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con **PORVENIR** el 24 de marzo de 1998, con efectividad desde el 1° de mayo siguiente (*pág. 69 y 70, archivo “07ContestacionDemandaPorvenir”*), y posteriormente se trasladó a **SKANDIA** el 21 de enero de 2009, donde permanece vinculada actualmente (*pág. 199, archivo “13ContestacionyLlamamientoSkandia”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que

tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado posea una expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

GLORIA EUGENIA PALACIO CHAMIE en la demanda señaló que, al momento de la vinculación al RAIS, **PORVENIR** no le entregó información completa, clara, oportuna y comprensible respecto de las incidencias del traslado del RPM al RAIS, de lo que se deduce que tuvo algún tipo de asesoría por parte de la AFP. Sin embargo, al absolver interrogatorio expresó que no recibió asesoría alguna porque fue el empleador quien la afilió directamente a esa AFP y, además que la firma que contiene el formulario no es la suya, pese a que dicho documento no fue desconocido en su oportunidad.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que en casos similares el magistrado ponente se ha decantado por señalar que en aquellos eventos donde no intervino, de ninguna forma, los asesores de la AFP, no se puede hablar de una falta al deber de información del fondo de pensiones, no siendo una circunstancia equivalente a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS.

Sin embargo, esa tesis debe flexibilizarse en este asunto donde fue el propio fondo de pensiones quien aceptó que esa asesoría se llevó a cabo. En efecto, al contestar el *hecho* 5° de la demanda (*pág. 3, archivo “07ContestacionDemandaPorvenir”*), **PORVENIR** aceptó que la afiliación ocurrió una vez la actora recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales, circunstancia que se armoniza con el formulario de afiliación donde aparece como asesor de la AFP José Isaac Caldas (*pág. 70, archivo “07ContestacionDemandaPorvenir”*).

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y

comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, sin que este deber se infiera del diligenciamiento del formulario de vinculación, lo que conlleva a la declaratoria de ineficacia de ese acto jurídico.

Se resalta que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados entre fondos administradores del RAIS, permanecer varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin

descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento formulado en la alzada por **SKANDIA** y **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Además, la ineficacia del traslado de régimen pensional obliga a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a corregir y actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que genera que las **AFP DEMANDADAS** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Si bien es cierto la jurisprudencia constituye un criterio auxiliar en la actividad de los jueces de la República, en los términos del artículo 230 de la Constitución Política, como lo sostuvo la apoderada de **SKANDIA** en la alzada, también lo es que tienen el deber de observarla, así como de manifestar las razones sólidas de su apartamiento (CSJ SL698-2021), y en este tipo de asuntos la Sala acoge en su integridad el precedente emanado del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria.

Por otra parte, se modificará la parte resolutive de la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación

permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

Y se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia para precisar que no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino la ineficacia del traslado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.05-2013-00123-03

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **EMILIA CORTES DE MARTINEZ** contra la sentencia del 14 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la pasiva de todas las pretensiones (*min. 1:14:38, archivo "74AudienciaArt80"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

EMILIA CORTES DE MARTINEZ llamó a juicio a **GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.) con el fin de que se declare que entre las partes existieron varios contratos de trabajo que estuvieron vigentes entre el día 7 de mayo de 1966 hasta el día 26 de enero de 2011; que **YANETH VILLAFRADE MARTINEZ, MARTHA YAMILE VILLAFRADE MARTINEZ** y **MARIBEL VILLAFRADE MARTINEZ** en calidad de hijas de **GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.) adeudan las acreencias laborales por todo el tiempo laborado y, en consecuencia, solicita se condene al pago de

diferencia de salarios, pago de prestaciones sociales, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, sanción por no pago de intereses a las cesantías, cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, pensión sanción, indemnización por despido, indemnización moratoria, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 07 de mayo de 1966 entre su hermano JOSE DEL CARMEN CORTES y **GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.) se acordó verbalmente la prestación de servicios para desempeñar la labor de oficios varios en la Marmolería Iris, en la Marmolería Central y en el domicilio de **GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.); sus labores fueron de mensajera, vendedora y aseadora, además debía estar pendiente de las entonces niñas Yaneth, Martha y Maribel Villafrade Martínez, revisar sus tareas, alistar uniformes y acompañarlas del colegio a las marmolerías y de las marmolerías a su domicilio.

Manifestó que la relación laboral se ejecutó en 6 periodos, el primero del 7 de mayo de 1966 hasta el 9 de abril de 1978, el segundo del 20 de septiembre de 1981 hasta el 14 de abril de 1984, el tercero del 3 de mayo de 1986 hasta el 16 de agosto de 1994, el cuarto del 20 de enero de 1996 hasta el 10 de noviembre de 1997, el quinto del 4 de diciembre de 2004 hasta el 7 de octubre de 2007 y el último periodo del 3 de abril de 2008 hasta el 26 de enero de 2011, lo anterior debido a que su salario se encontraba por debajo del mínimo legal y el pago del mismo se realizaba a cuotas.

Afirmó que únicamente fue afiliada a pensiones al Instituto de Seguros Sociales entre el 5 de junio de 1990 al 31 de mayo de 1993; en el año 2007 la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP realizó un censo social a los establecimientos de comercio del cementerio central de Bogotá donde **GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.) fue encuestada; **GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.) sufrió de cáncer de seno y de vez en cuenta

debía acompañarla a la Clínica Country y reclamarle medicamentos; que siempre al darse por terminada la relación laboral la demandada la buscaba nuevamente para que volviera a trabajar por cuanto era buena vendedora (*pág. 1 a 20, archivo “39ReformaDemanda”*).

El 31 de marzo de 2013, falleció **GLADYS MARTINEZ DE VILAFRADE** (q.e.p.d.) (*pág. 4, archivo “30ContestaRequerimiento”*) y en auto del 19 de octubre de 2015 se dispuso la sucesión procesal con **MARTHA YAMILE VILAFRADE MARTINEZ, YANETH VILAFRADE MARTINEZ y MARIBEL VILAFRADE MARTINEZ**, en calidad de hijas de la demandada (*archivo “33SucesionProcesal”*).

En providencia del 28 de julio de 2017 se admitió la reforma de la demanda (*archivo “50AutoContestadaDemanda”*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MARTHA YAMILE VILAFRADE MARTINEZ y YANETH VILAFRADE MARTINEZ se opusieron a las pretensiones, aceptaron que **GLADYS MARTINEZ DE VILAFRADE** (q.e.p.d.) era poseedora de unos locales llamados Marmolería Iris y Marmolería Central y la existencia del diagnóstico médico, expresaron que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propusieron como previa la excepción de *inepta demanda* y como de mérito las excepciones de *inexistencia de la relación laboral*, prescripción de la acción y del derecho, falta de legitimación procesal y en la causa por pasiva. (*pág. 1 a 26, archivo “51ContestaDemanda”*).

Por auto del 27 de noviembre de 2017 se tuvo por no contestada la reforma de la demanda por parte de **MIRABEL VILAFRADE MARTINEZ** (*pág. 1 archivo “52AutoYSolicitud”*).

En audiencia llevada a cabo el 22 de mayo de 2018 el *a quo* declaró no probada la excepción previa de inepta demanda (*pág. 2 y 3, archivo 52AutoYSolicitud*), decisión confirmada por esta Corporación

en providencia del 22 de noviembre de 2018. Posteriormente, en diligencia del 12 de agosto de 2020 el Juzgado negó a la demandada la práctica de una prueba pericial y un testimonio (*archivo “61ActaAudiencia”*), actuación que una vez recurrida también fue confirmada en segunda instancia el 26 de marzo de 2021 (*archivo “64DecisionSegundaInstancia”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 1:14:38, archivo “74AudienciaArt80”*)

El 14 de febrero de 2023, el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación. SEGUNDO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda a los herederos determinados YANET VILLAFRADE MARTÍNEZ, MARTA VILLAFRADE MARTÍNEZ y MARÍA DE VILLAFRADE MARTÍNEZ, así como los indeterminados de todas y cada las pretensiones de la demanda. TERCERO: COSTAS a cargo de la parte de mandante inclúyase como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. CUARTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, consúltese en su totalidad con el superior y a favor de la señora EMILIA CORTÉS DE MARTÍNEZ. (...)”.

Como sustento de la decisión el Juez indicó que aun cuando se acreditó la prestación del servicio por un espacio de tiempo de más de 40 años, según el censo adelantando por la Alcaldía Distrital en el año 2007, es evidente que la demandante no tiene claridad, seguridad y certeza en los periodos en que realmente prestó el servicio, los cuales tampoco se desprenden de las pruebas aportadas y recaudadas, razón por la cual señaló que al no poderse establecer los extremos de cada relación laboral no era posible emitir condena, ni siquiera por aportes a seguridad social.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **EMILIA CORTES DE MARTINEZ** interpuso recurso de apelación. Adujo que, si bien la demandante al momento del interrogatorio no recordaba fechas exactas, estas estaban establecidas en la demanda y solicita darles valor a todas las pruebas, hacer énfasis en la presunción del contrato de trabajo ya que efectivamente si existió la relación laboral y la prestación del servicio fue corroborada por los testimonios recibidos, presunción del contrato que no fue desvirtuada por el empleador. Además, que, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, aunque no se encuentre demostrado con esa exactitud los extremos temporales de la vigencia del contrato de trabajo, estos podrán ser establecidos de forma aproximada (*min. 1:15:52, archivo “74AudienciaArt80”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de las demandadas solicitó la confirmación de la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si existieron o no los contratos de trabajos aducidos en la demanda, en los extremos temporales señalados y, en caso afirmativo, la procedencia o no de las prestaciones económicas reclamadas.

VII. CONSIDERACIONES

- Acerca del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 del CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para

desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

A su vez, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene que para configurar la existencia de un contrato de trabajo no es indispensable la demostración plena de los tres elementos denominados esenciales en el referido artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues bastaría la demostración efectiva de la prestación del servicio para que el contrato de trabajo se presuma. Situación diferente es que para impartir condena en concreto las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden, tales como los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral y el tiempo suplementario si se alega, y demás hechos que se enarbolan como causa de las pretensiones demandadas (SL Rad.42167 y SL3126 de 2021). No obstante, la misma Corte refiere que los jueces del trabajo deben procurar desentrañar de los medios probatorios los extremos temporales de la relación laboral, que se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular o conceder los derechos laborales o sociales que legalmente le correspondan al trabajador (CSJ SL rad. 25580 de 2006, SL42167 de 2012, SL905 de 2013 y SL14032 de 2016, entre otras).

CASO CONCRETO

Bajo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues revisado el material probatorio allegado y recaudado en el juicio, se concluye que la demandante, pese a que demostró haber prestado servicios personales a favor de **GLADYS**

MARTINEZ DE VILLAFRADE (q.e.p.d.) y que operó la presunción legal del elemento subordinación, como indiciario de la existencia de un contrato de trabajo, dicho escenario no es suficiente para acceder a las pretensiones económicas, en la medida en que no hay certeza de los extremos temporales en que se ejecutó esa relación subordinada.

Nótese que la prestación personal del servicio se desprende de la información remitida por la Alcaldía Mayor de Bogotá que da cuenta de un censo realizado en los establecimientos comerciales del Cementerio Central de Bogotá el 22 de julio de 2007, donde **G GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.) como propietaria de la Marmolería iris relacionó como empleado permanente a **EMILIA CORTES DE MARTINEZ** con una antigüedad de 40 años (*pág. 1, 2, 10 a 13, archivo “40Anexos”*). Y también de la historia laboral expedida por el Instituto de Seguros Sociales, donde aparece la demandada como empleadora de la actora desde 05 de junio de 1990 al 31 de mayo de 1993 (*pág. 19, archivo “41AnexoCensoSocial”*)

Distinto son los extremos temporales del contrato de trabajo, los cuales no constituyen ni son elementos para determinar la existencia de la relación laboral, sino que estos son necesarios para liquidar las acreencias generadas a favor del trabajador. Pues bien, se advierte que le correspondía a la demandante la carga de la prueba de acreditar los extremos temporales señalados en la demanda, aspecto que brilla por su ausencia en el expediente al no ejercer ni acreditar medios persuasivos suficientes que los justifiquen.

Al respecto, pese a la información que se deduce del referido censo, con la reforma de la demanda **EMILIA CORTES DE MARTINEZ** manifestó que en realidad se ejecutaron 6 contratos, así: 7 de mayo de 1966 al 9 de abril de 1978; 20 de septiembre de 1981 al 14 de abril de 1984; 3 de mayo de 1986 al 16 de agosto de 1994; 20 de enero de 1996 al 10 de noviembre de 1997; 4 de diciembre de 2004 al 7 de octubre de 2007 y el último periodo correspondiente del 3 de abril de 2008 al 26 de enero de 2011.

En el interrogatorio rendido por la demandante resaltó que “no trabajé seguido sino por temporadas de 6 o 8 meses, me retiraba porque es que ella no me pagaba cumplidamente, pero ella siempre me buscaba para que yo trabajara con ella”, que el periodo más extenso que le trabajó a la demandada fue a partir del año 2007 y recalcó que del 2004 a 2007 no prestó ningún servicio a favor de **GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.) (*min.06:39, archivo “73AudienciaArt80”*), aspectos que no concuerdan con los periodos reclamados en la demanda y que, en todo caso, al tratarse de afirmaciones de la misma parte requerían de medios probatorios que lo acreditaran.

También se recaudó la declaración de **ROSA ELENA MORENO DE MONTENEGRO** (*min.01:38:19, archivo “73AudienciaArt80”*), quien pese a manifestar constarle los servicios y funciones que cumplía **EMILIA CORTES DE MARTINEZ** en la Marmolería Iris, de propiedad de **GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.), algunos aspectos los conoció porque la misma demandante se los contó. Y aunque afirmó que eran compañeras de trabajo porque laboraban en locales que se dividían por una pared, no recordó cuanto tiempo la accionante estuvo ahí. Incluso, sostuvo que EMILIA no salía del país, pese a que la prueba documental incorporada al expediente da cuenta de las salidas al exterior en los años 2003, 2007 y 2008 (*pág. 3 y 4, archivo “47Memoria”*), es decir, sus declaraciones son contradictorias respecto de lo relatado por la propia demandante, no siendo un testigo idóneo procesalmente, contrario a lo afirmado por la apoderada en el recurso.

Del testimonio rendido por **JORGE ELEICER CHAVARRO CASTELLANOS** (*min.02:13:37, archivo “73AudienciaArt80”*), no se deduce, como lo sostiene la recurrente, ninguno de los extremos temporales reclamados en esta acción. Lo anterior por cuanto el declarante lo que señaló fue que tenía negocios con **GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.), quien lo contrataba muy seguido para hacerle columnas, bases para mesas de centro, mesas de comedor, consolas y por eso iba al almacén frecuentemente a entregarle los pedidos, y con ocasión de ello a veces veía a EMILIA en

el local de GLADYS pero no supo que era lo ella hacia; también vio a la accionante en el local de Joaquín Valenzuela y Edgar Guerrero, donde ella era vendedora y le consta porque EMILIA muchas veces le cotizó trabajos, pero no recuerda las fechas.

Y **YANETH VILLAFRADE** y **MARTHA VILLAFRADE** en sus relatos reiteraron la teoría defendida en la contestación de la demanda, esto es, que la demandante no tuvo ninguna relación laboral con su progenitora.

Ahora, los únicos extremos temporales que se pueden deducir son los contenidos en la historia laboral de la demandante expedida por el Instituto de Seguros Sociales donde aparece como empleador **GLADYS MARTINEZ DE VILLAFRADE** (q.e.p.d.) desde el 05 de junio de 1990 al 31 de mayo de 1993, periodo en el cual cotizó al sistema pensional y a favor de la trabajadora un total de 156 semanas (*pág. 19, archivo “41AnexoCensoSocial”*). No obstante, cualquier derecho derivado por la prestación del servicio en ese tiempo se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo.

Por tal razón, no hay ninguna forma de desentrañar los extremos temporales de los contratos de trabajo reclamados en esta acción para calcular o conceder los derechos laborales o sociales que legalmente le correspondían a la trabajadora, razón suficiente para confirmar la sentencia absolutoria.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

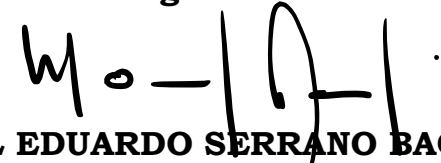
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.05-2022-00028-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 10 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a dicha entidad a pagar la suma de \$7.795.823 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión vejez debidamente indexada (*min. 01:13:20, archivo “14AudienciasArts77y80delCPTSS”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

GERMAN FELACIO URBINA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a **BOGOTÁ D.C. - SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA** con el fin de que se reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión vejez, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que el 24 de septiembre de 2020 solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, entidad que mediante Resolución SUB214502 del 07 de octubre de 2020 le negó la prestación, sustentado en que consultada la base de datos de bonos pensionales se registra con el mismo número de cedula 3.198.690 pensión de jubilación otorgada por el Departamento de Antioquia cancelada por Pasivocol, registrando como beneficiario al señor Torres Gómez Heriberto; por tal motivo, solicitó a la UGPP le certificara si estaba recibiendo algún tipo de prestación pensional y también elevó petición a la Registraduría Nacional de Estado Civil por si existía duplicidad con su número de cédula.

Manifestó que el 04 de enero de 2020 (sic) elevó solicitud de verificación de datos ante la Secretaría de Hacienda y en la respuesta le indicaron que no tenía vinculación con dicha entidad; atendiendo las referidas respuestas, elevó nuevamente solicitud de reconocimiento de indemnización sustitutiva ante **COLPENSIONES**, pero fue negada (*pág. 2 a 6, archivo “02Demanda”*).

En el auto admisorio, de fecha 27 de abril de 2022, se ordenó integrar el contradictorio con la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (*archivo “03AutoAdmite”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** ni se opuso ni se allanó a las pretensiones al afirmar que las mismas no están relacionadas con las competencias de dicha entidad. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, expresó que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público*; falta de legitimación en la causa por pasiva y cobro de lo no debido (*pág. 2 a 9, archivo “04ContestacionMinHacienda”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, las peticiones presentadas y los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la indemnización, señaló que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido*; presunción de legalidad de los actos administrativos; no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno; buena fe; prescripción, compensación y la innominada o genérica (pág. 34 a 45, archivo “08ContestacionColpensiones”).

BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y como medio de defensa invocó las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*; inexistencia de obligación; falta de causa para demandar y la genérica (pág. 2 a 13, archivo “09ContestacionSecretariaHacienda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:13:20, archivo “14AudienciasArts77y80delCPTSS”)

El 10 de agosto de 2023, el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar al señor GERMAN FELACIO URBINA, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 93, en la suma de \$7.795.823, suma que deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial en el mes de agosto de 2023 y como IPC final el del mes anterior al que se efectuó su pago. **SEGUNDO: ABSOLVER** al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. **TERCERO: COSTAS** a cargo de COLPENSIONES, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$600.000 a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante. **CUARTO:** En caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES (...)

Como sustento de la decisión, el Juez indicó que el demandante al cumplir los 62 años manifestó su imposibilidad de seguir cotizando, por

lo que se dan los presupuestos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993. Y aunque **COLPENSIONES** evidenció un presunto reconocimiento pensional previo por parte del Departamento de Antioquia con la misma cédula del demandante, pero a nombre de Heriberto Torres Gómez, según información aplicativo de bonos pensionales, ni siquiera ofició al Departamento de Antioquia para determinar si el demandante era beneficiario de dicha prestación pensional, por lo no existe certeza de dicho reconocimiento. Sin embargo, advirtió que con el certificado de vigencia de la cédula se corrobora que el consecutivo de identificación corresponde el accionante, por lo que se sometió al ciudadano a un desgaste innecesario. En gracia de discusión, precisó que, si **GERMAN FELACIO** estuviera disfrutando una pensión otorgada por una entidad territorial, la misma sería compatible con las prestaciones que otorga el Régimen de Prima Media, al ser cotizaciones realizadas por empleadores del sector privado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Y que al liquidar la prestación arrojó un IBL de toda la vida laboral de \$910.508, al que se aplicó un promedio ponderado de cotización del 5.53%, por 670 semanas, por lo que se obtiene \$7.795.823 como monto indemnizatorio, valor que debe ser indexado por **COLPENSIONES** teniendo como IPC inicial agosto de 2023 e IPC final el de la fecha en que se produzca su pago. Y absolvió al Ministerio de Hacienda y a la Secretaría de Hacienda Distrital al no tener legitimación en la causa.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia solicitando la revocatoria de la condena en costas. Adujo que conforme con el artículo 48 Constitucional los dineros de la seguridad social no se pueden destinar para fines diferentes a ella y, en este caso, la entidad no cuenta con un rubro para el pago de costas y agencias en derecho (*min. 01:14:47, archivo "15Audiencia"*).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de las partes.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, en su calidad de administradora de pensiones de derecho público, se infiere razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66ª y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala definir si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez debidamente indexada y la condena en costas, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos previstos en la ley y en la jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes aspectos fácticos: **i) GERMAN FELACIO URBINA** nació el 17 de septiembre de

1958 (pág. 7, archivo “02Demanda”) y cotizó al ISS hoy **COLPENSIONES** entre el 1° de junio de 1979 al 03 de diciembre de 1992 un total de 670.86 semanas con empleadores del sector privado (pág. 2, archivo “13HistoriaLaboral20230810”); **ii)** el afiliado solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez el 24 de septiembre de 2020, la cual fue negada en resoluciones SUB214502 del 07 de octubre de 2020 (pág. 8 a 13, archivo “02Demanda”) y SUB212731 del 02 de septiembre de 2021 (pág. 26 a 31, archivo “02Demanda”); **iii)** en comunicación del 25 de septiembre de 2020 la UGPP certificó que el demandante no figura como pensionado en esa entidad (pág. 16, archivo “02Demanda”); **iv)** y el 08 de noviembre de 2020, la Registraduría Nacional del Estado Civil informó que la cédula de ciudadanía 3.198.690 se encuentra vigente para la persona de nombre **GERMAN FELACIO URBINA** (pág. 17, archivo “02Demanda”).

- **Fundamentos normativos sobre la indemnización sustitutiva y su liquidación.**

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispuso el derecho al pago de una indemnización sustitutiva, para los afiliados que una vez cumplida la edad de pensión no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas en la Ley para causar el derecho a la pensión de vejez, y declaren su imposibilidad de seguir realizando cotizaciones al Sistema de Pensiones. Señala la norma que esta indemnización será equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, y que a este resultado se le debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Ahora bien, frente a la forma de liquidar esta prestación, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 que reglamentó el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece que: “Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula: $I = SBC \times SC \times PPC$. Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a

efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva”.

CASO CONCRETO

Descendiendo al presente asunto, se tiene que **GERMAN FELACIO URBINA** nació el 17 de septiembre de 1958 (*pág. 7, archivo “02Demanda”*) por lo que cumplió la edad de 62 años el mismo día y mes del año 2020, y cotizó un total de 670.86 semanas (*(pág. 2, archivo “13HistoriaLaboral20230810”)*) con empleadores del sector privado. Por lo tanto, al no acreditar el mínimo de semanas para acceder a la pensión vejez y al no seguir cotizando, circunstancias que no se encuentran en discusión en la alzada, cumple con los requisitos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para que le sea reconocida la indemnización reclamada.

Y aunque **COLPENSIONES** negó la prestación pensional en el trámite administrativo, en ningún momento manifestó la existencia de alguna prestación pensional que fuera incompatible con la contingencia que se reclama. Únicamente su negativa se edificó en el hecho de que según la plataforma de bonos pensionales, con el mismo número de cédula del reclamante, aparece otra persona beneficiada con una pensión de jubilación, así *“consultada la base de datos de Bonos*

Pensionales se constata que bajo la cédula de ciudadanía No. 3,198,690, se registra pensión de jubilación otorgada por DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA cancelada por el PASIVOCOL, sin embargo, se observa que el beneficiario de dicha prestación registra bajo el nombre de TORRES GOMEZ HERIBERTO”, según Resolución SUB214502 del 07 de octubre de 2020 (pág. 8 a 13, archivo “02Demanda”).

No obstante, con los medios de persuasión incorporados al expediente hay plena certeza de que el consecutivo de cédula No.3.198.690 identifica a **GERMAN FELACIO URBINA**, según certificado expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil (pág. 17, archivo “02Demanda”), aspecto que va en consonancia con los datos contenidos en la fotocopia de la referida cédula (pág. 7, archivo “02Demanda”) y en la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** el 10 de agosto de 2023 (archivo “13HistoriaLaboral20230810”), sin que se avizore ningún impedimento para la causación de dicho beneficio, razón suficiente para confirmar este aspecto de la sentencia.

Atendiendo que en el fallo de instancia se estableció el valor de la indemnización sustitutiva, procede la Sala a revisar el referido monto, aclarando que en este caso no se tiene conocimiento del monto mensual cotizado por el actor, por lo que en aplicación del artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 24.369 de 25 de mayo de 2005, lo acordado mayoritariamente por la Sala en cuanto los porcentajes de cotización aplicables, y según el cálculo efectuado con apoyo del grupo liquidador del Tribunal, se obtiene el siguiente resultado:

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1979	214	0,560	126,030	225,054	\$ 3.300,00	\$ 742.677,00	\$ 5.297.763,00
1980	366	0,720	126,030	175,042	\$ 4.410,00	\$ 771.934,00	\$ 9.417.595,00
1981	365	0,900	126,030	140,033	\$ 5.790,00	\$ 810.793,00	\$ 9.864.648,00
1982	365	1,140	126,030	110,553	\$ 7.470,00	\$ 825.828,00	\$ 10.047.574,00
1983	365	1,410	126,030	89,383	\$ 9.480,00	\$ 847.351,00	\$ 10.309.437,00
1984	365	1,650	126,030	76,382	\$ 15.356,30	\$ 1.172.942,00	\$ 14.270.794,00
1985	340	1,950	126,030	64,631	\$ 17.145,26	\$ 1.108.112,00	\$ 12.558.603,00

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1986	365	2,380	126,030	52,954	\$ 14.610,00	\$ 773.655,00	\$ 9.412.803,00
1987	332	2,880	126,030	43,760	\$ 21.420,00	\$ 937.348,00	\$ 10.373.318,00
1988	290	3,580	126,030	35,204	\$ 25.776,50	\$ 907.433,00	\$ 8.771.852,00
1989	365	4,580	126,030	27,517	\$ 39.310,00	\$ 1.081.712,00	\$ 13.160.829,00
1990	365	5,780	126,030	21,804	\$ 47.370,00	\$ 1.032.879,00	\$ 12.566.695,00
1991	260	7,650	126,030	16,475	\$ 57.635,77	\$ 949.521,00	\$ 8.229.182,00
1992	338	9,700	126,030	12,993	\$ 70.260,00	\$ 912.873,00	\$ 10.285.036,00
Total días	4696	Total devengado actualizado a				2023	\$ 144.566.129,0
Semanas Cotizadas S.C.	670,86	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 215.494,66
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					5,485%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2023	\$ 7.929.434,00

El valor de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez a favor de **GERMAN FELACIO URBINA** asciende a la suma de **\$7.929.434**. Sin embargo, al ser superior el valor liquidado por la Sala se confirmará el establecido en primera instancia para no hacer más gravosa la situación del único apelante y dado que no hubo controversia de la parte actora en este aspecto.

Corroborado el monto de la condena, se advierte que no hay lugar a declarar la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES** en atención a que la indemnización sustitutiva puede reclamarse en cualquier tiempo (CSJ SL4559-2019 SL3108-2023) y por tanto el derecho que le asiste al accionante para poder reclamar el bono pensional no prescribe (SL2944-2016, SL4559-2019 y SL5041-2021 entre otras). Por el resultado final del estudio, tampoco encuentran prosperidad los demás medios exceptivos invocados.

Y frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016,

SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto que se reconozca solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 05-2022-00365-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 11 de octubre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual con rendimientos, frutos e intereses, ordenó la actualización de la historia laboral y condenó en costas a **PORVENIR** (min. 47:10 archivo “14AudienciasArts77Y80”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 11 archivo “02Demanda”).**

ANA LILIA SEQUERA HIGUERA solicitó declarar la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al RAIS ante la AFP **PORVENIR** y de los demás traslados horizontales posteriores, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que estuvo afiliada al ISS entre el 22 de julio de 1985 al 21 de diciembre de 2002, acumulando un total de 380 semanas cotizadas, trasladándose al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** a partir del mes de diciembre de 2002, para cuando laboraba al servicio del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, afiliación que se llevó a cabo de manera desinformada y engañosa, AFP en la cual tiene un total de 1257 semanas al mes de enero de 2022, por lo que en abril de 2022 radicó petición ante las demandadas

solicitando declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado, peticiones que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, negó todos los hechos de la demanda, pero, admitió el traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante el 26 de noviembre de 2002. Formuló las excepciones de inexistencia de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (pág. 2 a 30 archivo “05ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la densidad de semanas cotizadas por la demandante al ISS, la radicación de la solicitud de nulidad de traslado elevada el 10 de abril de 2022 y su respuesta negativa y expresó no constarle los demás hechos de la demanda. Interpuso las excepciones de la la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la innominada o genérica (pág. 2 a 30 archivo “06ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 29:26 archivo “14AudienciasArts77Y80”).

El 11 de octubre de 2023, el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizada por la señora OMAIRA ABADÍA REY a través de PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a

*actualizar su historia laboral. **TERCERO: COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes. **CUARTO:** En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese a favor de COLPENSIONES. (...)*”.

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si el traslado de régimen pensional de la demandante estuvo precedido por un consentimiento verdaderamente informado o si por el contrario, al no presentarse el mismo, dicho traslado deviene en ineficaz.

Para resolver, indicó que el riesgo es inherente al régimen privado de pensiones, porque depende de las inversiones que hagan los fondos privados de los dineros de sus afiliados, lo que implica que debe existir una mayor exigencia en cuanto a la relación entre fondo privado - afiliado, por lo que debe exigirse un mayor nivel de información y acompañamiento de los fondos privados para que los ciudadanos tengan claro cómo está rindiendo su dinero y en qué inversiones están. Por otro lado, señaló que al momento del traslado de la demandante, que fue en el año 2002, ya tenía ocho años de vigencia el Decreto 720 de 1994, que en su artículo 2 establece que las administradoras deberán suministrar a sus afiliados una información amplia, oportuna y suficiente, así que las administradoras deben demostrar que se brindó la información de esa manera, no solo en el momento que la demandante firmó el formulario, sino durante toda la vinculación, sin que el formulario firmado por aquella sea prueba conducente a la hora de configurarse este consentimiento informado, ya que allí solo se plasman datos básicos del afiliado y de sus eventuales beneficiarios, pero este documento no indica la información recibida acerca de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes. En consecuencia, accede a la ineficacia del traslado, disponiendo el retorno a **COLPENSIONES** y el traslado de los dineros que reposen en la cuenta individual, junto con frutos, rendimientos e intereses, nada más, separándose de la línea jurisprudencial en cuanto a la devolución de gastos de administración y primas de seguro previsional, considerando que ello no afecta el derecho pensional, porque no todo el dinero va al fondo común, solo un porcentaje y porque en **COLPENSIONES** solo se analiza la edad, las semanas cotizadas y los salarios base de cotización.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando la modificación del numeral segundo de la

sentencia de primera instancia, en el sentido de adicionar a favor de su representada la condena por concepto de traslado de pagos de seguros previsionales y gastos de administración (min. 48:01 archivo “14AudienciasArts77Y80”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

A su turno, el apoderado de **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia de primer grado en cuanto a la declaración de ineficacia y a la condena a cargo de la AFP de trasladar los rendimientos financieros, cuotas abonadas al FGPM, primas de seguros previsionales y demás emolumentos. De manera subsidiaria, pidió que no se ordene la indexación, en razón a que los rendimientos obtenidos por la gestión de la AFP superan los rendimientos que hubiera obtenido la demandante en el RPM.

COLPENSIONES guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así

como la viabilidad de imponer condena a la AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **ANA LILIA SEQUERA HIGUERA** estuvo afiliada y cotizó al ISS hasta el 31 de mayo de 2002, acumulando un total de 380 semanas (pág. 2 a 8 archivo “13ExpedienteAdministrativo”); *ii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de vinculación No. 10227662 del 26 de noviembre de 2002, efectivo a partir del 01 de enero de 2003 (pág. 104, 118, 121 a archivo “05ContestacionPorvenir”); *iii)* el 10 de abril de 2022 la demandante elevó solicitud de nulidad de traslado ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 75 a 84 archivo “02Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual con rendimientos, frutos e intereses, ordenó la actualización de la historia laboral y condenó en costas a **PORVENIR**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de*

libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria; por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que en noviembre de 2002, cuando realizó el traslado a **PORVENIR**, se encontraba laborando para el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, momento en el cual le informaron que el Seguro Social desaparecería, por lo que era necesario que se afiliara a las nuevas empresas privadas, señalando que el área de talento humano fue quien convocó la reunión con los asesores de la AFP, quienes realizaron una asesoría grupal, en una reunión corta, en donde le informaron que debía diligenciar el formato de afiliación, sin recibir explicación sobre el funcionamiento del RAIS, la constitución de una cuenta de ahorro individual, la existencia de pólizas de reaseguramiento, el derecho al retrato, el bono pensional, las modalidades de pensión, ni tampoco sobre lo que sucedería con las semanas cotizadas en el RPM. (min. 6:52 archivo “14AudienciasArts77Y80”). Manifestaciones que no benefician a la demandada, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado

por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Del mismo modo, **COLPENSIONES** tiene la obligación de recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer

las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se modificará el alcance de la condena.

Por último, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. 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 en que la AFP demandada cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante en el RPM sin solución de continuidad, una vez reciba todos los dineros que debe reintegrar la AFP demandada.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08-2021-00093-02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **SKANDIA S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 15 de febrero de 2024, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó la actualización de la historia laboral, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos y condenó en costas a las AFP demandadas (min. 58:00 archivo “28Video20240215”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 4 a 5 archivo “02Demanda”).**

ALBERTO LINEROS MONTAÑEZ solicitó declarar la nulidad de su afiliación al RAIS ante **PORVENIR** y, en consecuencia, de las afiliaciones a **PROTECCIÓN** y **SKANDIA**, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso. Como fundamento fáctico, indicó que se trasladó del RPM al RAIS administrado por COLPATRIA hoy **PORVENIR** a comienzos del año 1994, afiliación que tiene inconsistencias en su diligenciamiento ya que registra vinculación inicial, siendo un traslado de régimen, posteriormente trasladándose a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN** en el año 2007, luego a **PORVENIR** a mediados del año 2008, luego a **SKANDIA** a mediados del año 2014 y por último, a **PROTECCIÓN** a mediados del año 2015, acumulando un total de 1613 semanas cotizadas en ambos regímenes. Señaló, que

radicó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** solicitando la ineficacia de afiliación al RAIS, petición negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad del demandante y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (pág. 2 a 10 archivo “06ContestacionColpensiones”).

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Negó todos los hechos de la demanda y formuló las excepciones de mérito, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica. (pág. 2 a 26 archivo “08ContestacionPorvenir”).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A se opuso a las pretensiones de la demanda contenidas en los numerales 5, 7, 8 y 9. Negó todos los hechos e invocó las excepciones de fondo 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, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe, genérica. (pág. 3 a 19 archivo “09ContestacionSkandia”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación del demandante a esa AFP, la fecha de nacimiento del demandante y la proyección de la mesada pensional realizada por esa AFP, indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda y formuló las excepciones de mérito, inexistencia de la

obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, innominada o genérica. (pág. 3 a 22 archivo “11ContestacionProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 48:14 archivo “28Video20240215”).

El 15 de febrero de 2024, el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen del señor ALBERTO LINEROS MONTAÑEZ, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 29 de abril de 1994, mediante su afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor ALBERTO LINEROS MONTAÑEZ. TERCERO: CONDENAR a las demandadas PORVENIR, PROTECCION Y SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dineros que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor ALBERTO LINEROS MONTAÑEZ, 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, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR PROTECCION Y SKANDIA, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y ordenar a COLPENSIONES efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor. QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.300.000 de pesos. 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 (...).”

La Juez a quo fijó como problema jurídico, establecer si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, realizado por el actor, a través de su afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR** el día 29 de abril de 1994, declarando que el actor se

encuentra válidamente afiliado al RPM y como consecuencia de lo anterior, establecer si es procedente condenar a las AFP demandadas a devolver a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que hubiesen recibido en algún momento o estén actualmente en la cuenta de ahorro individual del demandante, a **COLPENSIONES** a efectos de que active la afiliación del actor y organice la historia laboral pensional del demandante o si por el contrario, tienen vocación de prosperidad los medios exceptivos invocados por las traídas a juicio desde el escrito de contestación.

Para resolver, indicó que no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar el suministro de la información para el momento en que se produjo el traslado de régimen pensional, ya que del interrogatorio de parte no se extrae la confesión del actor respecto al suministro de la información necesaria para que el traslado de régimen tuviese validez, sumado a que si bien para el momento del traslado no existía claridad respecto a la forma cómo se debía brindar la asesoría, ello no es excusa para que las entidades no brindaran una información pormenorizada de los efectos de traslado de régimen pensional en apego a los presupuestos normativos del Decreto 656 de 1994 y del Decreto 663 de 1993 o incluso de la ley 100 de 1993.

Agregó, que la demandada **PORVENIR S.A** tampoco allegó ninguna prueba dirigida a demostrar el suministro de la información, fuera documental, testimonial o cualquier otro medio de convicción y, aun cuando se allegó copia del formulario de la afiliación, donde junto a la firma del accionante se encuentra una declaración de voluntad de afiliación, se ha precisado por la alta Corporación que esta documental demuestra un consentimiento sin vicios, pero no informado, concluyendo la *a quo*, que la pasiva no demostró de forma alguna que para el día 29 de abril de 1994, fecha en que se solicitó la afiliación ante COLPATRIA hoy **PORVENIR**, el demandante hubiese sido informado de su situación pensional particular y la incidencia de los dos regímenes en ella, lo que en los términos supuestos por la Corte Suprema de Justicia, conllevan a la ineficacia del traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada judicial de **SKANDIA** presenta recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia proferida respecto al numeral

tercero que impone a su representada trasladar el porcentaje de gastos de administración debidamente indexados, argumentando que el Decreto 3925 de 2008 artículo 7, señala los emolumentos que deben trasladarse cuando operan traslados del recurso del RAIS al RPM, encontrando que dicha norma no contempla los referidos gastos a los que fue condenada. También se opone al traslado de primas de seguros previsionales, por ser rubros que no están a su disposición, debiendo acudir a su propio patrimonio para suplir o cumplir la sentencia, adicionando que se debe tener en cuenta la certificación de aportes o traslado de recursos que realizó, donde certificó el traslado de más de \$350.000.000 de los emolumentos que por ley en el año 2015 debía trasladar. Por otro lado, dijo que con la condena por indexación se generaría una doble sanción o doble pago, pues con los rendimientos se compensa la pérdida del poder adquisitivo. (min. 59:57 archivo “28Video20240215”).

La apoderada de **PORVENIR** presenta recurso de apelación de forma parcial respecto a los rubros a devolver por concepto de gastos de administración indexados, teniendo en cuenta que esa AFP administró debidamente los aportes del demandante y concluyó con la debida generación de rendimientos a favor del demandante, los cuales fueron posteriormente trasladados en el año 2014 a la entidad pensional escogida por el actor, adicional, los gastos de administración no tienen la naturaleza de financiar la mesada pensional, y ante ello no es dable que se genere un retorno de sumas, cuando propiamente los mismos se encuentran prescritos, además que se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para **COLPENSIONES**, por cuanto esa entidad a partir de 1994 no ha administrado los aportes del demandante. Adicionó, que la indexación resulta ser un desconocimiento de los rendimientos generados en favor del demandante que fueron superiores a los mínimos exigidos por la ley y con los cuales se actualiza cualquier depreciación económica que se pudo haber presentado en la cuenta de ahorro individual del demandante. (min. 01:03:37 archivo “21Video20240215”).

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presenta recurso de apelación contra la sentencia, señalando que con la declaratoria de ineficacia de la afiliación se están vulnerando sus derechos procesales en su calidad de tercero de buena fe, sin que ninguna de las razones por las cuales el actor decidió iniciar este proceso sean atribuibles a la entidad pública, quien simplemente accedió a la solicitud voluntaria que hizo el

actor de trasladar sus recursos al régimen al que en su oportunidad decidió afiliarse, aunado a que, con la condena impuesta se violenta el principio de sostenibilidad del sistema pensional, produciéndose un detrimento patrimonial del fondo común. (min. 01:07:10 archivo “28Video20240215”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Venció en silencio el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, y de sus posteriores traslados horizontales a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.**, así como la procedencia de la condena impuesta a las AFP **SKANDIA** y **PORVENIR** de trasladar a **COLPENSIONES** las sumas por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **ALBERTO LINEROS MONTAÑEZ** se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, mediante formulario de afiliación de fecha 29 de abril de 1994, efectivo a partir del 01 de mayo de 1994, luego se trasladó a **PORVENIR S.A.** con efectividad desde el 01 de junio de 2001 (pág. 27 a 29 archivo “08ContestacionPorvenir”), posteriormente, se afilió a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN** a través de formulario No. 7758217 del 01 de abril de 2007, efectivo a partir del 01 de junio de 2007 (pág. 72 “11ContestacionProteccion”), luego, retornó a **PORVENIR** mediante formulario No. 12862408 el 31 de julio de 2008 efectivo a partir del 01 de septiembre de 2008 (pág. 27 y 30 archivo “08ContestacionPorvenir”), luego, se trasladó a **SKANDIA** el 26 de agosto de 2014 mediante formulario No. 581386 efectivo a partir del 01 octubre de 2014 (pág. 34 a 35 archivo “09ContestacionSkandia”) y por último, se trasladó a **PROTECCIÓN** a partir del 01 de agosto de 2015 (pág. 38 “11ContestacionProteccion”); **iii)** el demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante la demandada **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 13 a 16 archivo “02Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó la actualización de la historia laboral, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos y condenó en costas a las AFP demandadas. Contra la anterior decisión **SKANDIA, COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone

los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó los formularios de afiliación, sin que la firma de estos por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional; situación idéntica ocurrió con las AFP **SKANDIA** y **PROTECCIÓN S.A.**, que no probaron el cumplimiento del deber de información al demandante en sus traslados horizontales.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó que su vinculación a COLPATRIA hoy **PORVENIR** se dio en el año 1994 cuando trabajaba como médico y un asesor se acercó al consultorio y le ofreció la oportunidad de afiliarse al fondo de pensiones, a lo cual el demandante aceptó, indicando que la información del asesor fue muy corta, le explicó las ventajas de estar en un fondo privado y en específico de afiliarse a esa AFP, así como también le dijo que el seguro social iba a desaparecer, por lo que le convenía más afiliarse a un fondo privado, argumento que le hizo tomar la decisión de trasladarse, pero sin recibir información acerca de los requisitos para pensionarse, ni de los rendimientos de la cuenta de ahorro, ni otro tipo de información adicional; acerca de los traslados horizontales, señaló que se dieron por los ofrecimientos de los asesores, solo con el argumento que eran mejores fondos (min. 16:14 archivo “28Video20240215”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien el actor aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el

aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

En consecuencia, la Sala confirmará en su integridad la decisión de primer grado; no obstante, se adicionará en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No. 09-2021-00323-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida el 28 de junio de 2023 por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia de un contrato de trabajo, condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, auxilio de transporte, salarios, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, aportes a seguridad social e indemnización moratoria, declaró de oficio parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido, absolvió a la demandada de las demás pretensiones y condenó en costas al extremo demandado. (min. 24:01 archivo “37Audienciaparteuno”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 66 a 103 archivo “01Demandaanexosactareparto”).**

GERMAN CAMILO GARCÍA LÓPEZ llamó a juicio a **TECNIMOTOR REPUESTOS Y RECTIFICADORA S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 13 de abril de 2020 al 04 de enero de 2021, percibiendo un salario mensual variable por concepto de comisiones de \$8'023.943 y de un despido injusto, y en consecuencia, obtener el reconocimiento y pago del salario del mes de diciembre de 2020 con la inclusión de comisiones por valor de \$7.756.377, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social con el salario realmente devengado,

indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso. De manera subsidiaria, reclama que se declare un salario mensual variable de \$8.023.943, conformado por un valor fijo de \$1.500.000 y bonificaciones habituales de \$6.523.942.

Fundamentó sus pretensiones, en que sostuvo una relación laboral con la demandada entre el 13 de abril de 2020 hasta el 04 de enero de 2021 en el cargo de Analista de licitaciones, devengando un salario de \$1.500.000 más una suma variable por concepto de comisiones realizadas de manera habitual y periódica, contenidas en los extractos bancarios de su cuenta personal de nómina; no obstante, no ha sido pagada por el empleador la comisión causada en el mes de diciembre de 2020 por la suma de \$7.756.377 y los aportes a seguridad social se realizaron teniendo como IBC la suma de \$1.500.000, sin tener en cuenta el salario real.

Continuó señalando, que el día 04 de enero de 2021, fue despedido sin justa causa, argumentándose una reestructuración empresarial como circunstancia imputable al empleador, por lo que para el día 07 de enero de 2021 fue proferida la liquidación con un salario base de liquidación de \$1.500.000, aparentemente constituyéndose depósito judicial a favor del demandante el día 05 de febrero del mismo año, por un total de \$3.302.251, sin tener en cuenta el salario real ni las comisiones del trabajador; por tanto, en múltiples ocasiones solicitó a la demandada la respectiva acta de reparto sin tener respuesta, imposibilitando el cobro del mencionado depósito.

Por último, dijo que el día 21 de mayo de 2021, se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial ante el Inspector de Trabajo RCC16 adscrito al Ministerio del Trabajo, en donde el empleador aceptó el pago de *bonificaciones por resultados*, pero solo ofreció un reconocimiento económico por valor de \$2.000.000, correspondiente al 14,3% de lo pretendido más honorarios del abogado, por lo que las partes no llegaron a ningún acuerdo.

• CONTESTACIÓN DEMANDA

La demandada **TECNIMOTOR REPUESTOS Y RECTIFICADORA S.A.S.** guardó silencio, por lo que por auto del 28 de julio de 2022 el

despacho tuvo por no contestada la demanda (archivo “11Autotienenocontestadafijafecha”)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 7:03 archivo “37Audienciaparteuno”).

El 28 de junio de 2023, el Juzgado noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor Germán Camilo García López y la sociedad Tecnimotor Repuestos y Rectificadora S.A.S. desde el 13 de abril de 2020 al 4 de enero de 2021. SEGUNDO. CONDENAR a la demanda al pago de los siguientes conceptos descritos en la liquidación del contrato de trabajo:

- \$17.849 por concepto de cesantías del 2021.*
- \$1.148.712 por concepto de cesantías del 2020.*
- \$24 por concepto de intereses a las cesantías del 2021.*
- \$98.789 por concepto de intereses a las cesantías del 2020.*
- \$17.849 por concepto de prima de servicios del primer semestre del 2021.*
- \$320.833 por concepto de vacaciones.*
- \$1.500.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.*
- \$14.194 por concepto de auxilio de transporte.*
- \$200.000 por salarios.*
- \$606.453,25 por reliquidación de las cesantías del año 2020.*
- \$680.165,25 por reliquidación de la prima de servicios del año 2020.*
- \$142.155,21 por reliquidación de los intereses a las cesantías del año 2020.*
- \$565.082,96 por reliquidación de la compensación en dinero de las vacaciones.*

TERCERO. CONDENAR a la demandada al pago de los aportes del demandante al sistema de seguridad social en pensiones, tomando como IBC los valores de \$8.161.983 para agosto de 2020 y \$3.000.000 para octubre del mismo año. **CUARTO. CONDENAR** a la demandada al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T. correspondiente a un día de salario por cada día de mora a partir del 5 de enero de 2021 hasta por 24 meses, vencidos los cuales el empleador deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Financiera. Esta condena procede respecto de las prestaciones adeudadas y sobre la base de un salario correspondiente a \$1.500.000. **QUINTO. DECLARAR** de oficio y parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEXTO. ABSOLVER** a la demanda de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva de esta providencia. **SÉPTIMO. COSTAS.** Las costas serán a cargo de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$2.000.000, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del CS de la J (...)”

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 13 de abril de 2020 al 04 de enero de 2021 y si como consecuencia de este contrato, las prestaciones

sociales y vacaciones se pagaron con un salario inferior al realmente devengado y si se produjo la terminación del contrato sin justa causa imputable al empleador, para dilucidar si procede la indemnización del artículo 64 del CST.

Para resolver, señaló que a pesar de que la demandada omitió contestar la demanda, en el presente caso no hay duda de la existencia del contrato de trabajo, debido que reposa el pacto celebrado entre las partes, donde la empresa **TECNIMOTOR REPUESTOS** actuando como empleadora, consiente la relación laboral del demandante en el cargo de analista de licitaciones a partir del 13 de abril de 2020, con una remuneración de \$1'500.000, la cual se pagaba de forma quincenal.

Agregó, que teniendo en cuenta lo dicho por el demandante y la carta de terminación, el vínculo laboral feneció el día 04 de enero de 2021.

Frente al salario devengado y los factores que lo componen, señaló que los comprobantes de nómina no dan cuenta de que el demandante hubiese percibido una remuneración distinta a la pactada en el contrato de trabajo, así como tampoco permite colegir tal situación los extractos de cuenta aportados, como quiera que en ellos no se refleja que la demandada fuera quien depositara las sumas que se avizoran en la columna de abonos, además, que de la documental que reposa a folio 50 se puede observar que dichos pagos fueron realizados por sociedades diferentes a la demandada, únicamente evidenciándose dos pagos por parte de la demandada, uno del 13 de agosto de 2020 por valor de \$6'661.983 y otro del 23 de octubre de 2020 por \$1'500.000, pagos que si bien no son documentados como habituales, lo cierto es que en el interrogatorio de parte el demandado sostuvo que tales erogaciones correspondían a beneficios por resultados, lo que equivale a una remuneración por la actividad realizada por el trabajador, más allá de la denominación asignada, lo que quiere decir, que estos pagos tienen connotación salarial; por tanto, procede la reliquidación salarial para el año 2020 por cesantías, prima, intereses a las cesantías, vacaciones y pagos del SGSS en pensión, teniendo en cuenta un IBC de \$8.161.983 para agosto de 2020 y \$3.000.00 para octubre del mismo año.

Por otro lado, frente a la pretensión de pago del salario del mes de diciembre de 2020 con la inclusión de comisiones, señaló que de la documental que reposa a folio 51 no se puede colegir que en el contrato

de trabajo se haya pactado el pago de comisiones y mucho menos el porcentaje de las mismas, además que, dicho documento no ofrece ningún grado de convicción en torno al salario variable que se reclama, por lo que no procede esta condena reclamada por el actor.

En otro giro, dijo que no debe pasarse por alto que el demandante sostuvo que con base al salario de \$1.500.000 se efectuó una liquidación \$3.302.251, por lo cual se constituyó un depósito judicial que nunca fue entregado, razón por la cual procede el reconocimiento de salarios, prestaciones y vacaciones por los rubros contenidos en dicha liquidación.

Con relación a la indemnización moratoria, manifestó que en este asunto la DESAJ de Bogotá y Cundinamarca comunicó que el depósito no había sido sometido a reparto, por lo que aun con la remisión del correo visto a folio D1, la demandada no se libera del reconocimiento y pago de la liquidación efectuada, ni de la indemnización moratoria con base en un salario de \$1.500.000, ello por cuanto no efectuó la consignación en forma legal.

Por último, con relación a la indemnización por despido injusto, indicó que en la carta vista a folio 55 se expuso que no existía una justa causa, por lo que en la liquidación se incluyó la indemnización establecida en el artículo 64 cuantificada en la suma de \$1.500.000.

En consecuencia, condena a la demandada al pago de la liquidación en la cual se incluye la indemnización por despido sin justa causa, así como al pago de la indemnización moratoria correspondiente a un salario por cada día de mora a partir del 05 de enero de 2021 hasta por 24 meses, vencidos los cuales el empleador deberá reconocer intereses de mora.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, argumentando que la sentencia de primera instancia no se sujetó a las normas aplicables a la materia y no dio el correspondiente valor probatorio a la totalidad de las consignaciones y/o pagos por conceptos de salario a favor del trabajador y a cargo del empleador, los cuales se allegaron en debida forma desde la presentación de la demanda y constan en la documental por nómina y extractos bancarios, además que, de las respuestas y confesión dada en interrogatorio por el representante legal

de la pasiva, se aceptó la totalidad de los pagos como remuneraciones habituales y periódicas por la labor del trabajador. Adicionó, que dichos pagos fueron realizados por la unión temporal TECNIJACO, de la cual hace parte del empleador y por JAKO IMPORTACIONES, empresa subordinada de la demandada, lo cual es prueba fehaciente de que los pagos realizados por esta empresa son todos por parte de la empleadora, sin dejar de lado, que en el libelo de demandada se solicitó dicha prueba a través de oficios, los cuales el despacho no quiso considerar. (min. 1:53 archivo “38Audienciapartedos”).

A su turno, la apoderada de la parte **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación, señalando que no es cierto que en el interrogatorio de parte el representante legal de la demandada haya aceptado que el demandante devengara comisiones y además se demostró que los pagos referidos en la demanda fueron realizados por otras entidades, las cuales no hacen parte de la empresa demandada, por lo que el actor nunca tuvo un salario variable, sino que siempre lo fue por la suma de \$1.500.000. Por otra parte, manifestó su inconformidad frente a los IBC por los cuales se ordenó el pago de aportes a pensión, pues se tuvo en cuenta un salario superior a \$1.500.000, siendo que fue este valor el reconocido en el fallo emitido por la Juez de primera instancia, por lo tanto, los aportes deben hacerse con un valor de \$1.500.000, más no con valores superiores. Para finalizar, en cuanto a la indemnización moratoria, solicitó tener en cuenta la consignación realizada por la contadora de la empresa a la cuenta de depósitos judiciales de la Rama Judicial, donde aparece una secuencia de recibido No. 623803, agregando que no fue posible ubicar el Juzgado al cual correspondió, por lo que se enviaron correos donde aparece que la oficina de depósitos judiciales radicó un pago por consignación a favor del trabajador con dicha secuencia. (min. 6:11 archivo “38Audienciapartedos”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el termino de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, la apoderada de la parte **DEMANDADA** solicitó que se declaren probadas las excepciones propuestas, conforme a lo analizado en la contestación de la demanda y se absuelva a su representada de todas las pretensiones de la demanda, las cuales han sido demostradas a favor del demandado con las pruebas allegadas al proceso.

El apoderado de la **DEMANDANTE** pidió reformar y/o modificar la sentencia de primera instancia, dejando incólume lo declarado y condenado por la *a quo*, en el sentido de declarar que el demandante devengó un salario variable por concepto de comisiones o bonificaciones y la consecuente condena por reliquidación salarial y prestacional, así como el pago de la indemnización moratoria.

A la par, el profesional del derecho solicitó se decreten pruebas documentales y de oficios, se ordene la intervención de la Procuraduría General de Nación y se declare desierto el recurso de apelación de la parte demandada, peticiones que se desestiman, por las siguientes razones. En primer lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 83 del CPTSS, en este asunto no se cumplen los presupuestos para ordenar el decreto y práctica de pruebas por parte de este Tribunal; tampoco se considera necesaria la vinculación oficiosa del Ministerio Público, sumado a que, de acuerdo al artículo 16 *ibidem*, tal intervención es una potestad facultativa de la que goza el Ente Ministerial. Por último, se señala que en virtud al principio de consonancia, esta Corporación debe pronunciarse sobre las materias objeto de apelación (artículo 66 A CPTSS), y en ese sentido, aun cuando la sustentación del recurso impetrado por el extremo demandado hubiese resultado escueta, lo cierto es que de su lectura es posible inferir de manera razonable los motivos que sustentan las inconformidades allí planteadas, aunado a que, en audiencia celebrada el 28 de junio de 2023, el apoderado del demandante elevó esta misma solicitud (min. 9:45 archivo “38Audienciapartedos”), no obstante, la *a quo* resolvió conceder la apelación de la demandada, decisión que comparte enteramente la Sala.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico, le corresponde a la Sala determinar: **i)** si hay lugar a declarar que las comisiones y/o bonificaciones tienen incidencia salarial, en tal caso, si procede la

reliquidación salarial y prestacional y **ii)** si le asiste derecho al demandante al pago de la indemnización moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

Inicialmente vale aclararse, en cuanto a la existencia de la relación laboral, tal aspecto no fue objeto de apelación por ninguna de las partes, encontrándose plenamente acreditada la vinculación entre el demandante **GERMÁN CAMILO GARCÍA LÓPEZ**, en condición de trabajador y la demandada **TECNIMOTOR REPUESTOS Y RECTIFICADORA S.A.S.**, en condición de empleador, regida bajo un contrato de trabajo a término indefinido, que se suscitó entre el 13 de abril de 2020 al 04 de enero de 2021 y en vigencia del cual el actor se desempeñó en el cargo de Analista de licitaciones y devengó como salario la suma de \$1´500.000, pagadera quincenalmente (pág. 16 a 18 archivo “01Demandaanexosactareparto”).

Procede entonces la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Incidencia salarial de las comisiones y/o bonificaciones.

Conforme el artículo 127 del CST, el salario abarca la remuneración ordinaria del trabajador y también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. De lo anterior, es posible inferir que es salario todo pago, en dinero o especie, que retribuye el servicio personal prestado por el trabajador.

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificó el artículo 128 CST, declarado exequible por la H. Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, a fin de indicar que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco los pagos que recibe no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente o dados de forma extralegal, si las partes disponen expresamente que no constituyen salario, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que aparezca en una cláusula del contrato o en un otrosí que suscriban las partes y con aparentes tintes de legalidad, pues tales estipulaciones simple y llanamente pierden eficacia a la luz del artículo 43 del CST (sentencias CSJ SL403-2013, SL10995-2014, SL4866-2020, SL986- 2021, entre otras).

Igualmente, la misma Corporación ha resaltado que las partes unidas mediante un contrato de trabajo sí pueden establecer que determinados pagos no constituyen salario, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo y por tanto no es para beneficio del trabajador, mucho menos para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (SL9544-2014, SL10995-2014, SL1437-2018). A su vez, que el acuerdo entre las partes debe especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial de forma expresa, clara, precisa y detallando cada rubro que cobija, so pena de que toda cláusula global o genérica que cause duda sobre si es o no salario deba ser resuelta a favor del trabajador (CSJ SL4342 de 2020, SL4866 de 2020).

De otro lado, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y, de ser así, en principio, estos se consideran retributivos del servicio, trasladándose la carga de la prueba al demandado, quien, para evitar las consecuencias prestacionales, debe demostrar que su fin era otro (sentencias CSJ SL986-2021, SL4313-2021).

Descendiendo al caso bajo estudio, conforme al contrato de trabajo celebrado entre las partes, se tiene que en su cláusula segunda se estableció como remuneración un salario mensual de \$1'500.000 pagados en periodos quincenales, igualmente acordándose un pacto de exclusión salarial, expresamente plasmado en el contrato de la siguiente manera (pág. 16 archivo “01DemandaAnexosActaReparto”):

“PARÁGRAFO TERCERO. *Las partes acuerdan que en los casos en el que se le reconozca al TRABAJADOR beneficios por concepto de alimentación, habitación o vivienda, transporte, vestuario, auxilios en*

dinero o en especie, o bonificaciones ocasionales, se consideraran tales beneficios o reconocimientos como NO salariales, y, por tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales, ni para el pago de aportes fiscales y cotizaciones a la seguridad social, de conformidad con los Art. 15 y 16 de la ley 50/90, en concordancia con el Art. 17 de la 344/96.”

El anterior documento cuenta con la firma del demandante en señal de aceptación.

Ahora, dentro de las documentales aportadas y relevantes para el objeto de estudio, se encuentran los desprendibles de nómina correspondientes a las quincenas de los meses de abril a diciembre de 2020 (pág. 19 a 35 archivo “01Demandaanexosactareparto”), constatándose con dicha documental los pagos efectuados por la demandada al ex trabajador por concepto de sueldos, con una base salarial de \$1.500.000 y efectuados en quincenas por valor de \$750.000, más algunos conceptos variables por concepto de auxilio de transporte y vacaciones, sin que en alguna de tales nóminas se haya liquidado algún rubro por concepto de bonificaciones, comisiones o cualquier otro adicional.

Además, militan extractos bancarios de la cuenta de ahorros de titularidad del actor del banco BBVA correspondientes a los meses de mayo, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2020 (pág. 36 a 49 archivo “01Demandaanexosactareparto”); relación de cargos y abonos (pág. 50 archivo “01Demandaanexosactareparto”); captura de pantalla del archivo nombrado COMISIONES CAMILO TECNIMOTOR DICIEMBRE (pág. 50 a 51 archivo “01Demandaanexosactareparto”); y certificados de aportes realizados durante el periodo laborado con un IBC de \$1.500.000 (pág. 52 a 54 archivo “01Demandaanexosactareparto”).

En el devenir probatorio, se escuchó en interrogatorio de parte al señor JUAN CARLOS RIOS, representante legal de **TECNIMOTOR REPUESTOS Y RECTIFICADORA S.A.S.**, quien al respecto dijo que la empresa no pagaba comisiones, pero sí entregaba bonificaciones por resultados, las cuales nunca se pactaron dentro del contrato como parte del salario, además, que dichas bonificaciones se le pagaban ocasionalmente al demandante y el valor dependía del contrato licitado; por otro lado, señaló que la liquidación se efectuó sobre la base salarial de \$1.500.000, sin incluir los valores de la bonificación pues no hacían parte del salario; dice que no tiene conocimiento de que se le adeude

alguna suma al demandante y que la liquidación fue firmada por ambas partes. (min. 15:50 archivo “32Audienciapartedos”).

Con el anterior material probatorio, y teniendo en cuenta los preceptos normativos y jurisprudenciales citados con antelación en esta sentencia, para la Sala no hay prueba que permita establecer que en efecto, la demandada reconociera y pagara al actor, en vigencia de la relación laboral las *comisiones* y/o *bonificaciones* aducidas en la demanda, menos aún que tales sumas de dinero fueran realmente pactadas por las partes como adicionales al salario básico, ni que el demandante las percibiera mes a mes.

Lo anterior, por cuanto pese a que el representante legal de la encartada confesó en su declaración el reconocimiento ocasional a favor del ex trabajador de las denominadas *bonificaciones por resultados*, considera esta Sala que la parte actora no logró acreditar la causación de dichas prerrogativas, esencialmente en razón a que en la demanda nada se dijo acerca de los términos en los cuales las partes pudieron haber llegado a acordar su reconocimiento, únicamente contándose con el dicho expuesto por la demandada en interrogatorio de parte, relativo a que las bonificaciones en mención variaban de acuerdo a los contratos licitados, y en verdad no existe prueba en el diligenciamiento de la cual pueda siquiera inferirse cuáles fueron los contratos licitados por la empresa y sus valores o utilidades, o el porcentaje de la comisión reconocida al trabajador, para de esa manera determinar que el actor se hiciera acreedor de las mismas.

Sin perjuicio de lo anterior, y como uno de los puntos de apelación expuesto por el apoderado actor se relaciona a algunos pagos discriminados en los extractos bancarios allegados a la demanda (pág. 36 a 49 archivo “01Demandaanexosactareparto”), necesariamente debe señalarse que de la revisión de tales legajos ciertamente se avizoran los siguientes abonos efectuados al actor adicionales a su nómina:

- \$2.577.784 por concepto de “ABONO DOMI. COMISION” del 13 de julio de 2020.
- \$6.661.983 por concepto de “ABONO DOMI. 800057113 CARRERA ONCE” del día 13 de agosto de 2020.
- \$5.838.801, \$24.997.204 y \$9.143.395 por concepto de “ABONO DOMI. 000009013616131” de los días 22 de

septiembre, 12 de noviembre y 24 de diciembre de 2020, respectivamente.

Pese a lo cual, únicamente fue posible constatar que el segundo de tales abonos, esto es, el realizado el día 13 de agosto de 2020 por valor de \$6.661.983, fue consignado por el empleador, pues nótese que este se realizó por concepto de “*ABONO DOMI. 800057113 CARRERA ONCE*”, verificándose que el número allí referenciado (800057113) corresponde al Nit. de **TECNIMOTOR REPUESTOS Y RECTIFICADORA S.A.S.** (pág. 3 archivo “*01Demandaanexosactareparto*”); sin que sea posible establecer con suficiente certeza los depositantes de los realizados los días 31 de julio, 22 de septiembre, 12 de noviembre y 24 de diciembre de 2020, mucho menos que, como lo alega el apelante, los consignantes hayan sido la UNIÓN TEMPORAL TECNIJAKO conformada por **TECNIMOTOR REPUESTOS Y RECTIFICADORA S.A.S.** y JAKO IMPORTACIONES S.A.S., o solo ésta última, sociedad que por demás, se identifica con la matrícula mercantil No. 02997203. Y, es que aun cuando la relación de cargos y abonos allegada al diligenciamiento (pág. 50 archivo “*01Demandaanexosactareparto*”) diera por ciertos tales abonos a favor del demandante, que no es así, pues lo cierto es que se arribaría a la misma conclusión, dado que en este asunto quien ostenta la condición de empleador no es otro que **TECNIMOTOR REPUESTOS Y RECTIFICADORA S.A.S.**, nadie más.

Así las cosas, si en gracia de discusión se aceptara la causación de las bonificaciones aducidas en la demanda, ello, reiterándose que el representante legal de la demanda aceptó el eventual pago de tal rubro a favor del demandante, lo cierto es que no hay medio probatorio que sustente su habitualidad y permanencia, ni que dicho concepto se diera por parte de la sociedad demandada de forma directa y de manera periódica como retribución del servicio prestado por el ex trabajador o para enriquecer su patrimonio, lo que conlleva a que esos montos eventualmente devengados no puedan ser considerados como salario, en tanto no se enmarcan en la regulación del artículo 127 del CST.

Las consideraciones hasta aquí expuestas conllevan a concluir que, en este aspecto, la razón se encuentra del lado de la demandada, pues es evidente el fracaso de las condenas impuestas por concepto de reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al fondo de pensiones.

En consecuencia, no le queda camino distinto a la Sala que revocar parcialmente el numeral segundo y el numeral tercero en su totalidad, para en su lugar absolver a la demandada del pago de la reliquidación de cesantías, prima de servicios e intereses a las cesantías del año 2020 y compensación de vacaciones, así como del reajuste de aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

- Indemnización moratoria.

El artículo 65 CST sanciona al empleador que a la terminación del trabajo no pague los salarios y prestaciones sociales, con el pago de una indemnización igual al último salario diario por cada día de retardo, que conforme el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para el caso de los trabajadores que devenguen más de un (1) SMLMV, se mantendrá el pago de dicha indemnización en la cantidad antes señalada por 24 meses contados desde la terminación del contrato y, a partir del mes 25 y hasta cuando el pago se verifique, se causaran intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, causados sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios y prestaciones.

Respecto a la naturaleza de la precitada indemnización, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020, entre otras.

Acorde con lo expuesto, solo es viable acceder al reconocimiento del concepto indemnizatorio, cuando el empleador, una vez establecido el incumplimiento de las obligaciones que dan lugar a la imposición de una sanción no esgrime circunstancias atendibles que indiquen que en tal omisión hubo buena fe, o cuando el Juez no encuentre circunstancias que dentro del proceso la hagan evidente, pues existen eventos atendibles que lo coloquen en la imposibilidad de cumplir las obligaciones que se encuentran a su cargo, y en ese evento, resultaría contrario a la lógica jurídica, sancionarla con el pago de indemnizaciones de la estirpe de la reclamada.

Aplicando las anteriores premisas al caso objeto de estudio, en principio debe partir la Sala por señalar que, en este caso específico, la empresa demandada **TECNIMOTOR S.A.S.** debió pagar las acreencias laborales del demandante el 04 de enero de 2021, fecha de terminación del contrato de trabajo, sin que así lo hubiera efectuado, por lo que debe valorarse las razones por las cuales omitió el pago de los salarios y prestaciones sociales a partir del día siguiente.

El apelante aduce que en el transcurso del proceso se demostró la buena fe del empleador, en razón a que la contadora de la empresa demandada consignó las prestaciones sociales del ex trabajador en la cuenta de depósitos judiciales de la Rama Judicial, sin que se haya podido verificar el Juzgado al cual se repartió el pago por consignación, no obstante haber radicado sendas solicitudes electrónicas a la oficina de depósitos judiciales.

Bajo tal óptica, se procede con el estudio íntegro del acervo probatorio vertido en autos, encontrándose como documentales la liquidación de contrato de trabajo fechada del 07 de enero de 2021 (pág. 56 archivo “01Demandaanexosactareparto”); copia del título de depósito No. A 7042511 por valor de \$3.302.251 consignado por **TECNIMOTOR REPUESTOS Y RECTIFICADORA S.A.S.** (pág. 57 archivo “01Demandaanexosactareparto”); correos electrónicos dirigidos a la demandada y a la DESAJ BOGOTÁ – CUNDINAMARCA de fecha 17 de junio de 2021 solicitándose el acta individual de reparto del depósito judicial efectuado a favor del demandante y respuesta emitida por la entidad informando que verificado el sistema de reparto no se hallaron demandas (pág. 58 a 63 archivo “01Demandaanexosactareparto”); oficio de respuesta PQR NO. 1796934 del 07 de octubre de 2022 emitido por el Banco Agrario de Colombia, mediante el cual se remitió la relación del título judicial No. 4000100007940707 de fecha 05 de febrero de 2021 por valor de \$3.302.251 por concepto de pago por consignación prestaciones laborales con el estado *Pendiente de Pago* (archivo “17Respuestabanco”); y mensajes de datos suscritos por la apoderada de la demandada, remitidos el 23 de marzo de 2023 a los correos csaoit@cendoj.ramajudicial.gov.co, analitica_transversales@deaj.ramajudicial.gov.co, jlato09@cendoj.ramajudicial.gov.co y notificacionscsjabta@cendoj.ramajudicial.gov.co, entre otros, a través del

cual hace envío de dicha consignación de depósito judicial (archivo “30pagoconsignacion”).

Del análisis de las anteriores pruebas, este Tribunal considera que, si bien no existe duda alguna frente a la consignación por prestaciones sociales que realizó la demandada en favor del demandante el 05 de febrero de 2021, bajo el título judicial No. A 7042511 por valor de \$3.202.251, lo cierto es que tal hecho por sí solo no tiene la fuerza probatoria suficiente para derruir la mala fe en que incurrió la demandada, por haber incumplido la obligación de pagar salarios y prestaciones debidas al trabajador al momento mismo del finiquito de la relación laboral.

Lo anterior, en razón a que, si se pretendía probar la buena fe del empleador, fundamentada en la referida consignación realizada ante el Banco Agrario de Colombia, debió demostrar la notificación al ex trabajador sobre la existencia del depósito judicial y el Juez al que podía acudir para retirarlo. Así lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que para que un pago realizado por el empleador por vía de depósito judicial tenga efecto liberatorio de la sanción moratoria, se requiere que el trabajador sea enterado *“de la existencia del título y del juzgado al que debe acudir para retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.”* (Sentencias CSJ SL, 20 oct 2006, rad. 28090; SL4400-2014, SL4948-2020, SL7391-2016, SL2858-2023, entre otras).

Luego entonces, siguiendo la postura del Alto Tribunal y conforme al material probatorio recaudado, dimana evidente que en el caso de marras ni por asomo se cumplió con tal exigencia procesal, en tanto no obra elemento de convicción que permita inferir que la consignación realizada el 05 de febrero de 2021 se pusiera a disposición de un juez laboral, menos aún, que tal situación fuera puesta en conocimiento del trabajador. Nótese como la demandada se limitó a aportar la trazabilidad del correo electrónico remitido al Centro de Servicios OIT – Bogotá, al área Analítica Transversales DEAJ y al Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá, a través del cual informó la existencia del depósito judicial No. 400100007940707 a favor del demandante (archivo “30pagoconsignacion”), más no allegó constancia alguna de su radicación ante el Juez Laboral, máxime cuando recibió respuesta desde el correo csaoit@cendoj.ramajudicial.gov.co avisándose que esa cuenta electrónica se encuentra asignada al Centro de Servicios

Administrativos del Juzgado 11 Penal del Circuito Especializado Adscrito al Programa OIT en la ciudad de Bogotá, despacho que exclusivamente conoce de procesos por delitos de homicidios y otros actos de violencia contra líderes sindicales.

Tampoco encontró la Sala respaldo alguno en cualquier otro medio probatorio recaudado acerca del pago efectivo de la liquidación al demandante.

Se advierte que, conforme a la regla general del *onus probandi* consagrada en el art. 167 CGP, correspondía a la sociedad demandada demostrar por el medio regular, oportuno y eficaz de prueba, que no actuó con negligencia o desinterés de no pagar, dado que el trabajador no debe soportar la indiferencia del empleador en el reconocimiento de sus derechos y para el demandante, como única carga para hacerse acreedor de la sanción, correspondía únicamente demostrar la falta de pago de sus salarios y prestaciones debidas al término de su vínculo laboral, lo que se encuentra más que probado en este asunto.

En consecuencia, al no acreditarse que el obrar de la pasiva estuvo ajustado a los postulados de la buena fe que se exigen para no correr con tal sanción moratoria, se colige entonces que no se encuentra justificada la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados al ex trabajador, lo que de contera conlleva a la procedencia de la indemnización rogada en la demanda, tal como se concluyó en primera instancia.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por los abogados de las partes, procediendo con la revocatoria parcial de la decisión en los términos referidos.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia; en su lugar, **ABSOLVER** a la

demandada del pago de la reliquidación de cesantías, prima de servicios e intereses a las cesantías del año 2020 y compensación de vacaciones, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia de primera instancia; en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada del pago de reajuste de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 11-2021-00480-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de octubre de 2023 proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 1:33:52, archivo "14AudioYVideoAudiencia20231026"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

EMMA LEONOR BERNAL CANTE, actuando en causa propia y en nombre y representación de su menor hijo SATB, llamó a juicio a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** para que se declare que les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge y padre Carlos Andrés Toro Gómez (q.e.p.d.); en consecuencia, se pague la prestación a partir del 21 de julio de 2020, retroactivo pensional, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que Carlos Andrés Toro Gómez (q.e.p.d.) se encontraba afiliado a **PORVENIR** desde el año 2009, trabajó en Afilseguro JD S.A.S. hasta octubre de 2018, cotizó 435 semanas y falleció el 21 de julio de 2020; que el 05 de mayo de 2007 contrajo

matrimonio con el causante, fruto de esa relación nació el menor SATG; elevó solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes ante la demandada el 27 de octubre de 2020, petición que fue negada bajo el argumento de que el afiliado no acreditó el requisito de 50 semanas de cotización en los tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento; que tanto ella como su hijo dependían de lo que Carlos Andrés Toro Gómez (q.e.p.d.) devengaba, siendo su única fuente de ingresos, por lo que su mínimo vital se encuentra amenazado (pág. 3 a 14, archivo “05SubsanacionDemanda20220804”).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación y las semanas cotizadas por Carlos Andrés Toro Gómez (q.e.p.d.), la petición presentada y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación*, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 8, archivo “07ContestacionDemanda20230411”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 1:33:52, archivo “14AudioYVideoAudiencia20231026”)

El 26 de octubre de 2023, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir propuesta por la AFP PORVENIR S.A. al dar respuesta a la demanda y como consecuencia de ello, se absuelve a dicha AFP de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por EMMA LEONOR BERNAL CANTE quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor SATB de conformidad por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandante en esta instancia, fijando como agencias en Derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente. **TERCERO:** En caso de no ser apelada la presente decisión y por ser la misma totalmente adversa a los intereses de la demandante, se concederá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social (...)

Como sustento de la decisión el Juez indicó que el afiliado no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes al no cotizar mínimo 50 semanas cotizadas en sus últimos tres años, además que al iniciar cotizaciones al sistema pensional en el 2009 no era posible acudir a normas anteriores en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Y para acudir al requisito previsto en el la Ley 100 de 1993 en su redacción original el fallecimiento del afiliado debe darse entre los años 2003 y 2006, en cumplimiento de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia y, en este caso, el deceso ocurrió en el año 2020. Enfatizó que la razón para negar las pretensiones no recae en el hecho de no haber demostrado los reclamantes la calidad de beneficiarios, sino ante la no causación del derecho ante el déficit de semanas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de **EMMA LEONOR BERNAL CANTE** presentó recurso de apelación. Adujo que en el asunto si resulta aplicable el principio de la condición más beneficiosa, atendiendo la cantidad de semanas cotizadas y dado que no realizó un mayor número de cotizaciones por situaciones ajenas a su voluntad, conforme se estableció por la Corte Constitucional en la sentencia T 584 del 2011 y los criterios fijados en la sentencia SU 005 del 2018, por lo que considera que es aplicable el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 al dejar el afiliado más de 400 semanas (*min 1:39:09, archivo "14AudienciaYVideoAudiencia20231026"*)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la demandante solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada. Y la apoderada de **PORVENIR** pidió la confirmación de la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el afiliado Carlos Andrés Toro Gómez (q.e.p.d.) dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes; en caso afirmativo, determinar si **EMMA LEONOR BERNAL CANTE** y su menor hijo acreditan la calidad de beneficiarios de la referida prestación, conforme con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) EMMA LEONOR BERNAL CANTE** nació el 04 de octubre de 1972 (*pág. 25, archivo “01EscritoDemanda20211013”*); **ii)** la demandante y Carlos Andrés Toro Gómez (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el 05 de mayo de 2007 y fruto de esa relación procrearon a SATB (*pág. 28 a 31, archivo “01EscritoDemanda20211013”*); **iii)** Carlos Andrés Toro Gómez (q.e.p.d.) falleció el 21 de julio de 2020 y dejó cotizadas al sistema pensional un total de 435 semanas (*pág. 18 y 32, archivo “01EscritoDemanda20211013”*); **iv) EMMA LEONOR BERNAL CANTE**, en calidad de cónyuge supérstite, el 27 de octubre de 2021 solicitó a **PORVENIR** el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (*pág. 50 a 56, archivo “07ContestacionDemanda20230411”*), entidad que en comunicación del 23 de diciembre de 2023 negó la prestación (*pág. 77 y 78, archivo “07ContestacionDemanda20230411”*).

- **La condición más beneficiosa como mecanismo para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes.**

La norma que regula la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento del causante y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (sentencias SL496-2018, SL1357-2022, SL1604-2022, entre otras).

Sin perjuicio de lo anterior, no es ajena esta Sala que en el tránsito de legislación de la pensión de sobrevivientes no consagró un régimen de transición, lo cual generó que afiliados con una expectativa legítima de acceder a la prestación por cumplir la densidad mínima de semanas exigidas en la normatividad derogada fueran sorprendidos con el cambio de requisitos. Para proteger dichas expectativas legítimas, se desarrolló jurisprudencialmente la figura de la *condición más beneficiosa* a fin de aplicar la normatividad anterior en vigencia de los actuales cambios normativos.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social, de manera enfática advierte que la condición más beneficiosa no avala al Juez la búsqueda histórica en todas las normas que han regulado la prestación de la seguridad social, por cuanto dicha figura sólo permite aplicar la normatividad inmediatamente anterior a la vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL3550-2022, SL3647-2022, SL4190-2022, SL243-2023, SL333-2023, SL700-2023, entre otras, providencias que reiteraron la posición adoptada en la sentencia SL Rad. 32.642 del 9 de diciembre de 2008.

En consecuencia, si el deceso del afiliado ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993 el principio de la condición más beneficiosa permite aplicar el régimen pensional inmediatamente anterior, a saber, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, siempre y cuando se cumplan las reglas adoptadas por la jurisprudencia (CSJ SL11548 de 2015, SL5491 de 2018 y SL1793 de 2019, entre otras, donde rememoraron los supuestos fijados la sentencia con radicado 28893 del 4 de diciembre de 2006).

En las referidas sentencias, esa Alta Corporación reiteró los parámetros que deben tenerse en cuenta para que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes puedan acceder a dicha prestación en aplicación de la legislación anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, conforme lo definido en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990. Al efecto, recordó que la norma citada contiene dos hipótesis, la

primera de ellas, la que se refiere a las 300 semanas de cotización en cualquier tiempo, que según ha dicho esa Corporación, deben estar satisfechas al momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993, es decir, antes del 1° de abril de 1994, sin lugar a considerarse las semanas cotizadas con posterioridad a este momento; y la segunda de ellas, la que se refiere a las 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la muerte del afiliado, que requiere del cumplimiento de dos requisitos: **i)** que el causante tenga 150 semanas de cotización dentro de los seis años anteriores a la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993; y **ii)** además registre 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha de fallecimiento.

Ahora, si el fallecimiento se presenta en vigencia de la Ley 797 de 2003, los efectos jurídicos de esta norma se difieren hasta el 29 de enero de 2006, *exclusivamente para las personas con una expectativa legítima*, caso en el cual el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Posterior a esa fecha cesan los efectos de este postulado constitucional (CSJ SL4650-20174, SL2567-2021, SL1021-2022, SL2057-2022, SL2116-2022, SL687-2023, entre otras).

En relación con el principio de la condición más beneficiosa, la H. Corte Constitucional a partir de la sentencia SU-005 de 2018, determinó que para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de quienes fallecieron en vigencia de la Ley 797 de 2003, pero no cotizaron 50 semanas al sistema pensional en los 3 años anteriores al deceso para dejar causado el derecho a la prestación, sólo es razonable aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 cuando los beneficiarios se encuentran en situación actual de vulnerabilidad y estableció un test procedencia, en los siguientes términos: (i) *Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.* (ii) *Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.* (iii) *Debe*

establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario. (iv) Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes. Finalmente, (v) debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

En la citada sentencia se precisó que las semanas cotizadas en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 debieron ser cotizadas antes del 1° de abril de 1994.

Sobre este último precedente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia se ha apartado al afirmar que “*esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Asimismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y retrospectividad*” (CSJ SL1938-2020, SL4276-2020, SL2547-2020, SL1074-2021, SL946-2022 y SL2116-2022, entre otros).

Descendiendo al caso objeto de estudio, se acreditó que Carlos Andrés Toro Gómez (q.e.p.d.) en los tres años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre el 22 de julio de 2017 al 21 de julio de 2020, cotizó 66 días, equivalentes a 9.42 semanas (pág. 44 y 45, archivo “07ContestacionDemanda20230411”), lo que es indicativo que no cumplió el presupuesto de 50 semanas cotizadas en ese mismo periodo, conforme lo dispone el numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado artículo 12 Ley 797 de 2003. Y durante toda su vida laboral reportó al sistema pensional 435 semanas, es decir, tampoco dejó causado el derecho en aplicación del Parágrafo 1° de la referida norma.

Y al afiliarse al sistema pensional en el año 2009, no resulta aplicable el principio de la condición más beneficiosa, en la forma definida por la Corte Suprema de Justicia, al no tener ninguna expectativa legítima pues no registra aportes pensionales en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su versión original, y el fallecimiento se produjo después del año 2006. En gracia de discusión, tampoco es viable el estudio del test de procedencia establecido por la Corte Constitucional desde la Sentencia SU005 de 2018 al no cotizar semanas en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y no acreditar los supuestos allí previstos, lo que descarta los argumentos elevados por la recurrente.

Respecto de la sentencia T - 584 del 2011, invocada en la alzada, además de tener efectos *inter partes*, no regula la presente situación ya que el caso allí resuelto correspondió a un afiliado que cotizó mas de 400 semanas al sistema pensional antes de 1994, lo que condujo a la Corte Constitucional a aplicar el principio de la condición más beneficiosa en los términos defendidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ordenar el reconocimiento prestacional.

En tal sentido, es evidente que la situación del afiliado fallecido se encuentra regida por la Ley 797 de 2003, y al no dejar causado derecho a pensión de sobrevivientes no lo queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión absolutoria.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se remitirá copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

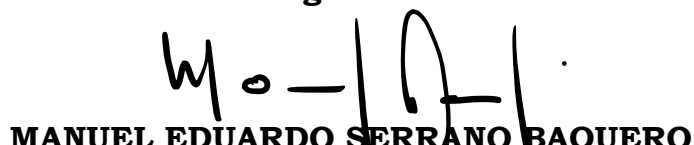
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11-2023-00100-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado **COLFONDOS**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 14 de febrero de 2024, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó la actualización de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A** y **COLFONDOS**. (min. 2:17:59 archivo “21Audiencia20240214”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 9 archivo “01Demanda20230221”).**

ROSA MARÍA CAMACHO GARZÓN solicitó declarar la nulidad de su afiliación al RAIS ante **PORVENIR S.A.** y, en consecuencia, de las afiliaciones a **COLFONDOS** y **PROTECCIÓN S.A.**, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM y condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico, indicó que estuvo afiliada al ISS desde el 07 de enero de 1978 hasta el 30 de junio de 1994, trasladándose al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** a partir del mes de enero de 1995, fecha desde la cual su empleador empezó efectuar aportes, afiliación que se llevó a cabo de manera desinformada y engañosa. Posteriormente, realizó un traslado de manera horizontal al fondo de

pensiones **COLFONDOS S.A** desde enero de 1998 hasta agosto de 1999 y luego al fondo ING PENSIONES hoy **PROTECCIÓN S.A** desde mayo del 2000 hasta agosto de 2001, fondos los cuales tampoco brindaron una información completa y clara al momento de trasladarse, por lo que radicó derechos de petición ante las demandadas solicitando la documentación correspondiente a la afiliación y demás soportes de información que se debieron haber entregado con respecto a los aspectos básicos sobre su pensión y una proyección de pensión, ya que no había recibido información por parte de ningunas de las AFP a las que había estado afiliada, asimismo, solicitó retorno al RPM solicitando la nulidad del proceso de traslado de fondo, petición negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante a esa AFP. Expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan y formuló las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación. (pág. 2 a 52 archivo “09ContestacionPorvenir20230706”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó la reclamación administrativa adelantada por la demandante. Expresó no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de mérito, errónea e indebidas 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 e innominada o genérica. (pág. 4 a 40 archivo “10ContestacionColpensiones20230707”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones que la involucren, aceptó el traslado de la demandante a esa AFP y la radicación de derecho de petición. Expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción,

aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones, imposibilidad de declaratoria de nulidad por ser vinculación inicial al RAIS. (pág. 3 a 23 archivo “11ContestacionProteccion20230710”).

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍA. se opuso a las pretensiones. Aceptó el traslado de la demandante a esa AFP y la solicitud de documentos y proyección pensional. Expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de fondo, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por **COLFONDOS S.A.** (pág. 3 a 37 archivo “14ContestacionDemandayLlamamiento20230801”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 01:47:31 archivo “21Audiencia20240214”).

El 14 de febrero de 2024, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado el día 09 de noviembre de 1994 por la señora ROSA MARIA CAMACHO GARZÓN, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA. Así como sus posteriores traslados horizontales efectuados en el año 1997 de PORVENIR a COLFONDOS, en el año de 1999 de COLFONDOS a PORVENIR, en el año 2000 de PORVENIR a ING, y en el año 2001 hacía la AFP PORVENIR SA, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas COLFONDOS SA, PROTECCION SA y PORVENIR SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por

*la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros para el caso de PORVENIR, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que fueron destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, en los términos señalados en la parte motiva de este proveído. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante la señora ROSA MARIA CAMACHO GARZÓN al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por la demandante en el RAIS en la historia laboral. **CUARTO:** Las excepciones propuestas se declaran imprósperas. **QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a las sociedades demandadas PORVENIR SA, PROTECCIÓN Y COLFONDOS SA, incluyendo como agencias en derecho en esta instancia en favor del demandante la suma de 2 SMLMV. suma que deberá ser asumida por partes iguales por las tres AFPS condenadas y que será incluida en su momento la respectiva liquidación de costas que se realice por la secretaría de este despacho **SEXTO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.”*

El Juez a quo fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar o no a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la demandante en el año de 1994 cuando se trasladó del RPM al RIS administrado en este caso por la AFP **PORVENIR S.A.**, en caso de salir avante esta pretensión, analizar si hay lugar o no a declarar que la demandante continúa válidamente afiliada al RPM como consecuencia de esa posible declaratoria de ineficacia, establecer cuáles deben ser las sumas que deben ser devueltas por parte de las AFP demandadas con destino a **COLPENSIONES**, finalmente, establecer lo relativo a las costas y agencias en derecho.

Para resolver, indicó que en el interrogatorio de parte de la demandante no se advierte que haya confesado que la AFP **PORVENIR S.A** en su momento le haya brindado toda la información completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS y, el conocimiento de la cuenta de ahorro individual no lleva a poder concluir que se entregó toda la información necesaria, por lo que se verifica que en el presente caso no se cumplió con el deber de información que tenía **PORVENIR** y los demás fondos en sus traslados posteriores, pues ninguno cumplió con el deber de información que tenían para ese momento, conforme a ese artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandada **COLFONDOS** presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, argumentando que el artículo 113 literal B de la ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, que son los saldos de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo cual impide legalmente que se ordene una devolución de saldos diferentes a la que resiste esta norma, en consecuencia no debe ordenarse ninguna devolución de sumas diferentes a las indicadas en el artículo citado, por cuanto ningún otro valor está destinado para financiar alguna prestación de algunos o varios afiliados y condenar por esos valores adicionalmente configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de la persona que está haciendo el negocio jurídico.

En relación a los gastos de administración, señaló que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto de radicación No. 20191522169-003 del 17 de enero del 2020, indicó de forma expresa que ante una nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a reconocer y a retornar son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin que se proceda la devolución de gastos de administración ni las primas de seguros previsionales, al no corresponder los valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, por cuanto no financian ninguna prestación de la Seguridad Social y para eso tiene una razón de peso de la prescriptibilidad y las características que goza el derecho pensional, las cuales sujetas al fenómeno prescriptivo del artículo 488 del CST y el 151 del CPTSS. Solicita analizar las circunstancias particulares del proceso y absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda junto a las costas interpuestas. (min. 2:22:18 archivo “21Audiencia20240214”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia y conceder todas las pretensiones invocadas.

La representante legal de la Firma UNIÓN TEMPORAL W&WLC, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder a la doctora Diana

Carolina Sánchez Bocanegra, identificada con CC 1.110.514.635 y TP 249.248 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia de primer grado.

Los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS**. solicitaron revocar el fallo de primera instancia y en su lugar absolver a sus representadas de todas las pretensiones incoadas, reiterando los argumentos esbozados en la alzada.

PROTECCIÓN S.A guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, y de sus posteriores traslados horizontales a **COLFONDOS** e ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la condena impuesta a la AFP **COLFONDOS** de trasladar a **COLPENSIONES** las sumas por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **ROSA MARIA CAMACHO GARZON** cotizó al extinto ISS entre el 07 de enero de 1978 hasta 1994 (pág. 63 a 70 archivo “10ContestacionColpensiones20230707”); *ii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, a través de formulario de vinculación No. 3201787 del 09 de noviembre de 1994, efectivo a partir del 01 de septiembre de 1994 (pág. 91 y 100 archivo “09ContestacionPorvenir20230706”), luego se trasladó a **COLFONDOS** mediante formulario No. 220896 del 12 de noviembre de 1997, efectivo a partir del 01 de enero de 1998 (pág. 24 a 26 archivo “14ContestacionDemandayLlamamiento”), luego se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario No. 01230146 del 29 de julio de 1999, efectivo a partir del 01 de septiembre de 1999 (pág. 91 y 101 archivo “09ContestacionPorvenir20230706”), luego se trasladó a ING hoy **PROTECCIÓN** efectivo a partir del 01 de mayo del 2000 (pág. 24 archivo “11ContestacionProteccion20230710”) y, finalmente, se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario No. 01583662 el 18 de julio de 2001, con efectividad a partir del 01 de septiembre de 2001, AFP en la cual permanece vinculada (pág. 91 y 102 archivo “09ContestacionPorvenir20230706”); *iii)* la demandante elevó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** solicitando la nulidad del traslado, petición negada (pág. 112 a 114 archivo “01Demanda20230221”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó la actualización de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A** y **COLFONDOS**. Contra la anterior decisión **COLFONDOS** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones.

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus

afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP,

esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó los formularios de afiliación, sin que la firma de estos por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional; situación idéntica ocurrió con las AFP **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS**, que no probaron el cumplimiento del deber de información a la demandante en sus traslados horizontales.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que su traslado a **PORVENIR S.A** se ocasionó porque allí recibía mayor rentabilidad en el pago de sus cesantías, por lo que le ofrecieron afiliarse por completo a ese fondo, tanto en pensión, como en cesantías; dijo no recordar si hubo presencia de un asesor de **PORVENIR**, pues sólo recuerda al asesor de **COLFONDOS**, pues tuvo varios empleos temporales en los cuales no le daban mayor información y tan solo le entregaban los documentos que debía firmar para poder emplearse, pero cuando se estableció en un puesto de trabajo fijo, allí se afilió a **COLFONDOS**, en donde le dijeron que le convenía más estar en un fondo privado de pensión, que tendría una cuenta de ahorro individual, que podría pensionarse cuando quisiera y que podría realizar la inscripción de beneficiarios. (min. 26.35 archivo “21Audiencia20240214”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera

libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022,

SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* relacionada a que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto

Respecto la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de la apelante por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en

virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las citadas AFP deberán 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 en que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 15-2022-00241-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 20 de noviembre de 2023, que declaró ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó la actualización de la historia laboral, absolvió a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, condenó en costas a **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas (min. 1:30:25 archivo “24Acta202200241Audiencia20231120”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 2 a 16 archivo “01EscritoDemanda”).**

LUZ ÁNGELA SÁNCHEZ LONDOÑO solicitó declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM sin solución de continuidad, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 04 de diciembre de 1969, cotizó al ISS entre el 01 de marzo de 1989 hasta el 14 de noviembre de 1998, trasladándose al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación diligenciado el 08 de septiembre de 1998, afiliación que se llevó a cabo de manera desinformada. Posteriormente, es afiliada a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** el 29 de

febrero de 2000, luego, el 26 de septiembre de 2001 nuevamente es afiliada a **PORVENIR S.A.**, el 29 de julio de 2002 se afilia a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy **PROTECCIÓN S.A.** y el 18 de diciembre de 2006 a **SKANDIA S.A.**, en donde se encuentra actualmente afiliada. Señaló, que no se encuentra pensionada y que el 29 de diciembre de 2021 radicó petición ante **COLPENSIONES** solicitando su afiliación al RPM, recibiendo respuesta negativa.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, negó todos los hechos de la demanda, empero, admitiendo la suscripción de los formularios de afiliación por parte de la demandante. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (pág. 2 a 26 archivo “06ContestacionPorvenir20221108”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, las cotizaciones efectuadas al ISS y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (pág. 2 a 9 archivo “07ContestacionColpensione20221109”).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. aceptó la afiliación de la demandante a esa AFP y negó los demás hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones denominadas Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la asesoría brindada fue clara comprensible y circunscrita a la situación particular de la afiliada, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en 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, buena fe y la genérica. (pág. 4 a 20 archivo “08ContestacioLlamamientoSkandia20221110”). A su vez, llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (pág. 77 a 84 archivo “08ContestacioLlamamientoSkandia20221110”), petición que

fue admitida en providencia del 27 de abril de 2023 (archivo “11Ord202200241RequiereNotificar”).

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A no se opuso ni se allanó a las pretensiones incoadas en la demanda y expresó no constarle los hechos. Frente al llamamiento en garantía, se opuso a las pretensiones, admitió la existencia del presente proceso y del contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia con Skandia y el pago del importe de la prima respectiva e invocó las excepciones de 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 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 y reconocimiento oficioso de excepciones (pág. 2 a 19 archivo “16ContestacionMapfre20230607”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a esa AFP, que la demandante no se encuentra pensionada y la respuesta emitida por Colpensiones; expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos y propuso 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado

de aportes a otra administradora de fondos de pensiones (pág. 3 a 26 archivo “17ContestacionProteccion20230608”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:12:00 archivo “24Acta202200241Audiencia20231120”).

En audiencia celebrada el 20 de noviembre de 2023, el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante LUZ ANGELA SANCHEZ LONDOÑO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR S.A. el día 8 de septiembre del año 1998 y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a la AFP SKANDIA S.A donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los aportes, los rendimientos, los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones; todo lo anterior con destino a la Administradora del régimen de prima media COLPENSIONES a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva. SEGUNDO: ORDENAR A LAS AFP PORVENIR S.A y PROTECCION S.A donde en alguna época estuvo afiliada la señora demandante y siempre y cuando no los haya traslado horizontalmente a otra AFP del RAIS, trasladar los recursos o sumas correspondientes a los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, por el periodo en que administro las cotizaciones de la demandante el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y en general cualquier recurso que haya descontado de la señora demandante, todo lo anterior con destino a la Administradora del régimen de prima media COLPENSIONES S.A. TERCERO ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de todas y cada una las pretensiones invocadas en la presente acción, específicamente en cuanto al llamamiento y frente a la misma, DECLARAR demostradas las excepciones de cobro de lo no debido, improcedencia del llamamiento e inexistencia de la obligación, conforme se expuso en la parte motiva. CUARTO CONDENAR EN COSTAS a las AFP PORVENIR S.A a favor de la señora demandante, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal vigente para el año 2023 y a la AFP SKANDIA S.A en favor de MAPFRE S.A para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal vigente para el año 2023; SIN COSTAS respecto a PROTECCIÓN S.A, SKANDIA S.A en lo que tiene que ver en favor de la señora demandante, conforme se expuso en la parte motiva. QUINTO DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas. Si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones (...)”.

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si le asiste derecho a la demandante a que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, se ordene a **SKANDIA**, fondo donde se encuentra actualmente

afiliada, a trasladar todos los valores que se encuentran en su cuenta de ahorro individual que haya recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, frutos, intereses, y rendimientos causados con destino al RPM administrado por **COLPENSIONES**, a ésta que reciba como afiliada sin solución de continuidad a la demandante y acredite dicho recurso, esencialmente sobre esa procedencia de la ineficacia del traslado de régimen efectuado en su momento por la señora demandante y la orden de trasladar los recursos de las administradoras del RAIS al RPM, de la misma manera, estudiar si es procedente ordenar a **MAPFRE** a que reintegre a **SKANDIA** las sumas o conceptos que recibió en su momento por concepto de primas del seguro previsional.

Para resolver, indicó que en el presente caso, **PORVENIR** no cumplió con la carga de la prueba, en cuanto a demostrar que cumplió con el deber de información al momento del traslado de la demandante, pues solo obra el formulario de afiliación, el cual no es suficiente que indique que a la demandante se le haya brindado la información; de otra parte, señaló que en el interrogatorio de parte la demandante fue clara en indicar que ni siquiera recuerda que haya habido una persona que le haya brindado algún tipo de información, siendo que el deber de información consiste en que le expliquen a la persona que está en el RPM las ventajas, desventajas, el cómo se puede pensionar, las modalidades y los requisitos, para que la persona con conocimiento de causa sepa realmente qué es lo que está firmando y pudiera decidir si le convenía o no el traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de la demandada **SKANDIA S.A.** presenta recurso de apelación parcial, solicitando revocar la condena relativa a la devolución de gastos de administración. Como sustento de su recurso, señaló que no es factible que esa AFP retorne algo de lo que ya se benefició la demandante desconociendo el trabajo que realizó la AFP en la administración de la cuenta de ahorro individual, toda vez que las funciones administrativas que se realizaron a la cuenta de la demandante le generaron unos rendimientos, además que los descuentos por gastos de administración se realizaron conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y se estaría desconociendo la teoría de las restituciones mutuas. (min. 1:34:33 archivo “24Acta202200241Audiencia20231120”).

A su turno, la apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, considerando que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que la ineficacia de traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática, sino que depende de que las falencias en la información, sin existencia del consentimiento informado, hubieran provocado un perjuicio cierto, claro y específicamente determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado, dado que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones, resaltando que en este caso se demostró que el traslado de régimen surgió en respeto a los principios fundamentales a la autonomía de la voluntad y la libre escogencia de régimen, toda vez que con lo plasmado en la demanda y con las respuestas dadas de la demandante en el interrogatorio de parte, es posible concluir que el Instituto de Seguros Sociales nunca le sugirió o le requirió a la demandante cambiarse de régimen y la demandante libre y voluntariamente firmó el formulario de afiliación, además que aquella ratificó su intención de afiliación y continuación en el RAIS, con lo que se entiende que no hubo falencias en la información y mucho menos una falta de un conocimiento informado, sino que lo aquí se presenta es una inconformidad de la demandante porque su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones.

De otro lado, dijo que no es posible exigirse a las demandadas la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos, dado que la normatividad para el año 1998 imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa y veraz, más no de dejar constancia del suministro de esa información, dado que la misma se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario se daba el conocimiento informado del afiliado, así que exigirse documento adicional al formulario de afiliación allegado es una carga desproporcionada para las demandadas.

Solicita revocar la sentencia de primera instancia; en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda y absolver a su representada, así como no imponerle costas, en razón a la buena fe con la cual siempre ha actuado la entidad, siendo solo un tercero invitado al pleito ya que nada

tuvo que con el traslado de régimen. En caso que se llegue a confirmar la decisión, pide se mantenga la condena a la AFP **SKANDIA** en cuanto a que esta debe devolver la totalidad de las cotizaciones que recibió, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de gastos de administración y asimismo, se condicione el previo cumplimiento de las obligaciones que se impongan a las AFP, toda vez que **COLPENSIONES** no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP no reintegre los recursos y se actualice la información en la respectiva base de datos. (min. 1:36:09 archivo “24Acta202200241Audiencia20231120”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR, SKANDIA** y **COLPENSIONES** solicitaron revocar la sentencia de primera instancia.

Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.** y de sus posteriores traslados horizontales a **PROTECCIÓN** y **SKANDIA**, así como la procedencia de la condena impuesta a ésta última AFP de trasladar a **COLPENSIONES** las sumas

por concepto de gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **LUZ ÁNGELA SÁNCHEZ LONDOÑO** nació el 04 de diciembre de 1969 (pág. 122 archivo “01EscritoDemanda”); *ii)* la demandante cotizó al extinto ISS hoy **COLPENSIONES** desde el 01 de marzo de 1989 al 14 de noviembre de 1998 (archivo “HISTORIA LABORAL”); *iii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de vinculación No. 1082741 del 08 de septiembre de 1998, efectivo a partir del 01 de noviembre de 1998, luego se trasladó a COLPATRIA hoy **PORVENIR** a través de solicitud de afiliación del 29 de febrero de 2000, efectiva a partir del 01 de abril de 2000, posteriormente, retornó a **PORVENIR** desde el 01 de noviembre de 2001 (pág. 69, 72 a 74 archivo “06ContestacionPorvenir20221108”), luego efectuó traslado horizontal hacia la AFP ING hoy **PROTECCIÓN** a partir del 01 de septiembre de 2002 (pág. 52 archivo “17ContestacionProteccion20230608”) y finalmente, se afilió a **SKANDIA S.A.** con formulario de afiliación No. 375608 del 18 de diciembre de 2006, con efectividad desde el 01 de febrero de 2007, AFP en la cual permanece vinculada (pág. 21, 47 archivo “08ContestacioLlamamientoSkandia20221110”); *iv)* la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 129 a 133 archivo “01EscritoDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó la actualización de la historia laboral, absolvió a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** Contra la anterior decisión **SKANDIA** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus

afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliado la exima de tal carga probatoria; por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional. Situación idéntica ocurrió con las AFP **PROTECCIÓN** y **SKANDIA**, que no probaron el cumplimiento del deber de información a la demandante en sus traslados horizontales.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó no recordar haber firmado el formulario de afiliación a **PORVENIR**, pero sí reconoce el documento al verlo y reconoce su firma, tampoco recuerda los hechos en que se dio el traslado, señalando que tan solo es consciente del último traslado que efectuó hacia **SKANDIA**, a donde se afilió por la relación de amistad que sostenía con una trabajadora de ese fondo; de otra parte, dijo que para el año 1998 sabía que **PORVENIR** era un fondo privado, distinto al ISS, no obstante, no tenía conocimiento acerca de qué pasaría con las semanas que tenía cotizadas en el Seguro Social, tampoco sobre los rendimientos de los aportes, ni los requisitos para la mesada pensional (min. 26:10 archivo “24Acta202200241Audiencia20231120”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien

la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos por la apoderada de **COLPENSIONES**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas deben devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la AFP demandada deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo

propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional al RAIS, realizado por la demandante **LUZ ÁNGELA SÁNCHEZ LONDOÑO** a través de la AFP **PORVENIR S.A.** el 01 de abril de 2000, y sus posteriores traslados horizontales a las AFP ING hoy **PPROTECCIÓN S.A.** el 01 de septiembre de 2002 y **SKANDIA S.A.** el 01 de febrero de 2007, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR los ordinales primero y segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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, sin lugar a descuento alguno y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada una de dichas AFP. Al momento en que las AFP demandadas

cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.16-2019-00714-02

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la demandada **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99** contra la sentencia del 13 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió al demandado **VICTOR RAÚL MARTINEZ PALACIOS** de todas las pretensiones, condenó a la sociedad demandada **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** al pago de la reliquidación de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por terminación sin justa causa, aportes pensionales e indemnización moratoria y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción (*min. 47:58, archivo "15GrabacionAudienciaTramiteyJuzgamiento"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

GUILLERMO PEÑA ROJAS llamó a juicio a **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** y **VICTOR RAUL MARTINEZ PALACIOS** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido; en consecuencia, se condene al pago de media hora diaria laborada, se reliquiden las prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales con el salario realmente

devengado, indemnización por despido, indemnización moratoria, reintegro de sumas descontadas, indexación, condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que trabajó para la demandada **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.**, desde el 22 de septiembre de 2008 al 03 de julio de 2019, inicialmente con contrato a término fijo por un año, pero luego se convirtió a término indefinido, terminado sin justa causa; recibía como salario \$950.000, más una bonificación de \$260.000, la cual nunca se incluyó como factor salarial; desempeñó el cargo de operador de bus articulado; laboró 8.5 horas diarias, en promedio 51 horas semanales, pero esa media hora adicional no fue remunerada, que debía empezar a trabajar media hora antes de iniciar su labor dado que debía alistar y revisar que el vehículo estuviera en óptimas condiciones; que el bono mensual denominado auxilio no prestacional que recibió durante la vigencia de su contrato es salario y por lo mismo se dejaron de pagar las diferencias de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión; y que el 02 de septiembre de 2019, 59 días después de terminado el contrato, le abonaron la liquidación (pág. 119 a 132, archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

• CONTESTACIÓN DEMANDA

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. se opuso a las pretensiones, aceptó el cargo desempeñado por el demandante y la no inclusión de la bonificación como factor salario, expresó que los demás hechos no eran ciertos y propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación*, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, compensación y la genérica (pág. 1 a 19, archivo “02ContestacionSI99S.A”).

VICTOR RAUL MARTINEZ PALACIOS se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las

excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de causa en las pretensiones por parte del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, compensación y la genérica (pág. 171 a 176, archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

En audiencia del 11 de mayo de 2013, el Juzgado declaró precluida la oportunidad para recepcionar un testimonio (min. 2:37:03, archivo “04AudienciaParte1”), decisión confirmada por esta Corporación en providencia del 31 de julio de 2023.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 47:58, archivo “15GrabacionAudienciaTramiteyJuzgamiento”)

El 13 de julio de 2023, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: DECLARAR** que entre SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 y GUILLERMO PEÑA ROJAS, identificado con cédula de ciudadanía número 19387838, existió un contrato de trabajo a término fijo que se ejecutó entre el 22/09/2008 y el 03/07/2019, que terminó por despido sin justa causa. **SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la cláusula de exclusión salarial pactada entre las partes mediante la cláusula decimoprimera del contrato de trabajo. **TERCERO: CONDENAR** a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 a reconocer y pagar al señor GUILLERMO PEÑA ROJAS, identificado con su identificado con cédula de ciudadanía 19387838, las siguientes cifras y por los siguientes conceptos; 1. Reliquidación de auxilio de cesantías \$1.322.748; 2. Reliquidación de intereses de las cesantías \$133.260; 3. Reliquidación de prima de servicios \$1.104.154; 4. Reliquidación vacaciones \$614.674; 5. Reliquidación indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo \$694.801; 6. Indemnización moratoria artículo 65 Código Sustantivo del trabajo \$4.266.561; 7. Se condena a la indexación de las condenas anteriores numeradas del 1 al 6 que dé al pago indexado de tales condenas, indexación que se causa desde el 3 de septiembre del año 2019 y hasta el momento que se haga efectivo el pago de las mencionadas condenas, acudiendo a los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para efectos de la indexación. **CUARTO: CONDENAR** a la demandada SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 a pagar al demandante, durante el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado, el reajuste en los ingresos base de cotización para que en la historia laboral

figuren los siguientes, literal a) de 16 de junio al 31 de diciembre 2016 \$2.022.917, b) del 1° de enero al 31 de diciembre 2017 \$2.189.741, c) del 1° de enero al 31 diciembre de 2018 \$2.245.824, d) del 1° de enero al 03 de julio de 2019 \$2.169.453, acudirá la mencionada demandada con fundamento en la presente sentencia para que a satisfacción del fondo de pensiones correspondiente en la liquidación que realice para el ajuste de cotizaciones e intereses a que haya lugar conforme se ha establecido por tal entidad. **QUINTO:** Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción formulada por la demandada SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 y probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por el demandado Víctor Raúl Martínez Palacios, los demás medios exceptivos se declaran no probados. **SEXTO: ABSOLVER** al demandado Víctor Raúl Martínez Palacio de todas las pretensiones de la demanda formulada en su contra. **SÉPTIMO: COSTAS** serán a cargo de SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 a favor del demandante, se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. **OCTAVO:** Se condena en costas al señor GUILLERMO PEÑA ROJAS y en favor del señor VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIOS se fija como agencias en derecho la suma de \$200.000. **NOVENO: ABSOLVER** a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 de las demás pretensiones formuladas en su contra. (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que entre las partes existió un contrato a término fijo, modalidad que se mantuvo vigente durante toda la relación laboral. Sobre el trabajo suplementario sostuvo que no había soporte probatorio para emitir condena por esos 30 minutos diarios reclamados, puesto que no se probó los horarios de ingreso del actor a las instalaciones donde se encontraban los buses que conducía y en los desprendibles de nómina aparecen liquidados conceptos por horas extras.

Frente a la bonificación como factor salarial concluyó que, pese al pacto de exclusión, la misma si constituía salarial al retribuir directamente el servicio del trabajador, al estar condicionado a una variable de productividad. Y aunque la bonificación se generaba con ocasión del cumplimiento de indicadores globales, los mismos se podían ver afectados por la operación de la flota y del comportamiento individual de los trabajadores, además se pagó de forma mensual, fue variable y la demandada no lo logró demostrar las causas que le dieron

origen y la manera en que se liquidaban, resultando ineficaz la cláusula contractual. Por lo anterior, ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes pensionales, reliquidación de la indemnización por despido, debidamente indexadas, y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 16 de octubre de 2016.

Frente a la indemnización moratoria estableció que la empresa se demoró 59 días en pagar la liquidación final del contrato de trabajo, por lo que existió una mora injustificada, sin que se existan actos de buena fe. Absolvió de todas las pretensiones a la persona natural Víctor Raúl Martínez Palacio.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de **GUILLERMO PEÑA ROJAS** presentó recurso de apelación por la negativa al reconocimiento de la media hora laborada. Adujo que esa media hora hacía parte de la jornada laboral diaria del trabajador, ya que para cumplir el turno programado era necesario, indispensable y obligatorio llegar media hora antes para realizar trabajos de alistamiento para poder salir a laborar y cumplir con el trabajo programado, hecho que es notorio del operador de bus articulado en el sistema de Transmilenio (*min. 52:59, archivo “15GrabacionAudienciaTramiteyJuzgamiento”*).

Por su parte, el apoderado de **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que hubo una errada interpretación por parte del despacho frente a la causación del pago de la bonificación, pues desde el inicio del contrato se celebró pacto de exclusión salarial, se pagó al trabajador incluso en periodos de ausencia y en vacaciones, lo que quiere decir que no retribuía de manera directa el servicio; ese beneficio correspondía a mediciones grupales, generales y globales que hacía Transmilenio a SI 99 como se expresó en el interrogatorio y en los testimonios, y también beneficiaba

a la parte administrativa, por lo que para la causación no importaba lo que hiciera o dejara de hacer el trabajador, lo que importaba era lo que hiciera o dejara de hacer la organización SI 99. Además, solicita se aplique el precedente de este Tribunal consignado en los procesos con radicandos 032-2020-367, 32-2019-815, 031-2020-096, 37-2020-384, 29-2019-668, 38 2021-090, 15-2019-621 y 15-2019-588 donde se determinó que la referida bonificación fue por mera liberalidad no constitutiva de salario.

Respecto de la indemnización moratoria sostuvo que, si hay prueba de la buena fe dado que nunca se desalarizó ningún pago, se pactó desde el propio inicio del contrato de trabajo, no hubo demoras en el pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social, incluso se le otorgó al demandante un auxilio de retiro (*min. 59:12, archivo "15GrabacionAudienciaTramiteyJuzgamiento"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** solicitó revocar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de trabajo suplementario, si el reconocimiento del auxilio prestacional (bono) constituye o no salario,

la procedencia de la reliquidación de acreencias laborales, aportes a seguridad social y la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, indemnización moratoria, indexación y costas procesales, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico .

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** entre **GUILLERMO PEÑA ROJAS** y la sociedad **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** existió un vínculo laboral vigente entre el 23 de septiembre de 2008 y el 03 de julio de 2019, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de operador de buses articulados (pág. 33 a 36 y 94, archivo “Anexos CD SI99 (4)”, carpeta “03CDF132AnexosContestacionSI99X”) **ii)** y en comunicación del 03 de julio de 2019 el empleador dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, con el correspondiente reconocimiento de indemnización, (pág. 91, archivo “Anexos CD SI99 (4)”, archivo “03CDF132AnexosContestacionSI99X”).

- **La carga de la prueba sobre trabajo suplementario y recargos**

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que corresponde al demandante acreditar, más allá de cualquier duda razonable, la real y efectiva prestación del servicio en los tiempos y condiciones que generan el pago de trabajo suplementario (horas extras) o recargos (nocturno, dominical o festivo), por cuanto la prueba de su generación no es dable mediante suposiciones, debiéndose determinar con precisión la cantidad de horas que por dichos conceptos están pendiente de pago (SL3009 de 2017 y SL939 de 2018, entre otras).

El artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, siendo ordinaria

aquella jornada que inicia a las 6 de la mañana y termina a las 10 de la noche (art. 160 CST). A partir del 18 de julio de 2017, se redujo la jornada ordinaria hasta las 9 de la noche, en virtud de la Ley 1846 de 2017) y a partir del 15 de julio de 2021 se inició la reducción progresiva de la jornada máxima legal hasta llegar a 42 horas a la semana (Ley 2101 de 2021).

Por lo anterior, la parte que solicita el reconocimiento de dichos conceptos debe acreditar, de forma contundente, la prestación efectiva del servicio sobre la cual funda su solicitud de pago.

Descendiendo al caso bajo estudio, reclama el demandante que se reconozca el pago de dicho trabajo que corresponde a media hora diaria, con posterioridad a las 8 horas normales de su horario de trabajo. Al punto, la carga de la prueba recaía en **GUILLERMO PEÑA ROJAS**, quien debía acreditar haber laborado en ese horario adicional durante la ejecución del contrato y por el periodo reclamado y que, a pesar de ello, los servicios no fueron remunerados con el porcentaje adicional.

La parte actora, en la alzada, menciona que debía empezar a trabajar media hora antes de iniciar su labor como operador de buses articulados, para alistar el automotor y revisarlo en integridad.

Luego del análisis de las pruebas aportadas al expediente, la Sala confirmará la decisión absolutoria. Nótese que a pesar de que **GUILLERMO PEÑA ROJAS** en su interrogatorio (*min.01:05:48, archivo "04AudienciaParte1"*), así como el testigo Rodrigo Antonio Cortes Rodríguez (*min. 1:51:05, archivo "04AudienciaParte1"*), quien manifestó haber sido compañero de trabajo del demandante, fueron coincidentes en afirmar que en verdad les tocaba adelantar esa labor previo a iniciar la jornada laboral pactada en el contrato de trabajo, sin embargo, también aceptaron que la prestación del servicio se hacía en turnos, de lo que se deduce que sólo algunas veces coincidieron, por lo que el declarante no pudo conocer con detalle y precisión la hora en que el actor ingresaba a laborar en la compañía.

Por tanto, esa circunstancia no es suficiente para edificar la pretensión que se reclama, puesto que resultaba fundamental precisar con claridad no sólo que el trabajador ingresó esa media hora antes a realizar las referidas funciones, sino los tiempos efectivamente laborados bajo esas condiciones y este presupuesto no se evidencia. Tampoco de los comprobantes de pago se demuestra el desarrollo de la jornada laboral o la actividad que se aduce fue ejecutada más allá de su horario de trabajo, solamente puede extraerse el nombre del trabajador y del empleador, los conceptos a cancelar y los respectivos meses causados, pero no la jornada diaria laborada. Tampoco hay elementos persuasivos que permitan conocer con certeza la hora de ingreso del trabajador a cada sitio donde recibía el vehículo y sobre este punto no hubo ninguna confesión de la parte demandada.

Al no estar demostradas las horas adicionales laboradas por **GUILLERMO PEÑA ROJAS** el juzgador de primera instancia no incurrió en error, motivo suficiente para confirmar en este aspecto la sentencia.

- **Sobre el concepto de Salario.**

Conforme el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el salario abarca la remuneración ordinaria del trabajador y también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. De lo anterior, es posible inferir que es salario todo pago, en dinero o especie, que retribuye el servicio personal prestado por el trabajador.

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificó el artículo 128 Código Sustantivo del Trabajo, a fin de indicar que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco los pagos que recibe no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales,

acordados convencional o contractualmente o dados de forma extralegal, si las partes disponen expresamente que no constituyen salario.

Atendiendo los anteriores presupuestos normativos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que aparezca en una cláusula del contrato o en un otrosí que suscriban las partes y con aparentes tintes de legalidad, pues tales estipulaciones simple y llanamente pierden eficacia a la luz del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo (SL403-2013, SL10995-2014, SL4866-2020, SL986-2021, entre otras).

Igualmente, la misma Corporación ha resaltado que las partes unidas mediante un contrato de trabajo sí pueden establecer que determinados pagos no constituyen salario, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo y por tanto no es para beneficio del trabajador, mucho menos para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (SL9544-2014, SL10995-2014, SL1437-2018). A su vez, que el acuerdo entre las partes debe especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial de forma expresa, clara, precisa y detallando cada rubro que cobija, so pena de que toda cláusula global o genérica que cause duda sobre si es o no salario deba ser resuelta a favor del trabajador (SL4342 de 2020, SL4866 de 2020).

De otra parte, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y, de ser así, en principio, estos se consideran retributivos del servicio, trasladándose la carga de la prueba al demandado, quien, para evitar las consecuencias prestacionales, debe demostrar que su fin era otro (CSJ SL986-2021, SL4313-2021).

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró el carácter salarial del concepto denominado bonificación por productividad, y en virtud de ello, condenó a la sociedad demandada a pagar la diferencia por prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión e indemnización por despido.

Al respecto, el apoderado de la demandada al momento de elevar el recurso señaló que hubo una errada interpretación por parte del despacho frente a la causación del pago de la bonificación, pues desde el inicio del contrato se celebró pacto de exclusión salarial y esta no retribuía de manera directa el servicio y, en todo caso, la causación estaba condicionada a mediciones grupales, generales y globales, no a individuales.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la demandada, siendo relevante reflexionar que conforme con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y el referente jurisprudencial citado, para fijar la naturaleza salarial de un pago, le correspondía al trabajador demostrar la habitualidad y permanencia del beneficio extralegal para presumir que dicha prestación es constitutiva de salario, caso en el cual la carga de la prueba se invierte, siendo obligación del empleador justificar que dicho pago no remunera o retribuye de manera directa los servicios del trabajador.

En el presente asunto la habitualidad, permanencia y uniformidad del pago de este auxilio extralegal es un aspecto que no fue objeto de controversia, además se acredita con los documentos incorporados al expediente.

Se advierte que el suscrito magistrado ponente, en procesos idénticos, apoyaba favorablemente la tesis según la cual la bonificación de productividad no era configurativa de factor salario. Sin embargo, desde la sentencia proferida en el proceso con radicado 07 2019 00724 01 revaluó esa posición para concluir que dicho auxilio extralegal debe ser tenido en cuenta como salario para todos los efectos, como pasa a explicarse.

En el contrato que suscribieron las partes se acordó un reconocimiento extralegal en los siguientes términos¹:

“DÉCIMA PRIMERA: Cláusulas Adicionales: 1) Las partes EMPLEADOR y trabajador en forma expresa acuerdan que la cantidad de hasta DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS mensuales (\$244.000.00) se entregarán como bonificación no constitutiva de salario por concepto de productividad, que se determinará mediante el cumplimiento de las siguientes metas: cumplimiento de las reglas establecidas por Transmilenio (30 %), protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus (20%), cumplimiento en los horarios de trabajo (15%), cumplimiento de las reglas de convivencia (15%), cumplimiento de las normas de manejo preventivo (20%). Esta bonificación se pacta y así lo aceptan en forma expresa las partes, de conformidad con lo previsto por el art. 128 del C.S.T., modificado por el art. 15 de Ley 50 de 1.990.”

El juzgado de instancia concluyó que la bonificación por productividad era salario atendiendo el contenido literal del acuerdo convencional, razonamiento que para la Sala no es desatinado puesto que de ella no se deduce que la causación de la bonificación estuviera condicionada al cumplimiento de objetivos grupales, sectoriales o toda la masa empresarial, como lo sostiene la sociedad demandada. Al contrario, los indicadores impuestos por la compañía tuvieron como finalidad exaltar el grado de desempeño del trabajador a través de exigencias, calidades y estándares en la prestación del servicio, medidos en los criterios de cumplimiento de reglas y horarios, puntualidad, grado de satisfacción del usuario y comportamiento vial.

La Sala de Descongestión de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al estudiar una cláusula contractual idéntica a la analizada en este asunto, teniendo como demandada a la empresa **SI 99**, concluyó que *“el pago de la bonificación por productividad estaba condicionado al cumplimiento de unas metas fijadas por el empleador. Empero, de ninguno de los apartes del texto que se reprodujo, se desprende un condicionamiento al logro de objetivos grupales, como lo dedujo el Tribunal.”* (SL SL3630-2022).

¹ Página 36 y 37, archivo “Anexos CD SI99 (4)”, carpeta “03CDF132AnexosContestacionSI99X”.

Además, la misma Corporación en sentencia SL166-2024, al referirse a las conclusiones a las que arribó el Tribunal en el estudio de una bonificación de mera liberalidad, similar a la que aquí se estudia, señaló que no es descabellado tener la bonificación como salario dado que *“aunque para alcanzar los indicadores planteados por Transmilenio era necesario que concurrieran varios actores, de todas maneras, se hacía la valoración individual de la aportación de cada uno. Nótese que, si el trabajador estaba incapacitado o de vacaciones, su bono podía disminuir o no ser cancelado, lo que, por supuesto, demuestra que efectivamente sí retribuía directamente el servicio, pues dependía de la ejecución del contrato en sí”*, análisis que resulta aplicable al presente asunto.

Lo anterior por cuanto el establecimiento de una bonificación extralegal bajo esas reglas especiales implicó evidentemente el esfuerzo del trabajador para la consecución de los objetivos propuestos por la compañía. Luego, la conclusión no puede ser diferente a que los dineros pagados por este concepto no tenían una finalidad diferente a la de remunerar la prestación del servicio, de éste era que dependía su pago mensual.

Incluso, contrario a lo afirmado por el apoderado de la demandada en el recurso de apelación, no es cierto que dicha bonificación se pagara independiente de que el trabajador prestara o no su servicio, esta teoría se desvanece al verificar aquellos comprobantes de pago que incluyen incapacidades y vacaciones, donde las sumas reconocidas por esos periodos se redujeron considerablemente en comparación a un mes de labores normal, lo que es indicativo que se pagaron de forma proporcional al tiempo efectivo de servicio (*pág. 125, 126, 129, 133, 142, 149, 155, 157, 161, 163, 167, 169, 171, 183 y 185, archivo “Anexos CD SI99 (4)”, carpeta “03CDF132AnexosContestacionSI99”*).

No obstante que el representante legal de la demandada (*min.32:22, archivo “04AudienciaParte1”*) y la testigo Karen Viviana Rodríguez Forero (*min.1:29:37, archivo “04AudienciaParte1”*), fueron

coincidentes en explicar que el beneficio no prestacional se reconocía a todos los colaboradores por un cumplimiento de indicadores ante Transmilenio y dependía del trabajo de todos, incluso empleados de la parte administrativa, lo cierto es que, además de no estar probado, la práctica llevada a cabo por la empresa no puede desconocer que del pacto contenido en el contrato de trabajo se deduce que el beneficio surgía de un componente puramente individual, luego los cuestionamientos realizados por el apoderado en la alzada no son de recibo, dado que estas pruebas, al no tener soporte documental que las corrobore, no conducen a concluir cuestión diferente.

Siendo ello así, para la Sala no hay duda de que los montos reconocidos bajo la denominación de bonificación de productividad o de beneficio no prestacional se otorgaron con el propósito de retribuir de forma directa y de manera periódica el servicio prestado por el demandante, lo que conlleva a que esos valores devengados se enmarquen en la regulación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que debieron tenerse en cuenta al momento de la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y para liquidar la indemnización por despido injusto. Como tal suceso no ocurrió durante la vigencia y finalización del contrato de trabajo, procede la reliquidación de las acreencias laborales reclamadas, motivo suficiente para descartar los argumentos elevados en la alzada y confirmar en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Al no presentarse inconformidad por la prosperidad parcial de la excepción de prescripción, los salarios obtenidos, los montos calculados por el *a quo* por reliquidación de acreencias laborales y aportes a seguridad social, la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

- **Sobre la indemnización moratoria**

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple

con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sostiene que dado el carácter sancionatorio de esta disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

De otra parte, el mismo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado, de manera pacífica, que si el trabajador devengó un salario superior a 1 SMLMV, el contrato de trabajo terminó en vigencia de la Ley 789 de 2002 y se radicó la demanda posterior a los 24 meses, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, sino que el empleador deberá pagar al trabajador los intereses moratorios a la tasa máxima señalada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los créditos de libre asignación, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados. Dicha posición ha sido reiterada en las sentencias SL36577-2010, SL46385-2012, SL685-2013, SL10632-2014, SL3274-2018, entre otras.

En este asunto el Juzgado de instancia impartió condena por este concepto, no con ocasión de la reliquidación prestacional incluyendo la bonificación extralegal como factor salario, sino porque encontró acreditado que el empleador tardó 59 días en cancelar al trabajador la liquidación final del contrato de trabajo.

Al respecto, al revisar el expediente, se confirmará esta condena por cuanto pese a que el contrato de trabajo culminó por decisión unilateral del empleador el 03 de julio de 2019 (*pág. 91, archivo “Anexos*

CD SI99 (4)", archivo "03CDF132AnexosContestacionSI99X"), la liquidación final del contrato de trabajo, por valor de \$9.002.696 (pág. 94, archivo "Anexos CD SI99 (4)", archivo "03CDF132AnexosContestacionSI99X"), se consignó a la cuenta del demandante hasta el 02 de septiembre de 2019 (pág. 6, archivo "01ExpedienteDigitalizado"), sin que exista actuar de buena del empleador.

En efecto, el imperativo normativo lo obligaba a cancelar las prestaciones causadas al momento de la extinción del vínculo contractual y no después, sin que las circunstancias particulares que estaba presentando la compañía - por los despidos y terminaciones masivas, el reporte de las novedades de retiro, la preparación de los documentos de retiro para cada trabajador, la elaboración de las liquidaciones finales de contrato para cada trabajador, las gestiones financieras y bancarias para realizar el pago de la liquidación a cada trabajador , como se indicó en la contestación de la demanda y se reiteró en la alzada - sean razones satisfactorias, justificativas, serias y atendibles de su conducta, pues se trata de cuestiones netamente administrativas que no pueden soslayar el derecho del trabajador desvinculado de acceder oportunamente a esa remuneración.

Al presentarse la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo (16 de octubre de 2019, pág. 113, archivo "01ExpedienteDigitalizado") la consecuencia lógica es que se cause esta indemnización, en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Al no cuestionarse el valor reconocido por este concepto, se confirmará la condena.

También se confirmará la condena impartida por indexación, con el fin de que el demandante reciba a satisfacción dineros actualizados a valor presente y así conservar su poder adquisitivo.

- **Sobre las costas y agencias en derecho.**

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** por la condena

en costas en el trámite de la primera instancia, debe precisar la Sala que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). Sin embargo, el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

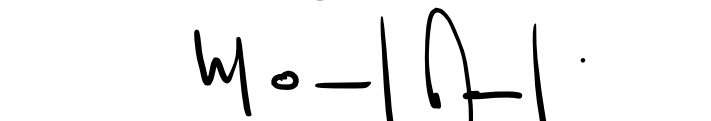
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No.16-2021-00055-01

Proceso acumulado No.28-2020-00282-00

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 25 de octubre de 2023 proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, y ordenó a la AFP **PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluyendo capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima y a **COLPENSIONES** a recibir los recursos, reactivar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a actualizar la historia laboral (*min. 01:11:35, archivo “31GrabacionAudienciaJuzgamiento”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

MARIA TERESA SALAZAR CHARRYS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**

CESANTÍAS PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a devolver a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses, y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, recibir los aportes y actualizar la historia laboral, junto con los condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 16 de marzo de 1960 y estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hasta el mayo de 2000; con ocasión de una campaña de desinformación firmó formulario de traslado de régimen pensional a **PORVENIR** el 22 de mayo de 2000, entidad que omitió explicarle las características de cada uno de los regímenes pensionales, las consecuencias de dicho traslado, las ventajas y sus desventajas (*pág. 7 a 23, archivo “01EscritoDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la afiliación de la demandante al Instituto de Seguros Sociales, señaló que los demás hechos no le constaban, propuso como previa la excepción de *falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa* y como de mérito las excepciones de *inoponibilidad por ser tercero de buena fe*; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el raís; prescripción y caducidad; inexistencia de la obligación; presunción de legalidad de los actos administrativos; buena fe y la innominada o genérica (*pág. 2 a 15, archivo “01ContestacionDemandaColpensiones”, carpeta “04ContestacionColpensiones”*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las excepciones de *prescripción*; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 38, archivo “06ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:11:35, archivo “31GrabacionAudienciaJuzgamiento”)

El 25 de octubre de 2023, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizara la demandante señora MARÍA TERESA SALAZAR CHARRIS identificada con cedula de ciudadanía No. 39.087.765, el día veintidós (22) de mayo de 2000 y que tuvo efectividad desde el día primero (1°) de julio de la misma anualidad, debido a la omisión en el deber de información en la que incurrió la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, incluyendo todos los emolumentos que corresponden a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, porción de aporte al fondo de garantía de pensión mínima y, en general, todos los valores que conformaron las cotizaciones que fueron realizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recepcionar los recursos ordenados en el numeral que antecede y a reactivar la afiliación de la demandante en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, el cual se declara como el único en el que válidamente se ha encontrado afiliada la demandante. Deberá traducir en sus semanas de cotizaciones todas y cada una de las que se realizaron en el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado. **QUINTO: CONDENAR** en costas de la instancia a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Medio de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/2 SMLMV) a cargo de PORVENIR y de un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV) a cargo de COLPENSIONES...”. Sic.

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba en este tipo de asuntos les corresponde a las administradoras de fondos de pensiones. Sostuvo que no les asiste

razón a las demandadas, por cuanto **PORVENIR** no demostró en este proceso que cumpliera con el deber de información a favor de la demandante para la fecha en que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, que la haya ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la condena en costas. Adujo que la condena va en detrimento del patrimonio público de la entidad, más aún cuando el ISS no tuvo ninguna injerencia en el acto de afiliación a **PORVENIR** en el año 2000; a la fecha en que se presentó la reclamación administrativa la demandante se encontraba inmersa en la prohibición normativa que le impide realizar el traslado de régimen; **COLPENSIONES** no tenía la alternativa ni la potestad para poder definir la ineficacia; finalmente, que la entidad no cuenta con un rubro destinado al pago de costas (*min. 01:14:31, archivo “31GrabacionAudienciaJuzgamiento”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR**, pese a que dicha entidad no presentó recurso contra la decisión de primera instancia, solicitó la revocatoria de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR** y la procedencia de la condena en costas a **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) MARIA TERESA SALAZAR** nació el 16 de marzo de 1960 (*pág. 26, archivo “01EscritoDemanda”*) y se afilió al ISS para el periodo de mayo de 1989 (*pág. 16, archivo “01ContestacionDemandaColpensiones”, carpeta “04ContestacionColpensiones”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con **PORVENIR** el 22 de mayo de 2000, con efectividad desde el 1° de julio siguiente, donde sigue vinculada actualmente (*pág. 85 y 87, archivo “06ContestacionPorvenir”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En

el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen

pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado posea una expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

En este asunto no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, lo que conduce a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que los asesores de la AFP le informaron que el seguro se quebraba, que el Gobierno no iba a responder, y para eso estaban los fondos privados, que eran lo mejor, sin que señalara situaciones adicionales, por lo que no hubo confesión en este aspecto y dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Se resalta que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que

corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Actos como no usar el derecho de retracto y permanecer varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no dispuso la indexación de los conceptos referidos en precedencia, se adicionará la sentencia.

Además, la ineficacia del traslado de régimen pensional obliga a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a corregir y actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que genera que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual

reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras, por lo que este aspecto de la sentencia se confirmará.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir

copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR a PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES**, además del capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado en esa AFP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Cuando **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No.16-2022-00307-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por **DANTE AUGUSTO BIAGI MONTOYA**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 05 de diciembre de 2023 proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, y ordenó a la AFP **PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluyendo capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima y a **COLPENSIONES** a recibir los recursos, reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a actualizar la historia laboral (*min. 01:21:35, archivo “19GrabacionAudienciaUnicialyJuzgamiento”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

DANTE AUGUSTO BIAGI MONTOYA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se ordene la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM todos los valores que hubiere recibido tales como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, así como todos sus frutos e intereses, y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, junto con los condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 07 de marzo de 1962 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales en octubre de 1991; en el año 1995 asesores de **PORVENIR** le ofrecieron la opción de trasladarse de régimen pensional asegurándole que en ese fondo contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, podía acceder a la pensión en una fecha anterior a la prevista en el ISS y la posible extinción del fondo público de pensiones, por lo que decidió trasladarse al RAIS a partir de julio de 1995; sostiene que la AFP no le brindó asesoría completa y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales y las consecuencias de dicho traslado; solicitó a **PORVENIR** proyección pensional donde le indicaron que podía acceder a una mesada de \$1.039.788 a la edad de 62 años; finalmente, que en

COLPENSIONES puede acceder a una mesada de \$4.413.132, motivo por el cual presentó reclamación administrativa ante las demandadas el 1° de abril de 2022 (*pág. 2 a 20, archivo “01EscritoDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la afiliación del demandante al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas y la presentación de la reclamación administrativa, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales; prescripción y caducidad; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; cobro de lo no debido; buena fe; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (*pág. 2 a 24, archivo “07ContestacionColpensiones”*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la petición radicada y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló 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 (*pág. 2 a 38, archivo “09ContestacionPorvenir”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:21:35, archivo “19GrabacionAudienciaUnicialyJuzgamiento”*)

El 05 de diciembre de 2023, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizara el demandante señor DANTE AUGUSTO BIAGI MONTOYA identificado con cedula de ciudadanía No.79.154.970, y que tuvo lugar el día veintiséis (26) de mayo de 2000 por ante PORVENIR S.A. Pensiones y Cesantías, debido a la omisión en el deber de información. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del señor demandante con destino a la COLPENSIONES, incluyendo los montos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima y en general, todos los emolumentos que conformaron las cotizaciones que se efectuó en favor del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recepcionar los recursos conforme a la condena del numeral que antecede y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, actualizando la historia laboral en tal régimen con inclusión de la totalidad del equivalente que corresponde al tiempo de permanencia del actor en el régimen durante el tiempo que estuvo vinculado en el régimen de ahorro individual con solidaridad. **CUARTO:** Se declaran no probadas las excepciones propuestas. **QUINTO:** Se condena en costas de la instancia a la demandada AFP PORVENIR S.A. y en favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de un cuarto de salario mínimo legal mensual vigente (1/4 SMLMV) como valor de las agencias en derecho. Sin condena en costas a cargo de Colpensiones...”. Sic.*

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba en este tipo de asuntos les corresponde a las administradoras de fondos de pensiones. Sostuvo que no les asiste razón a las demandadas, por cuanto **PORVENIR** no demostró en este proceso que cumpliera con el deber de información a favor del demandante para la fecha en que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, que lo haya ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **DANTE AUGUSTO BIAGI MONTOYA** presentó recurso de apelación para que se modifique el ordinal

quinto de la sentencia en cuanto absolvió a **COLPENSIONES** del pago de costas procesales. Adujo que conforme con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, todas las partes vencidas en juicio deben ser condenadas al pago de dicho rubro, atendiendo que fueron llamadas a litigio, contestaron la demanda y generaron oposición a las pretensiones (*min. 01:24:13, archivo “19GrabacionAudienciaUnicialyJuzgamiento”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la doctora Camila Soler Sánchez, identificada con C.C. No. 1.014.290.875 y T.P. No.352.159 del CSJ, allegó documental que la acredita como apoderada judicial de la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien a su vez actúa como apoderada principal de **PORVENIR**, motivo por el cual se le reconoce dicha condición en esta instancia.

La apoderada del actor reiteró los argumentos elevados en la alzada para que condene en costas a **COLPENSIONES**.

Y la apoderada de **PORVENIR**, pese a que dicha entidad no presentó recurso contra la decisión de primera instancia, solicitó la revocatoria de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR** y la procedencia de la condena en costas a **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) DANTE AUGUSTO BIAGI MONTOYA** nació el 07 de marzo de 1962 y se afilió al ISS para el periodo de octubre de 1991 (*pág. 56, 63 y 64, archivo “01EscritoDemanda”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con **PORVENIR** el 26 de mayo de 2000, con efectividad desde el 1° de julio siguiente, donde sigue vinculado actualmente (*pág. 39 y 40, archivo “09ContestacionPorvenir”*).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia

libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema

General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado posea una expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

En este asunto no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, lo que conduce a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado.

Y el demandante en el interrogatorio indicó que funcionarios de **PORVENIR** se acercaron a su oficina haciéndole un ofrecimiento del traslado a ese fondo, el asesor de la AFP le informó que presumiblemente el Instituto de seguros Sociales se iba a liquidar y que con el nuevo fondo iba a tener mejores rendimientos, sin que señalara situaciones adicionales, por lo que no hubo confesión en este aspecto y dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Se resalta que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Actos como no usar el derecho de retracto y permanecer varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de

los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no dispuso la indexación de los conceptos referidos en precedencia, se adicionará la sentencia.

Además, la ineficacia del traslado de régimen pensional obliga a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a corregir y actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que genera que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras, por lo que este aspecto de la sentencia se confirmará.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y finalmente, frente a la inconformidad de la apoderada del actor por la no imposición de costas a **COLPENSIONES** en el trámite de primera instancia, para la Sala le asiste razón por cuanto el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación realizada por la entidad pública, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022).

En consecuencia, se adicionará esta condena, siendo obligación del *a quo* fijar las agencias en derecho en su oportunidad procesal. En todo caso, se advierte que el monto que se reconozca solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del Código General del Proceso.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES**, además del capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado en esa AFP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Cuando **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el **ORDINAL QUINTO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar, junto con **PORVENIR**, las costas y agencias en derecho de la primera instancia. El monto a cargo de

COLPENSIONES deberá ser fijado por el *a quo*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 16-2021-00404-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de la **DEMANDANTE** y de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última, contra la sentencia del 03 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a la demandada al pago de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor FABIO HERNÁN APONTE PENSO (q.e.p.d.), a partir del 30 de junio de 2020, en cuantía del 50%, acrecentado una vez la hija del causante pierda el derecho, junto con indexación del retroactivo pensional y costas del proceso (min. 5:14 archivo "42ContinuacionGrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 23 archivo "01DemandaConAnexos").**

ORFILIA RODRÍGUEZ ORTIZ solicitó condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la sustitución pensional en un porcentaje igual al 50%, en condición de cónyuge supérstite del causante FABIO HERNÁN APONTE PENSO (q.e.p.d.), a partir del 29 de junio de 2020, fecha del deceso, mesadas adicionales, intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que el señor FABIO HERNÁN APONTE PENSO nació el 21 de mayo de 1949, murió a la edad de 71

años y en vida obtuvo reconocimiento pensional bajo la Resolución No. 007592 del 25 de marzo de 2010 a partir del 05 de octubre de 2009 en cuantía de \$7.820.655.

Dijo, que contrajo matrimonio católico con el causante el 27 de enero de 1979, con que convivió durante 23 años, 09 meses y 27 días, unión de la cual procrearon dos hijos en los años 1981 y 1987, separándose de hecho el 23 de noviembre de 2002 en razón a que el causante decidió vivir con la señora **MARGARITA ROSA PACHECO RESTREPO**, con quien mantenía una relación extramatrimonial y con quien procreó a **ISABELLA APONTE PACHECO**; no obstante, luego de seis meses del nacimiento de la menor, dicha relación finalizó, momento para el cual el señor APONTE PENSO cambió su domicilio al municipio de Manaure – Cesar, continuando con el apoyo económico del hogar y de los hijos contraídos con la cónyuge, igualmente, manteniendo una relación cordial, de acompañamiento, auxilio mutuo, apoyo efectivo y comprensión, compartiendo en reuniones familiares y sin disolver el matrimonio.

Indicó, que el señor FABIO HERNÁN APONTE PENSO (q.e.p.d.) presentó graves molestias de salud por lo que decidió viajar a la ciudad de Bogotá, en donde falleció el 29 de junio de 2020 en un hospital, únicamente recibiendo compañía en los últimos días de vida por parte de la demandante y de sus dos hijos en común.

Reveló, que el 13 de agosto de 2020 solicitó ante la demandada el reconocimiento de la sustitución pensional, petición denegada a través de Resolución No. SUB 214388 del 07 de octubre de 2020 por falta de acreditación de convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento, frente a lo cual interpuso recurso de reposición el día 27 de octubre de 2020, confirmándose en todas sus partes el acto administrativo recurrido a través de Resolución SUB 242922 del 10 de noviembre de 2020 y Resolución DPE 15561 del 19 de noviembre de 2020 y reiterándose la falta de acreditación de cinco años de convivencia con anterioridad a la muerte del causante.

Para finalizar, señaló que el 21 de enero de 2021, radicó una nueva solicitud de reconocimiento pensional, nuevamente negada en Resolución SUB 58805 del 05 de marzo de 2021, contra la cual presentó recurso de apelación, resuelto en Resolución DPE 4062 del 03 de junio de 2021, contrariándose la jurisprudencia vigente de la CSJ Sala

Laboral, además, que no se aplicó la normatividad correcta, pues si bien hubo una separación de hecho entre la pareja, nunca se tramitó el divorcio, ni hubo cesación de efectos civiles, además que la entidad se encuentra en mora de más de 10 meses para reconocer la sustitución pensional, por lo que procede el pago de intereses moratorios.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Aceptó los hechos de la demanda contenidos en los numerales 22 a 30 y 33 a 36, relacionados al reconocimiento pensional a favor del causante y a las reclamaciones administrativas adelantadas por la demandante. Expresó que no le constan o no son ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho reclamado de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica o innominada. (archivo *“20ContestacionColpensiones”*).

MARGARITA ROSA PACHECHO RESTREPO en nombre propio y en representación de la menor **ISABELLA APONTE PACHECHO** aceptó los hechos de la demanda numerados 1, 7, 18, 22 a 30, 33, 35 y 36, admitiendo las fechas de nacimiento y muerte del causante, la separación de hecho de la pareja de cónyuges, el nacimiento de la hija concebida con el causante, el reconocimiento pensional a favor del causante y el trámite administrativo adelantado por la demandante. Pidió se nieguen la totalidad de pretensiones incoadas por la actora y desvincular del litigio a **MARGARITA ROSA PACHECO** en tanto nunca intentó tramitar la sustitución pensional a su favor como compañera permanente. Invocó como excepciones las de prescripción extintiva, inexistencia del derecho reclamado e indebida ponderación de derechos. (archivos *“12ContestacionLitisconsorte”* y *32SubsanacionContestacionMargaritaPacheco”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:39:30 archivo “41GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento” y min. 0:02 archivo “42ContinuacionGrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento”)

El 03 de noviembre de 2023, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar en favor de la señora ORFILIA RODRÍGUEZ ORTIZ identificada con cédula de ciudadanía 28.422.792, la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del causante FABIO HERNÁN APONTE PENSO, quien gozaba de la calidad de pensionado, pensión que debe ser reconocida en cuantía del 50% a partir del día treinta (30) de junio del año 2020, teniendo en cuenta que el restante 50% corresponde a la menor ISABEL APONTE PACHECO conforme al reconocimiento pensional que ya le efectuó COLPENSIONES. La mesada pensional de la señora ORFILIA RODRÍGUEZ ORTIZ acrecerá en su momento en el otro 50% restante, una vez la hija del causante, ISABEL APONTE PACHECO, pierda el derecho a la pensión de sobreviviente o deje de tener derecho a la pensión de sobrevivientes conforme a la ley. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar el Derecho pensional aquí concedido en favor de ORFILIA RODRÍGUEZ ORTIZ, debidamente indexado al momento de su pago, teniendo como referencia a los índices de precios al consumidor generados en la causación de cada mesada pensional que le corresponde a la aquí demandante. **TERCERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES por los intereses moratorios y demás pretensiones no acogidas en la presente demanda. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado. **QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** de la instancia a COLPENSIONES, y en favor de la demandante, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes (2 SMLMV) como valor de las agencias en derecho, y sin condena en costas en favor ni en contra de Isabel Aponte Pacheco, representada por su señora madre Margarita Rosa Pacheco Restrepo. (...)”.*

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si le asiste derecho a la señora **ORFILIA RODRIGUEZ ORTIZ** a que se le reconozca y pague pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge sobreviviente del señor FABIO HERNÁN APONTE PENSO, en un 50% de esa pensión, a partir del 29 de junio de 2020, junto con las demás pretensiones accesorias a la misma, como lo que tiene que ver con el reconocimiento de intereses moratorios.

Como fundamento de su decisión, señaló que en este caso se demostró que los lazos afectivos entre la demandante y el causante permanecieron, pues los testigos fueron claros, precisos, concordantes y espontáneos en informar esas relaciones de cordialidad y de cumplimiento de las obligaciones que como padre tenía el señor FABIO APONTE con sus hijos, procreados en el matrimonio con la señora **ORFILIA RODRÍGUEZ ORTIZ**, e incluso con quien fuera su cónyuge, lo que perduró hasta la fecha de muerte, pero si no fuera así, la ley no exige que esos esos lazos pervivan. Igualmente, señaló que está demostrado, conforme al registro civil de matrimonio que se presentó con la demanda y también fue allegado por **COLPENSIONES** en el expediente administrativo, que el matrimonio no fue disuelto antes de la muerte del causante, aunado a que, en el registro civil no aparece ninguna nota

donde se haya inscrito un divorcio, o la cesación de efectos civiles del matrimonio católico, por lo que a la demandante le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre que haya probado la convivencia con el señor FABIO APONTE por lo menos durante cinco años en cualquier tiempo, prueba que está suficientemente consolidada en el proceso, ya que se acreditó la convivencia por mucho más de cinco años de la pareja, la cual está demostrada básicamente desde el año 1979 con el matrimonio que ocurrió el 29 de enero, y hasta noviembre de 2002, pues así lo manifestaron los testigos que declararon de manera conteste, clara y espontánea, todos ellos conocedores de primera mano por las relaciones que les unió con los cónyuges, que esa relación de convivencia duró por más de 20 años y de la cual procrearon a dos hijos, así como que la convivencia fue constante, como un matrimonio en armonía, hasta que se malogró el asunto de la convivencia, debido a lo que la propia actora manifestó en su interrogatorio de parte y los testigos, esto es, que el causante suscitó otra relación de pareja, pero que el matrimonio continuó vigente hasta la muerte.

Concluyó el *a quo*, que le asiste derecho a la demandante al 50% de la pensión de sobrevivientes, toda vez que el otro 50% le corresponde a la menor **ISABELLA APONTE PACHECO**, el cual acrecerá desde el momento en que la hija pierda el derecho.

Por último, señaló que en este caso no aplica el pago de intereses moratorios, teniendo en cuenta que no había conflicto entre compañeras permanentes o cónyuges y no había por qué dejar en suspenso el derecho, pues **COLPENSIONES** interpretó la norma que habla de cinco años continuos de convivencia con anterioridad a la muerte, siendo que la aplicación de la tesis del Juzgado es por vía de jurisprudencia, pero si a la indexación de las mesadas a partir del momento de que se causó cada una de ellas y hasta la fecha que se pague el retroactivo.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia frente a la negativa del reconocimiento de intereses moratorios, argumentando que hay un *link* en la página de **COLPENSIONES** donde establece la forma cómo se debe interpretar el artículo 13 de la Ley 797, el cual dice que si bien dicha norma establece que en caso de pensión de sobreviviente que se cause por muerte del pensionado. el cónyuge o la compañera o compañero

permanente supérstite debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte, en la parte alusiva a la jurisprudencia, se indica que en sentencia del 29 de noviembre del 2011, radicado 40055, se precisó que después de la separación de hecho del cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurren compañero o compañera permanente, la convivencia de los cinco años para el cónyuge puede ser cumplida en cualquier tiempo; razón por cual considera que la entidad no siguió los parámetros establecidos por ella misma, lo que significa que sí hay lugar a los intereses moratorios, porque que el artículo 141 de la Ley 100 estatuye que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata la ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectuó su pago. (min. 8:00 archivo “42ContinuacionGrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento”).

A su turno, el apoderado de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, solicitando se analice la sentencia en su totalidad, en específico el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante, debido a que atendiendo al principio de estabilidad económica y social contemplado en la sentencia de la Corte Constitucional T-110 de 2011, la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener a los beneficiarios la seguridad social y económica con la que contaban antes de la muerte del causante, y en este caso vemos que la demandante cuenta con una estabilidad económica, tanto social como una seguridad social y una estabilidad económica desde el año 2002, ya que el causante no le prestaba una seguridad económica, al contrario, después de su separación en el 2002 y durante siete años, y después de su fallecimiento, el causante siempre ha garantizado la estabilidad social y económica de su hija **ISABELLA APONTE**, a quien además se le está vulnerando el mínimo vital.

Agregó, que, si bien la sentencia 2285 del 27 de septiembre de 2023 habla que debe existir una convivencia de cinco años sin importar el tiempo, en este caso, se ve que la demandante se desentendió del señor FABIO APONTE desde el 2002 cuando se separó, quien formó una nueva familia con la progenitora de la menor. Asimismo, solicita se revise la pertinencia del pago de costas atribuidas a su representada, teniéndose

en cuenta que la entidad no cuenta con un rubro destinado para ello, por lo que este dinero sale de los mismos valores que financian el sistema de pensiones en el RPM, lo que genera un detrimento al patrimonio de los pensionados y de sus demandantes. (min. 13:14 archivo “42ContinuacionGrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** solicitó la modificación del fallo de primera instancia en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

COLPENSIONES guardó silencio.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite y al pago de intereses moratorios, así como la procedencia de la condena en costas a cargo de la administradora de pensiones, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes hechos jurídicos: **i)** el causante FABIO HERNAN APONTE PENSO (q.e.p.d.) nació el 21 de mayo de 1949 (pág. 29 archivo “01DemandaConAnexos”); **ii)** la demandante y el señor FABIO HERNAN APONTE PENSO (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el día 27 de enero de 1979 (pág. 32 a 33 archivo “01DemandaConAnexos”); **iii)** entre el causante y la señora **MARGARITA ROSA PACHECO RESTREPO** procrearon a **ISABELLA APONTE PACHECO**, quien actualmente es beneficiaria de la

pensión de sobrevivientes (hecho aceptado por la demandada); **iv)** el señor FABIO HERNAN APONTE PENSO (q.e.p.d.) fue pensionado por el extinto ISS mediante Resolución No. 007592 del 25 de marzo de 2010 (pág. 42 a 51 archivo “01DemandaConAnexos”); **v)** el pensionado FABIO HERNAN APONTE PENSO (q.e.p.d.) falleció el 29 de junio de 2020 (pág. 30 a 31 archivo “01DemandaConAnexos”); **vi)** el 13 de agosto de 2020, la demandante solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento de la sustitución pensional y la misma fue negada mediante Resolución SUB 214388 del 07 de octubre de 2020, decisión confirmada mediante Resoluciones SUB 242922 del 10 de noviembre de 2020 y DPE 15561 del 19 de noviembre de 2020 (pág. 52 a 71 archivo “01DemandaConAnexos”); **vii)** el 21 de enero de 2021, la demandante reiteró ante **COLPENSIONES** el reconocimiento de la sustitución pensional, solicitud negada mediante Resolución SUB 58805 del 05 de marzo de 2021, confirmada mediante Resolución DPE 4062 del 03 de junio de 2021 (pág. 72 a 100 archivo “01DemandaConAnexos”).

En la sentencia de primera instancia se condenó a la demandada al pago de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor FABIO HERNÁN APONTE PENSO (q.e.p.d.), a partir del 30 de junio de 2020, en cuantía del 50% de la mesa pensional, acrecentado una vez la hija del causante pierda el derecho, junto con indexación del retroactivo pensional y costas del proceso. Contra la anterior decisión, los apoderados de la **DEMANDANT** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la norma aplicable en pensión de sobrevivientes.**

Ha sido posición pacífica y reiterada de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicar que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, tal y como ha señalado en las sentencias SL Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL3526 de 2019, SL184 de 2021, entre otras.

- Sobre la pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge supérstite en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Las pensiones de sobrevivientes que se rigen por la Ley 797 de 2003, la cual modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, consagran como beneficiarios de la prestación a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común. Dicha norma consagra al cónyuge y compañero permanente supérstite como beneficiarios de la prestación, siempre y cuando acrediten el periodo mínimo de convivencia de cinco (5) años, sosteniendo la H. CSJ que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras.

En cuanto el concepto de convivencia, la H. CSJ la define como la comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras, advirtiendo la Alta Corte que si hay convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como señaló en la sentencia SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros.

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material

implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

La misma Corporación ha reiterado que la demostración de los lazos familiares y afectivos, en el caso del cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separado de hecho del causante, no es una exigencia prevista en el inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ende, la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado en un periodo de 5 años, puede ser acreditado «*en cualquier tiempo*» (CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020, CSJ 2746-2020 y SL359-2021).

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-515 de 2019 analizó la constitucionalidad del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, concluyendo que para que el cónyuge supérstite separado de hecho se beneficie de la pensión de sobrevivientes, debe acreditar que su sociedad conyugal está vigente. En consecuencia, una vez se disuelve y se liquida la sociedad conyugal, los haberes del pensionado dejan de formar parte de la masa patrimonial y por ello se extingue el derecho a sustituir la prestación.

• CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, dado que el causante, señor FABIO HERNAN APONTE PENSO falleció el 29 de junio de 2020 (pág. 30 a 31 archivo “01DemandaConAnexos”), la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si a la muerte del causante tiene 30 o más años de edad, o si a pesar de no cumplir dicha edad procreó hijos con éste, siempre y cuando acredite un periodo mínimo de convivencia no inferior a cinco años.

En cuanto el alcance del periodo mínimo de convivencia, para el caso del cónyuge supérstite, la H. CSJ señala que el alcance efectivo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 no es otro que

la posibilidad para que este acredite tal periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, tal y como indicó en las sentencias SL2821-2021, SL4318-2021, SL2257-2022, SL2767-2022, SL4093-2022, entre otras.

Siendo así, pasa la Sala a verificar si la demandante cumple los anteriores requisitos, inicialmente encontrándose que la señora **ORFILIA RODRÍGUEZ ORTIZ** nació el 06 de marzo de 1953, por lo que a la fecha del fallecimiento del causante contaba con 67 años de edad (pág. 28, 34 a 35 archivo “01DemandaConAnexos”); por tanto, de determinarse que es beneficiaria de la sustitución pensional rogada, sería de manera vitalicia.

En segundo lugar, se comprueba que **ORFILIA RODRÍGUEZ ORTIZ** celebró matrimonio con el causante el 27 de enero de 1979 (pág. 32 a 33 archivo “01DemandaConAnexos”), no existiendo anotación alguna de disolución o liquidación de la sociedad conyugal, de lo cual puede inferirse razonablemente que tal vínculo permaneció vigente hasta el fallecimiento del señor FABIO HERNAN APONTE PENSO (q.e.p.d.).

Ahora, en aras de acreditar la convivencia de la demandante con el causante por el lapso exigido en la norma, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos, realizándose una valoración integral de todos los medios de prueba, en virtud de los principios de necesidad y comunidad de la prueba, consagrados en los artículos 164 y 176 del CGP, junto con el principio de libre formación del consentimiento del Juez Laboral y análisis en conjunto de las pruebas de los artículos 60 y 61 del CPTSS.

Dentro de la documental obrante en el expediente y relevante para el objeto de estudio, se encuentran las declaraciones juramentadas rendidas por DORIS RODRÍGUEZ ORTIZ ante la Notaría 2ª de Santa Marta, SILVIA MODESTA APONTE PENSO ante la Notaría 69 de Bogotá y ORFILIA RODRIGUEZ ORTIZ ante la Notaría 5 de Bogotá (pág. 36 a 41 archivo “01DemandaConAnexos”) y 23 registros fotográficos (pág. 101 a 119 archivo “01DemandaConAnexos”).

Asimismo, en el devenir probatorio se practicó la declaración de parte de la demandante **ORFILIA RODRÍGUEZ ORTIZ**, quien indicó que mantuvo convivencia bajo el mismo techo con el señor FABIO APONTE hasta finales del mes de noviembre de 2002, terminando la convivencia por una infidelidad de su esposo, quien se fue a vivir al barrio Lisboa

durante un tiempo y luego vivió con la señora **MARGARITA PACHECO**, que el señor FABIO APONTE siempre mantuvo sus obligaciones con sus hijos, fijaron una cuota y siempre los apoyó en sus estudios, pagando cada uno el 50% de los gastos del hogar, manteniendo una buena relación, que después del año 2002 no reanudaron la convivencia como pareja, que al momento del fallecimiento el causante vivía con una compañera con la que mantuvo una relación de un año y medio aproximadamente y antes de su fallecimiento viajó a la ciudad de Bogotá porque padecía de un problema médico, siendo sus dos hijos quienes lo acompañaron hasta el momento de su muerte; por otro lado, dijo que realizaron separación de bienes en el año 2007 por medio de una conciliación, sin realizarse la disolución de la sociedad conyugal, ni la cesación de efectos civiles y católicos.

Adicionó, que la relación que mantuvo con su cónyuge fue de mutuo apoyo, el causante viajaba a Bogotá a ver a sus hijos y a ella y mantenían una comunicación abierta, así como asistían a actividades familiares como comidas, salidas, eventos sociales, siendo su último viaje a Bogotá en agosto de 2019, en donde estuvo interno durante 10 días y en ese tiempo solo sus hijos en común estuvieron al pendiente de su padre, que al sepelio asistieron los dos hijos, pues por la pandemia la demandante solo pudo asistir de manera virtual. (min. 30:40 archivo *"41GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento"*).

A su vez, se recaudó el testimonio de SILVIA MODESTA APONTE (min. 48:20 archivo *"41GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento"*), ÁLVARO HERNANDO ÁVILA BELTRÁN (min. 1:16:44 archivo *"41GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento"*), DORIS RODRÍGUEZ ORTIZ (min. 1:33:35 archivo *"41GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento"*) y JOSÉ ELÍAS DAZA MEDINA (min. 1:55:25 archivo *"41GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento"*), prueba testimonial traída al asunto que para la Sala goza de plena credibilidad, pues los deponentes fueron espontáneos, se mostraron imparciales, sin ánimo de favorecer, y dada su cercanía y la relación de familiaridad y/o amistad que sostuvieron con el causante en vida, se puede establecer que sus afirmaciones derivan de los hechos que le constan de manera directa.

Los deponentes fueron contestes y coherentes en señalar que conocieron de vista y trato al señor FABIO HERNAN APONTE (q.e.p.d.)

manteniendo una convivencia continua y permanente con la señora **ORFILIA RODRÍGUEZ ORTIZ**, todos ellos coincidiendo en señalar que la pareja de esposos contrajeron matrimonio en el año 1979, fecha desde la cual convivieron inicialmente en la ciudad de Bogotá y luego en Santa Marta, convivencia que se mantuvo hasta el año 2002, para cuando se separaron, al cabo de lo cual el causante trasladó su domicilio al barrio Lisboa de la ciudad de Bogotá, luego a la ciudad de Valledupar y por último, al municipio de Manaure, eso sí aclarando los testigos que luego de la separación el causante viajaba constantemente a la ciudad de Bogotá a visitar y entregar presentes a la demandante y a sus dos hijos, de quienes continuó asumiendo sus obligaciones económicas, al igual, que mantenía una relación cordial con su cónyuge y se les observaba viajar juntos y compartir en eventos sociales.

Acorde a lo reseñado, fácil es corroborar la convivencia entre la pareja de cónyuges desde la fecha en que contrajeron nupcias (27 de enero de 1979) y hasta el año 2002, obteniéndose una convivencia de aproximadamente 23 años continuos, encontrándose de esa manera más que superados los cinco años de convivencia entre la pareja de esposos APONTE-RODRÍGUEZ.

Sin perjuicio de lo anterior, y para zanjar cualquier duda expuesta por el apoderado de **COLPENSIONES** en el recurso de alzada, debe aclarar el Tribunal que para otorgarse el derecho reclamado bajo los preceptos introducidos por la modificación efectuada por la Ley 797 de 2003, no puede exigirse que continúe la ayuda mutua, el afecto y los lazos de familia, pues precisamente, la separación de hecho tiene como finalidad poner fin a los lazos de unión que en algún momento fueron el móvil para un proyecto de vida. (sentencias CSJ SL5169-2019, SL2015-2021, CSJ SL 4321-2021, SL3251-2021, SL2464-2021 y CSJ SL5259-2021, SL1080-2022¹). De suerte que, si el vínculo matrimonial no fue

1 “...no es cierto que, para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante, pues, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no trae tal exigencia (...)

Del aparte transcrito, se tiene que la cónyuge separada de hecho, pero con unión matrimonial vigente –como sucede en este caso–, así no tenga en sus perspectivas continuar manteniendo lazos de afecto con su esposo, no pierde el derecho a obtener la pensión de sobrevivientes. De hecho, cuando el artículo 176 del Código Civil establece obligaciones a los consortes, entre ellas no están las de mantener lazos afectivos, comunicación solidaria o lazos familiares, hasta el momento del fallecimiento de uno de ellos.

Precisamente, la inexistencia de esos nexos frente a la persona con la que convivió, pero que por alguna circunstancia ya no forma parte de su vida, no puede convertirse en una causal

disuelto y existió una convivencia superior a los cinco años en cualquier época, como ocurrió en el caso que hoy ocupa la atención de la Sala, no resulta viable introducir una exigencia no contemplada en la ley, consistente en la continuidad de algún nexo de afecto y ayuda.

En consecuencia, este Tribunal colige que la señora **ORFILIA RODRÍGUEZ ORTIZ**, en calidad de cónyuge supérstite, acreditó el requisito de convivencia establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, como quiera que demostró que hizo vida en común con el causante por un tiempo superior a los cinco (5) años y que la unión matrimonial se mantuvo vigente hasta la fecha de fallecimiento, lo que en definitiva le otorga el derecho al reconocimiento de la pensión rogada. Razones suficientes para derribar el enfoque adoptado por **COLPENSIONES** en los diferentes actos administrativos que negaron el derecho reclamado, pues de forma caprichosa se abstuvo de reconocer la regla jurisprudencial de la H. CSJ relacionada a que la cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente puede acreditar los cinco años de convivencia exigidos por la Ley 797 de 2003 en cualquier tiempo.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto al reconocimiento de la pensión de la sustitución pensional a favor de la demandante, en porcentaje del 50%, a partir del día 30 de junio de 2020.

- **Sobre los intereses moratorios**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del Sistema de pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados, y tratándose de la primera de ellas la mora se entiende ocurrida cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho contados desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes. Para pensiones de sobrevivientes el plazo es de dos (2) meses, pues así lo dispone el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 y así lo

para negar un derecho, máxime cuando la ley a cuya interpretación se apela para tal desconocimiento, no contempla ese requisito. El correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 corresponde a que la esposa, para el caso, con vínculo conyugal vigente, aun separada de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado.”

ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL1810-2022, SL1714-2022, SL1386-2022).

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los intereses moratorios proceden de manera automática por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, así mismo ha establecido unas excepciones, en casos como: **i)** cuando se trata de prestaciones pensionales consolidadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; **ii)** cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; **iii)** cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; **iv)** cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; **v)** cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; **vi)** cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y **vii)** cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL 5079 de 2018 ratificado en sentencia CSJ SL 2383 de 2021).

En este caso, de acuerdo a lo contestado al punto por la demandada en el escrito de réplica, la señora **ORFILIA RODRÍGUEZ** solicitó por primera vez la sustitución pensional el 13 de agosto de 2020, mediante radicado 2020_7827670, por lo que es claro que para dicha calenda **COLPENSIONES** tenía conocimiento de la jurisprudencia de antaño en la cual se ha establecido como requisito para acreditar la calidad de beneficiaria como cónyuge sobreviviente, cinco años en cualquier tiempo, situación que logró establecer la demandada en el trámite administrativo y, a pesar de ello, decidió negar la prestación económica. Por ende, al no existir una causal de excepción a la imposición de los intereses moratorios los mismos son procedentes.

De manera que, como la promotora del litigio solicitó el reconocimiento pensional el 13 de agosto de 2020 y la misma fue negada, la Sala revocará la decisión de primera instancia en este aspecto, pues según lo dicho, procede el reconocimiento de este estipendio a partir de los dos meses, esto es, desde el 13 de octubre de 2020, sobre cada una de las mesadas adeudadas, interés que corre hasta la fecha en que la entidad realice su pago efectivo.

Ahora, se advierte que los intereses moratorios son incompatibles con la indexación de mesadas pensionales, pues al pagarse los intereses, la indexación se entiende incluida en estos, tal y como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ (sentencias CSJ SL1381-2019, SL2836-2022 y SL2876-2022, entre otras). Siendo ello así, y como quiera que en esta instancia resultó avante la condena por concepto de intereses moratorios, resulta improcedente el pago de indexación, por lo que se revocará la sentencia en este aspecto y se absolverá a la demandada de esta pretensión.

De igual manera, se adicionará el fallo en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud de la beneficiaria, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1190 de 2022, entre otras.

- Sobre la excepción de prescripción

Los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada, dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Descendiendo al caso sub examine, se tiene que la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 29 de junio de 2020, fecha en que falleció el causante, acudiendo por primera vez la demandante a reclamar la prestación pensional el 13 de agosto de 2020, obteniendo respuesta negativa mediante Resolución SUB 14388 del 07 de octubre de 2020, frente a la cual presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, resueltos a través de Resoluciones SUB 242922 del 10 de noviembre de 2020 y DPE 15561 del 19 de noviembre de 2020 (pág. 52 a 71 archivo “01DemandaConAnexos”) y accionando ante la Jurisdicción el 26 de agosto de 2021, tal como se constata con el acta individual de reparto (archivo “02ActaReparto”), lo que significa que no transcurrió el termino trienal legalmente establecido para la configuración del fenómeno prescriptivo, motivo por el cual no prospera este medio exceptivo. Tampoco tienen vocación de prosperidad los demás medios de

defensa invocados por **COLPENSIONES**, dado el resultado del estudio de la controversia.

- **Costas impuestas en primera instancia.**

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta y los aspectos apelados por los apoderados de las partes, procediendo la modificación de la sentencia en los términos referidos.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la indexación del retroactivo pensional, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a

partir del 13 de octubre de 2020, sobre cada una de las mesadas adeudadas y hasta cuando se haga efectivo el pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo de la demandante.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.17-2021-00452-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 07 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró ajustado el reconocimiento de la pensión de vejez realizado a favor de la demandante y condenó a **COLPENSIONES** a pagar intereses moratorios desde el 22 de diciembre de 2018 hasta el 31 de marzo de 2022 por la suma de \$65.943.024 (*min. 45:02, archivo “20Audiencia07-02-2024”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

DORIS LONDOÑO GOMEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se le reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2018, junto con el retroactivo, indexación, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 09 de febrero de 1954, laboró y cotizó al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el sector público y privado, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1° de junio de 1998 y retornó al Instituto de Seguros Sociales el 1° de mayo de 2000; que en el año 2011, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y el ISS en Resolución No.629 del 16 de febrero de 2011 negó la prestación, decisión confirmada en Resolución No. 6083 del 4 de octubre de 2011.

Manifestó que registra novedad de retiro en pensiones a partir del 1 de julio de 2018; el 11 de agosto de 2018 nuevamente reclamó el reconocimiento de la pensión de vejez ante **COLPENSIONES**, entidad que a través de la Resolución SUB304374 del 22 de noviembre de 2018 negó el reconocimiento pensional al manifestar que solo cuenta con 9.099 días cotizados equivalentes a 1.299 semanas, confirmada en resoluciones SUB 23123 del 26 de enero de 2019 y DPE2195 del 29 de abril de 2019; solicitó la actualización de la historia laboral, allegó certificados actualizados de tiempos públicos laborados en la Alcaldía Municipal de Ibagué y en la Gobernación del Tolima y pese a ello se volvió a negar la pensión por medio de la Resolución SUB67649 del 10 de marzo de 2020 (*pág. a 9, archivo “02DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y edad de la demandante, expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y cobro de lo no debido*; inexistencia de intereses moratorios; prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros; compensación; buena fe y la innominada o genérica (*pág. 4 a 13, archivo “09ContestacionDemandaColpensiones”*).

El 25 de enero de 2024, **COLPENSIONES** allegó copia de la Resolución SUB83974 del 25 de marzo de 2022, por medio de la cual la entidad le reconoció a la demandante la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2018 (archivo “15PruebaSobreviniente25-1-24”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 45:02, archivo “20Audiencia07-02-2024”)

El 07 de febrero de 2024, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** que el acto de reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la Señora DORIS LONDOÑO GÓMEZ identificada con la C.C. 38.228.896, contenida en la Resolución SUB83974 del 25 de marzo de 2022, proferida por COLPENSIONES, con posterioridad a la presentación de la demanda, se ajusta a los parámetros legales en relación a la conformación del Ingreso Base de Liquidación, tasa de reemplazo, número de mesadas al año, norma aplicable, montos de la mesada inicial y pago de retroactivo de mesadas pensionales, según las consideraciones expuestas en precedencia. **TERCERO: DECLARAR** que COLPENSIONES incurrió en mora en el reconocimiento y pago de la prestación pensional, según el derecho que le asistía a la demandante, y, en consecuencia, se CONDENA a esa entidad, a reconocer y pagar a favor de la señora LONDOÑO GÓMEZ, los intereses moratorios a la más alta tasa vigente para el momento de su liquidación, liquidados a partir del 22 de diciembre de 2018, y que se liquidaron respecto de todas y cada una de las mesadas causadas entre el 1° de julio de 2018 y el 31 de marzo de 2022, que fueron pagadas en abril de 2022, aplicando la tasa de interés moratorio, certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, y que se estableció en el 27,71% mensual, para el mes de reconocimiento. **CUARTO:** En consecuencia, CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante la suma de \$65'943.024, a título de intereses de mora, valor que deberá ser indexado desde el mes de abril de 2022, y hasta la fecha en que se efectúe el pago por parte de la entidad obligada, según lo considerado en precedencia. **QUINTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, según las consideraciones expuestas. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la entidad demandada en proporción del 80 %. En firme esta sentencia, por Secretaría, practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$3.500.000. **SÉPTIMO:** Se dispone la consulta de esta sentencia a favor de la entidad demandada,

remítase el expediente al Superior una vez concluya la presente diligencia (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que durante el transcurso del proceso **COLPENSIONES** en Resolución SUB83974 del 25 de marzo de 2022 le reconoció pensión de vejez a la demandante bajo los presupuestos de la Ley 797 de 2003, por 1305 semanas y un IBL calculado conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando por favorabilidad el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, esto es, \$4.559.994, y una tasa de reemplazo del 62.58%, lo que arrojó como primera mesada pensional \$2.853.644, por 13 mesadas anuales, acto administrativo que encontró ajustado a la normatividad aplicable, más aún cuando el disfrute de la pensión se concedió a partir de la última cotización al sistema pensional.

Sin embargo, advirtió que **COLPENSIONES** incurrió en mora para el reconocimiento de la prestación, pues la parte actora elevó solicitud el 22 de agosto de 2018, cuando ya cumplía los requisitos para acceder a la pensión, y la entidad la negó en varias oportunidades y a través de diferentes actos administrativos, y tan sólo dispuso el reconocimiento en el año 2022, por lo que en aplicación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consideró procedente el reconocimiento de intereses moratorios a partir del 22 de diciembre de 2018 hasta marzo de 2022 en la suma de \$65.943.024, valor que debe indexarse a la fecha en que se produzca el pago de la obligación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque parcialmente la sentencia. Adujo que **COLPENSIONES** al resolver cada una de las reclamaciones actuó conforme los preceptos legales y bajo los presupuestos que se daban en ese momento, no incurriendo en ninguna dilación ni desfavoreciendo a la afiliada y se procedió al reconocimiento cuando la persona reunió los requisitos, por lo que considera que no es viable

la condena por intereses y tampoco por costas procesales (*min. 49:50, archivo “20Audiencia07-02-2024”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandada reiteró los argumentos expuestos en la alzada y adicionó aspectos que no fueron objeto de recurso.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de intereses moratorios con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez otorgada a la demandante, junto con la indexación y costas del proceso, conforme lo alegado en el recurso de apelación.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) DORIS LONDOÑO GOMEZ** nació el 09 de febrero de 1954 (*pág. 11, archivo “02DemandaAnexos”*) y entre cotizaciones y tiempos de servicios públicos reporta un total de 1.304,71 semanas, según historia laboral del 05 de diciembre de 2019, teniendo como último periodo reportado junio de 2018 (*archivo “GRP-SCH-HL-2019_16351512-20191205035058”, carpeta “06ExpedienteAdministrativoColpensiones”*); **ii)** el 26 de junio de 2018 la afiliada presentó solicitud de actualización de la historia laboral con la inclusión de tiempos públicos, allegando las respectivas certificaciones (*pág. 60 a 62, archivo “02DemandaAnexos”*); **iii)** el 22 de agosto de 2018, la demandante reclamó el reconocimiento de la pensión de vejez (*pág. 65 y 66, archivo “02DemandaAnexos”*); **iv) COLPENSIONES** mediante Resolución SUB304374 del 22 de noviembre de 2018 negó la prestación al advertir que únicamente tenía cotizadas 1.299 semanas, decisión que una vez recurrida fue confirmada a través de resoluciones SUB23123 de 26 de enero de 2019 y DPE2195 del 29 de abril de 2019 (*pág. 72 a 106, archivo “02DemandaAnexos”*); **v)** el 06 de agosto y 05 de diciembre de 2019 la accionante insistió en el reconocimiento pensional (*pág. 111 a 115 y 122 y 123, archivo “02DemandaAnexos”*), petición que fue negada por medio de la Resolución SUB67649 del 10 de marzo de 2020 (*pág. 126 a 132, archivo “02DemandaAnexos”*); **vi)** y en Resolución SUB 83974 del 25 de marzo de 2022, **COLPENSIONES** le reconoció a **DORIS LONDOÑO GOMEZ** la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2018, bajo los presupuestos de la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$2.853.644, teniendo en cuenta un total de 1.305 semanas (*archivo “15PruebaSobreviniente25-1-24”*).

- Sobre la pensión de vejez en Ley 797 de 2003

Al no ser la demandante beneficiaria del régimen de transición (Acto Legislativo 01 de 2005) la norma que regula su situación

pensional es la prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que exige para acceder a dicha prestación, para el caso de las mujeres, tener 57 o más años de edad y un mínimo de 1.300 semanas a partir del año 2015. En este asunto **DORIS LONDOÑO GOMEZ** cumplió los 57 años el 09 de febrero de 2011 y cuenta con 1.305 semanas, sumando tiempos cotizados y prestados al sector público, por lo que reúne los requisitos para pensionarse con esta normativa a partir del 1° de julio de 2018, momento a partir del cual dejó de realizar cotizaciones, conforme lo dispuso **COLPENSIONES** en Resolución SUB83974 del 25 de marzo de 2022.

Al no cuestionarse por la parte actora el ingreso base de liquidación que calculó el fondo de pensiones, tampoco la tasa de reemplazo y el valor de la primera mesada pensional, la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

- **Sobre los intereses moratorios**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del sistema pensional que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados, mora que ocurre cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho, contados desde la fecha en que el beneficiario presenta la solicitud con los documentos pertinentes. Para pensiones de vejez el plazo es de cuatro meses, pues así lo dispone el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado o beneficiario solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras).

La misma Corporación ha precisado que los intereses moratorios proceden de manera automática por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, salvo algunas excepciones, en casos como: *“i) cuando se trata de prestaciones pensionales consolidadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; iii) cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; vi) cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y vii) cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa”* (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL2414 de 2020, entre otras).

Al revisar el instructivo, se advierte que no se presentaron los presupuestos antes señalados para exonerar a **COLPENSIONES** de la imposición de esa condena. Además, **DORIS LONDOÑO GOMEZ** solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 22 de agosto de 2018 (*pág. 65, 66 y 73, archivo “02DemandaAnexos”*), fecha para la cual tenía causado el derecho, sin que la entidad haya realizado el pago de forma oportuna.

En efecto, para el 22 de agosto de 2018, la demandante ya había cumplido la edad de 57 años y tenía entre semanas cotizadas al sistema pensional y tiempos de servicios públicos más de 1.300 semanas.

Nótese que según historia laboral expedida el 21 de junio de 2018 a **DORIS LONDOÑO GOMEZ** le reportaban 873.86 semanas cotizadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta mayo de 2018 (pág. 5 y 6, archivo “GEN-ANX-CI-2018_15523715-20181206115255”, carpeta “06ExpedienteAdministrativoColpensiones”), que sumados a la semanas cotizadas en junio de 2018 (4,28) y los tiempos públicos prestados a favor de la Alcaldía Municipal de Ibagué, que habían sido validados incluso por el Instituto de Seguros Sociales en la Resolución 629 de 2011 (archivo “GJR-SCE-AF-2012_1068016-20130708100933” carpeta “06ExpedienteAdministrativoColpensiones”), que corresponden a 2977 días, equivalente a 425,28 semanas, por haber laborado en la referida entidad territorial desde el 31 de enero de 1983 al 10 de octubre de 1986 y 13 de junio de 1990 al 09 de enero de 1995 (pág. 23, archivo “02DemandaAnexos”), tiempos públicos que también fueron validados por **COLPENSIONES** en Resolución SUB304374 del 22 de noviembre de 2018 (pág. 72 a 79, archivo “02DemandaAnexos”), hay plena certeza que para el momento en que se presentó la reclamación de la prestación (22 de agosto de 2018) la afiliada tenía acreditadas por lo menos 1.303 semanas, lo que es indicativo que tenía acreditados los requisitos para acceder a la prestación pensional, sin que exista razón válida para demorar el referido reconocimiento, el cual fue materializado por la demandada hasta el año 2022.

De ello surge viable la condena por intereses a partir del 22 de diciembre de 2018 (cuatro meses después de presentada la solicitud) y hasta el 31 de marzo de 2022, por cuanto la pensión otorgada por **COLPENSIONES** por medio de la Resolución SUB83974 del 25 de marzo de 2022 fue incluida en nómina de pensionados para abril de 2022 (archivo “15PruebaSobreviniente25-1-24”), como lo determinó el Juzgado de instancia, aspecto de la decisión se confirmará.

Se aclara que los intereses moratorios por las mesadas pensionales del periodo julio a noviembre de 2018, se causan a partir del 22 de diciembre de 2018; en cuanto a los intereses moratorios

respecto de las mesadas generadas entre enero de 2019 y febrero de 2022, se reconocen desde la fecha de causación de cada una de ellas hasta su pago efectivo. Igualmente, al tratarse el año pensional de 360 días, ese mismo periodo se debe tener en cuenta para la operación aritmética.

Atendiendo que en el fallo de instancia se estableció el valor de la condena por intereses moratorios, procede la Sala a revisar el referido monto, así:

Mesada causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	% Interés moratorio anual	%Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal interés
jul-18	22/12/2018	31/03/2022	1179	27,71	0,067	\$2.853.644,00	\$2.254.179,00
ago-18	22/12/2018	31/03/2022	1179	27,71	0,067	\$2.853.644,00	\$2.254.179,00
sep-18	22/12/2018	31/03/2022	1179	27,71	0,067	\$2.853.644,00	\$2.254.179,00
oct-18	22/12/2018	31/03/2022	1179	27,71	0,067	\$2.853.644,00	\$2.254.179,00
nov-18	22/12/2018	31/03/2022	1179	27,71	0,067	\$2.853.644,00	\$2.254.179,00
dic-18	1/01/2019	31/03/2022	1170	27,71	0,067	\$5.707.288,00	\$4.473.943,06
ene-19	1/02/2019	31/03/2022	1140	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$2.248.925,08
feb-19	1/03/2019	31/03/2022	1110	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$2.189.742,84
mar-19	1/04/2019	31/03/2022	1080	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$2.130.560,60
abr-19	1/05/2019	31/03/2022	1050	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$2.071.378,37
may-19	1/06/2019	31/03/2022	1020	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$2.012.196,13
jun-19	1/07/2019	31/03/2022	990	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$1.953.013,89
jul-19	1/08/2019	31/03/2022	960	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$1.893.831,65
ago-19	1/09/2019	31/03/2022	930	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$1.834.649,41
sep-19	1/10/2019	31/03/2022	900	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$1.775.467,17
oct-19	1/11/2019	31/03/2022	870	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$1.716.284,93
nov-19	1/12/2019	31/03/2022	840	27,71	0,067	\$2.944.390,00	\$1.657.102,69
dic-19	1/01/2020	31/03/2022	810	27,71	0,067	\$5.888.780,00	\$3.195.840,91
ene-20	1/02/2020	31/03/2022	780	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$1.597.210,36
feb-20	1/03/2020	31/03/2022	750	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$1.535.779,19
mar-20	1/04/2020	31/03/2022	720	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$1.474.348,02
abr-20	1/05/2020	31/03/2022	690	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$1.412.916,86
may-20	1/06/2020	31/03/2022	660	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$1.351.485,69
jun-20	1/07/2020	31/03/2022	630	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$1.290.054,52
jul-20	1/08/2020	31/03/2022	600	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$1.228.623,35
ago-20	1/09/2020	31/03/2022	570	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$1.167.192,19
sep-20	1/10/2020	31/03/2022	540	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$1.105.761,02
oct-20	1/11/2020	31/03/2022	510	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$1.044.329,85
nov-20	1/12/2020	31/03/2022	480	27,71	0,067	\$3.056.277,00	\$982.898,68
dic-20	1/01/2021	31/03/2022	450	27,71	0,067	\$6.112.554,00	\$1.842.935,03

Mesada causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	% Interés moratorio anual	%Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal interés
ene-21	1/02/2021	31/03/2022	420	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$873.882,92
feb-21	1/03/2021	31/03/2022	390	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$811.462,71
mar-21	1/04/2021	31/03/2022	360	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$749.042,50
abr-21	1/05/2021	31/03/2022	330	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$686.622,29
may-21	1/06/2021	31/03/2022	300	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$624.202,08
jun-21	1/07/2021	31/03/2022	270	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$561.781,87
jul-21	1/08/2021	31/03/2022	240	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$499.361,67
ago-21	1/09/2021	31/03/2022	210	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$436.941,46
sep-21	1/10/2021	31/03/2022	180	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$374.521,25
oct-21	1/11/2021	31/03/2022	150	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$312.101,04
nov-21	1/12/2021	31/03/2022	120	27,71	0,067	\$3.105.483,00	\$249.680,83
dic-21	1/01/2022	31/03/2022	90	27,71	0,067	\$6.210.966,00	\$374.521,25
ene-22	1/02/2022	31/03/2022	60	27,71	0,067	\$3.280.011,00	\$131.856,44
feb-22	1/03/2022	31/03/2022	30	27,71	0,067	\$3.280.011,00	\$65.928,22
Total Intereses moratorios							\$63.209.273,06

Como el valor calculado por la Sala es inferior al obtenido por el *a quo*, se modificará la sentencia.

Ahora, pese a tratarse de intereses moratorios, procede la indexación para efectos de que la suma que reciba la demandante se encuentre actualizada a valor presente, pues la liquidación fue realizada a marzo de 2022.

- **Sobre la excepción de prescripción:**

Para resolver esta excepción, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de acreencias pensionales esto ocurre frente a cada mesada, dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Al respecto, a partir de la Resolución DPE2195 del 29 de abril de 2019, por medio de la cual **COLPENSIONES** desató el recurso de apelación interpuesto por la afiliada contra la Resolución SUB304374 del 22 de noviembre de 2018 (*pág. 72 a 106, archivo “02DemandaAnexos”*), la parte actora estaba plenamente facultada para presentar la correspondiente demanda y obtener el pago tanto de las mesadas como de intereses moratorios, aspecto que ocurrió el 29 de septiembre de 2021 (*archivo “01ActaReparto23-09-21”*), fecha en que no habían transcurrido los tres años aludidos, por lo que ninguno de los intereses reconocidos se encuentran afectados por prescripción, no encontrando prosperidad este medio exceptivo. Y por el resultado de la controversia, tampoco son de recibo las demás excepciones invocadas por la demandada.

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL CUARTO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a la demandante la suma de \$63.209.273,06 por concepto de intereses moratorios, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 17-2021-00300-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 15 de enero de 2024, que declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual con cargo a recursos propios y debidamente indexado, ordenó la actualización de la historia laboral y condenó en costas a las demandadas (min. 39:36 archivo “21Audiencia15-01-2024”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 10 archivo “02DemandaAnexos”).**

LUZ STELLA GÓNGORA MORENO solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 06 de diciembre de 1965, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 contaba con 28 años, cotizó al ISS un total de 209 semanas, trasladándose al RAIS mediante afiliación a ING hoy **PROTECCION S.A.** en octubre de 1999, afiliación que se llevó a sin recibir información clara y completa por parte de la AFP y posteriormente, se vinculó a **SKANDIA S.A.** en septiembre

de 2007, por lo que elevó petición ante las demandadas solicitando la declaratoria de ineficacia de la afiliación a ING, peticiones negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos de la demanda relativos a la edad de la demandante, la afiliación al ISS, la densidad de semanas cotizadas en el RPM, el traslado al RAIS, la radicación de solicitud de retorno al RPM y la respuesta negativa. Expresó que no le constan o no son ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de 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, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (pág. 4 a 24 archivo “04ContestacionDemandaColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aceptó la edad de la demandante, el traslado de la demandante a esa AFP, el traslado horizontal, la petición formulada por la demandante y su respuesta, expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica. (pág. 3 a 21 archivo “06ContestacionDemandaProteccion”).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad de la demandante, su afiliación a esa AFP, la radicación del derecho de petición y su respuesta. Expresó que los demás hechos no son ciertos o

no le constan y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (pág. 3 a 23 archivo “07ContestacionDemandaSkandia”). A su vez, llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (pág. 107 a 113 archivo “07ContestacionDemandaSkandia”), petición que fue admitida en providencia del 04 de marzo de 2022 (archivo “09AutoTieneContestadaColpensiones...”).

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, expresó no constarle los hechos y formuló las excepciones denominadas el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a Skandia, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones. Frente al llamamiento en garantía, se opuso a las pretensiones, admitió la existencia del presente proceso y del contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia con Skandia y el pago del importe de la prima respectiva e invocó las excepciones denominadas Skandia frente a la acción material ejercida por la parte demandante carece de amparo y/o cobertura, pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre, Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante Skandia y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones (pág. 3 a 23 archivo “11ContestacionLlamamientoMapfre”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 11:01 archivo “21Audencia15-01-2024”).

El 15 de enero de 2024, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, y la de inexistencia del derecho contractual propuesta por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la LUZ STELLA GÓNGORA MORENO identificada con la C.C. 63.392.019, al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, a través de Ing Pensiones y Cesantías, hoy PROTECCIÓN S.A., y su vinculación posterior a SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, fueron ineficaces, y por consiguiente no produjeron efectos jurídicos, lo anterior, según lo expuesto en precedencia. TERCERO: DECLARAR que la demandante, señora GÓNGORA MORENO, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que COLPENSIONES, como entidad administradora de ese régimen, tiene la obligación legal de validar el retorno o vinculación de la demandante sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas. CUARTO: ORDENAR a SKANDIA S.A., como actual administradora de fondos de pensiones al que pertenece la demandante, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado en precedencia. QUINTO: CONDENAR a su vez a PROTECCIÓN S.A., a devolver también los gastos y comisiones de administración, las sumas adicionales de la aseguradora, debidamente indexados, debiendo además devolver los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con Ing Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A. SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas a favor de la demandante, y convalidarlos en su historia laboral, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, debiendo tenerlos en cuenta para los efectos de semanas cotizadas en ese régimen pensional. SÉPTIMO: ABSOLVER a la llamada en garantía de todas las pretensiones incoadas en su contra, según lo analizado. OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme ésta sentencia practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$1'000.000 M/Cte. NOVENO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra. DÉCIMO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES (...).”

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer las circunstancias de tiempo modo y lugar en que acaeció el traslado de la demandante al RAIS y determinar si en su momento el asesor de la AFP, a través de la cual se gestionó el cambio de régimen pensional, le brindó

a la futura afiliada la información clara, completa, suficiente y oportuna con miras a ilustrar acerca del funcionamiento de características del RAIS comparado con el régimen entonces a cargo del Instituto de Seguros Sociales y determinar si estamos frente al deber de omisión del deber de información por parte del asesor o representante de ING que en su momento gestionó el cambio de régimen y las consecuencias que se derivan de tal pronunciamiento, determinar entonces si se está frente a una causal de ineficacia del traslado y las consecuencias que derivarían de esto. Por otro lado. establecer las consecuencias procesales que se derivarían del llamamiento en garantía y si la llamada en garantía le asiste alguna obligación de orden legal o contractual frente a las pretensiones de la demanda.

Para resolver, el Juez indicó que **PROTECCIÓN S.A.**, como sucesora de las obligaciones que antes tuvo a su cargo ING PENSIONES Y CESANTÍAS, no aportó el documento mediante el cual admitió como su afiliada a la demandante, pero sí obra documento por medio del cual la demandante se vinculó con posterioridad a **SKANDIA S.A.**, vinculación que se dio el 30 de julio de 2007, constatándose que la información allí vertida corresponde a la general de la futura afiliada, indicándose sus nombres y apellidos, número de cédula, dirección, datos del vínculo laboral, entre otra información general, sin que se pueda establecer que en ese momento, julio de 2007, el asesor o representante comercial de **SKANDIA S.A.** se preocupara por brindarle una información clara y suficiente y veraz a la futura afiliada con miras a ilustrarla acerca del concepto, condiciones y características del RAIS, al tenor de lo establecido en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, explicándole las distintas modalidades de pensión, las condiciones para acceder a un derecho pensional, la forma de cuantificar o liquidar la prestación pensional a partir de la necesidad de efectuar aportes obligatorios con miras a conformar el ahorro suficiente para financiar el derecho pensional o la posibilidad de efectuar aportes voluntarios según lo prevé el artículo 62 del mismo estatuto para aquellos casos en que la afiliada pretenda incrementar el saldo de su cuenta individual con miras a obtener una pensión mayor o un retiro anticipado, como una de las modalidades de pensión propias de ese régimen pensional, tampoco obra prueba acerca de habersele informado a la futura afiliada acerca de la incidencia de que en la conformación de su mesada pensional tendrían los vaivenes de los mercados financieros.

Advierte la omisión de un comparativo entre los dos regímenes pensionales, teniendo en cuenta las diferencias esenciales o sustanciales entre estos, por lo que era deber del representante o asesor comercial de ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** desplegar toda una gestión tendiente a ilustrar a la futura afiliada acerca de las características y el funcionamiento de ese régimen pensional, incluyendo la conveniencia o no de cambiarse de régimen, es decir, las ventajas o desventajas que para ella podría representar el cambio de administradora de pensiones y de régimen pensional, concluyendo, que la actividad de representante, más que una gestión de verdadera asesoría comercial que debía cumplir, tuvo como propósito atraer y cautivar a la afiliada del otro sistema para tratar de fortalecer y engrosar la nómina de vinculados a los recientes fondos creados para esa época en Colombia, según la Ley 100 de 1993, quedando demostrado que se incumplió con ese deber de información, responsabilidad que le atañe a las entidades administradoras del RAIS frente a sus afiliados.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **SKANDIA S.A.** interpone recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absuelva a su representada de todas y cada una de las condenas que fueron impuestas, considerando que a la figura de la ineficacia del acto jurídico del traslado que realizó la demandante, en un primer momento a ING, y después el traslado horizontal hacia la AFP **SKANDIA**, no se le puede dar efectos adicionales a las que ya contempla la ley, pues la interpretación de la naturaleza jurisprudencial es un criterio auxiliar de la justicia, por lo que no es jurídicamente viable darle carácter de ley a la jurisprudencia, resultando claro que la ineficacia que se declara se encuentra plenamente regulada por el artículo 897 del Código de Comercio y no por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de manera que, si la afiliación que realizó la demandante nunca generó efecto alguno, ello implicaría que nunca se generarían a su favor unos rendimientos financieros.

Por otro lado, dijo que los gastos de administración fueron legalmente descontados en virtud de la propia ley. Solicita, que en caso de que se confirme la decisión, se revoque la condena por indexación, en razón a que el dinero de la demandante se encuentra en su cuenta de ahorro individual y en ningún momento ha sufrido las pérdidas de la

inflación ni ha perdido su poder adquisitivo, pues gracias a los rendimientos financieros se permite a ese dinero seguir estando actualizado en el tiempo, razón por la cual ordenar la indexación sería una doble sanción por un mismo concepto. Por último, solicita se revoque la decisión de instancia relativa a las costas en su contra, dado que únicamente estaba haciendo uso de su derecho a la defensa y además, teniendo en cuenta que esa AFP no fue la que suscitó el traslado de régimen pensional y que como bien se hizo saber en el interrogatorio de parte, el traslado con **SKANDIA** obedeció simplemente a un traslado horizontal (min. 43:33 archivo “21Audiencia15-01-2024”).

A su turno, el apoderado de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia emitida, considerando que se pasó por alto que en el momento del traslado de régimen pensional de la demandante la normativa aplicable para el caso era la ley 100 en su artículo 13, literal B y E, y el Decreto 692 de 1994 y Decreto 663 de 1993, en el cual que se entendía que de manera espontánea, libre y expresa el afiliado simplemente ratificaba su decisión al momento de firmar el formulario, por lo que no resulta razonable ni jurídicamente válido imponer obligaciones y un soporte de información no previsto en el ordenamiento jurídico de la época. Agregó, que con la condena impuesta a la entidad se está afectando el equilibrio y la sostenibilidad financiera en el sistema consagrado en su artículo 48 de la Constitución Política. En caso de que confirme la decisión, ruega que se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido que se debe reintegrar la totalidad de las consignaciones que recibió, estos son, los recursos de cuentas individuales, rendimientos abonados, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración, entre otros, y así mismo, se tenga como condicionada al previo cumplimiento de las AFP. También solicita revocar la condena en costas, toda vez que el acto que se está demandando fue ocasionado por unos terceros. (min. 49:25 archivo “21Audiencia15-01-2024”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **PORVENIR** y **SKANDIA** solicitaron revocar el fallo y absolver a sus representadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Por su parte, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a ING hoy **PROTECCION S.A.**, y su subsiguiente traslado horizontal a **SKANDIA S.A.**, así como la procedencia de la condena impuesta a esa AFP de trasladar a **COLPENSIONES** las sumas por concepto de rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **LUZ STELLA GÓNGORA MORENO** nació el 06 de diciembre de 1965 (pág. 52 a 53 archivo “02DemandaAnexos”); **ii)** la demandante cotizó al ISS para los riesgos de IVM, en donde acumuló 209 semanas cotizadas (pág. 47 a 50 archivo “04ContestacionDemandaColpensiones”); **iii)** la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** a partir del 01 de octubre de 1999 (pág. 22 a 33 archivo “06ContestacionDemandaProteccion”), luego se afilió a **SKANDIA**

S.A. con formulario de afiliación No. 408948 del 30 de julio de 2007, materializado el 01 de septiembre de 2007 (pág. 56 a 58 archivo “07ContestacionDemandaSkandia”), AFP en la cual permanece vinculada; **iv)** la demandante elevó petición ante las demandadas solicitando la declaratoria de afiliación al RAIS, las cuales fueron negadas (pág. 58 a 62, 68 a 71, 80 a 83 archivo “02DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual con cargo a recursos propios y debidamente indexado, ordenó la actualización de la historia laboral y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de

2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, pues ni siquiera reparó en aportar al diligenciamiento el formulario de afiliación, y aun cuando así lo hubiera hecho, la firma de este por la afiliada no la eximiría de tal carga

probatoria; por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional. Situación similar ocurrió con la AFP **SKANDIA** que tampoco probó el cumplimiento del deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que, al momento de trasladarse a ING, el asesor no le brindó ningún tipo de información referente al contenido del formulario que firmó y tampoco realizó preguntas al respecto, por lo que no tuvo la oportunidad de conocer de otros fondos de pensiones, pues ING era el designado por la empresa para la cual laboraba (min. 16:46 archivo “19Audiencia04-12-2023”); manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas deben devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la AFP demandada deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de los apoderados de las apelantes por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primer grado; no obstante, se adicionará en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

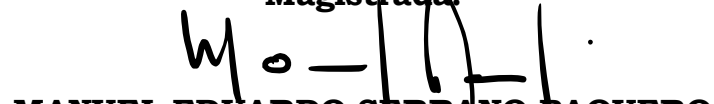
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 19-2019-00355-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia del 09 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia de una relación laboral vigente entre el 01 de agosto al 19 de diciembre de 1996 y entre el 01 de febrero al 10 de noviembre de 1997, condenó a la demandada al pago de cotizaciones en pensión por dichos intervalos de tiempo, al reintegro a un cargo de igual o mejor categoría con el correspondiente pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social en pensión y costas del proceso (min. 1:09:46, archivo “17VideoAudienciaArt80CPTFallo”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 5 a 33 archivo “01ExpedienteDigital”).**

MARINA INÉS RODRÍGUEZ CASTRO llamó a juicio a la **UNIVERSIDAD CENTRAL** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo sin solución de continuidad a partir del 01 de agosto de 1996 al 16 de diciembre de 2017 y, en consecuencia, obtener el reconocimiento y pago de cesantías e indemnización por la consignación de las cesantías en un fondo causadas entre el 01 de agosto de 1996 al 31 de diciembre de 1999. A la par, reclama que se declare que al momento del despido se encontraba en situación de estabilidad laboral reforzada por configurarse las causales de madre soltera cabeza de familia de hijo en situación de discapacidad y/o *reten social*. En consecuencia, se condene al reintegro y al pago de salarios, prestaciones

sociales, cotizaciones a seguridad social, dotación y vacaciones desde el día siguiente del despido y hasta la fecha de reintegro e indexación. De manera subsidiaria, solicita la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 08 de abril de 1964; que el 01 de agosto de 1996, ingresó a laborar para la **UNIVERSIDAD CENTRAL** mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido, devengando un salario equivalente a dos SMLMV; posteriormente, entre el 26 de enero de 1998 al 30 de noviembre de 1999, suscribió contratos de hora cátedra, entre el 24 de enero de 2000 al 30 de noviembre de 2007 suscribió contratos a término fijo inferior a un año para profesores, entre el 14 de enero de 2008 al 06 de enero de 2012 suscribió contratos de trabajo a término fijo para profesores de tiempo completo, acordándose entre las partes el 01 de junio de 2012 la modificación de la modalidad contractual del último contrato, entendiéndose hacia futuro como contrato a término indefinido.

Manifestó, que el día 13 de diciembre de 2017, le notificaron la terminación unilateral del contrato sin justa causa a partir del 16 de diciembre de ese mismo año, momento para el cual se encontraba amparada por la figura de estabilidad laboral reforzada por el denominado *reten social*, ya que para esa fecha contaba con más de 53 años, faltándole tres años y cuatro meses para adquirir su estatus de pensionada por vejez, así como también por ser madre cabeza de familia de hijo en situación de discapacidad que depende económicamente de ella, cuyo padre falleció en el año 2008, situación conocida por los representantes y directivos de la accionada.

- **CONTESTACIÓN DE DEMANDA (pág. 2 a 33 archivo “02Contestacion”).**

La **UNIVERSIDAD CENTRAL** se opuso a las pretensiones. Aceptó la suscripción de 16 contratos de trabajo a término fijo inferior a un año para profesores, la suscripción de 05 contratos de trabajo a término fijo para profesores de tiempo completo, la modificación a contrato a término indefinido suscrita el 01 de junio de 2012, el salario devengado por la demandante en los años 2012, 2014 y 2016 y la terminación del contrato de trabajo sin justa causa. Expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Y, formuló como previa la excepción de prescripción y de

mérito las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe exenta de culpa, inaplicabilidad del principio de estabilidad laboral reforzada y las genéricas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 37:11, archivo “17VideoAudienciaArt80CPTFallo”)

El 09 de junio de 2023, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre la señora MARINA INES RODRÍGUEZ CASTRO y la ASOCIACION DE UNIVERSIDAD CENTRAL, existió una relación laboral entre el 01 de agosto al 19 de diciembre de 1996 y del 01 de febrero al 10 de noviembre de 1997, conforme a las consideraciones de la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada UNIVERSIDAD CENTRAL a pagar a la aquí demandante y ante la entidad de seguridad social que la misma se encuentre cotizando, las sumas correspondientes a cotizaciones para pensión durante los periodos del 01 de agosto al 19 de diciembre de 1996 y del 01 de febrero al 10 de noviembre de 1997 de acuerdo con las pautas o el cálculo actuarial que elabore el fondo entendiendo que se trata de cotizaciones en mora, teniendo como ingreso base de cotización el salario mínimo de la época debidamente indexado. TERCERO: CONDENAR a la demandada UNIVERSIDAD CENTRAL a reintegrar a la aquí demandante a cargo que tenía o a uno de igual o mejor categoría desde el 16 de diciembre de 2018 y como consecuencia de lo anterior proceder al pago de salarios, aportes a seguridad social en pensión, prestaciones sociales y vacaciones desde el 16 de diciembre de 2017 hasta que se genere el respectivo reintegro. CUARTO: DECLARAR la compensación de la liquidación de las sumas que generen como consecuencia del numeral anterior, con la liquidación de las prestaciones sociales e indemnización reconocida y pagada por la UNIVERSIDAD CENTRAL. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Se ordena que sean tasadas por secretaría del despacho (...)”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si entre las partes, bajo la primacía de la realidad sobre las formas, existió un contrato laboral sin solución de continuidad entre el 01 de agosto de 1996 al 16 de diciembre de 2017, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador estando amparada por una estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de familia de hijo en situación de discapacidad y *reten social* por faltarle menos de tres años y cuatro meses para adquirir el estatus de la pensión de vejez por edad; determinar si hay lugar a un reintegro y al pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, dotaciones y vacaciones del 01 de enero de 2018 hasta que se genere el reintegro e indexación y adicionalmente, si procede el pago de cesantías y aportes a seguridad social en pensión del 01 de agosto de 1996 al 31 de diciembre de 1999, junto con la

indemnización por el no pago de cesantías a un fondo. De forma subsidiaria al reintegro, si hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa y la moratoria.

Para resolver, indicó que la demandante logró demostrar que prestó servicios en favor de la demandada durante los años 1996 a 1999 mediante contratos de prestación de servicios, en razón a que así fue aceptado por la demandada desde la contestación, sin que para los periodos del 01 de agosto a 19 de diciembre de 1996 y del 01 de febrero al 10 de noviembre de 1997 se hayan allegado los contratos de prestación de servicios, operando de forma automática la presunción del artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la demandada, por lo que declara la relación laboral durante dichos tiempos. Y, por los periodos comprendidos entre los años 1998 a 1999, se allegaron los contratos de prestación de servicios, por lo que no es dable aplicar tal presunción, correspondiendo a la parte demandante demostrar los demás elementos de la relación laboral, siendo que la parte actora no probó la subordinación, por cuanto de la prueba testimonial aportada se puede colegir que la demandada no exigía a la demandante el cumplimiento de órdenes o que le impusiera reglamentos.

Con relación a la declaratoria de una sola relación laboral sin solución de continuidad, señaló que de acuerdo a lo dispuesto por la H. CSJ un contrato a término fijo de ninguna manera se convierte a uno indefinido por la sola ocurrencia de las prórrogas, situación que no opera en el caso en concreto, ya que las partes celebraron múltiples contratos a término fijo sin prórroga.

Frente al pago de cesantías e indemnización por no consignación de las mismas por los periodos de relación laboral declarados, estos son, 01 de agosto a 19 de diciembre de 1996 y 01 de febrero al 10 de noviembre de 1997, manifestó que no hay lugar a su estudio por cuanto la demandada propuso la excepción de prescripción, encontrando que la demanda fue presentada el 17 de mayo de 2019, por lo que en lo que respecta a tales pretensiones se supera ampliamente el término de la prescripción extintiva; circunstancia que no cobija los aportes a la seguridad social en pensión, disponiendo su pago, teniendo como IBC el SMLMV a la fecha, al no existir prueba que demuestre un salario superior.

Por otro lado, en lo que respecta a la estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado, señaló que la demandante pertenece al RAIS y que al verificar su historia laboral con Porvenir, cuenta con un salado acumulado de \$189.084.535 y 1.049 semanas, lo que significa que para acceder a la garantía de pensión mínima le faltan 101 semanas que corresponden a dos años de cotización, situación que la ubica en la condición de prepensionada, por lo que opera la garantía de estabilidad laboral reforzada, procediendo el reintegro y el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social desde el 16 de diciembre de 2017 y hasta que se genere el respectivo reintegro, aclarando que como a la demandante le fue pagada la liquidación final de prestaciones sociales, deberán compensarse las sumas reconocidas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando no se declare la prescripción del derecho al reconocimiento y pago de cesantías de los periodos del 01 de agosto de 1996 a diciembre de 1998 y de la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. (min. 1:11:21, archivo “17VideoAudienciaArt80CPTFallo”).

A su turno, el apoderado de la **DEMANDADA** interpone recurso de apelación, argumentando que la sentencia C-795 de 2009 indica que la calidad de prepensionado la tiene el trabajador al que le falten tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas de cotización para disfrutar de la pensión de jubilación o vejez, condición que no resulta aplicable a la demandante, quien nació el 08 de abril de 1964, por lo que para diciembre de 2017, fecha de terminación del contrato de trabajo, tenía 53 años y aun cuando no se tiene el dato exacto de las semanas cotizadas para esa fecha, en la historia laboral aportada se observa que al 16 de junio de 2020, esto es, posterior a la finalización de la relación laboral, tenía un total 1.049 semanas cotizadas. (min. 1:13:16, archivo “17VideoAudienciaArt80CPTFallo”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDADA** solicita revocar el

numeral tercero de la sentencia de primera instancia y en su lugar declarar legal la terminación del contrato de trabajo.

Por su parte, el apoderado de la **DEMANDANTE** pide la adición de la sentencia, en el sentido de ordenar el pago de cesantías, intereses a las cesantías y sanción por no consignación de las mismas, de conformidad con la Ley 52 de 1975 y artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPTSS procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico, le corresponde a la Sala determinar: **i)** si se configuró la prescripción del auxilio de cesantías y de la indemnización moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; **ii)** si al momento de la terminación del contrato de trabajo la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero de prepensionada o por ser madre cabeza de familia, y en caso afirmativo, la procedencia del reintegro y demás pretensiones consecuenciales. En caso contrario, estudiar las pretensiones subsidiarias relacionadas al pago de las indemnizaciones por despido injusto y moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

No es motivo de controversia en esta instancia los siguientes supuestos fácticos: **i)** la existencia de una relación laboral entre las partes vigente entre el 01 de agosto al 19 de diciembre de 1996 y entre el 01 de febrero al 10 de noviembre de 1997 (hecho declarado en primera instancia y no apelado por las partes); **ii)** la suscripción entre las partes de dieciséis (16) contratos de trabajo para profesores hora cátedra, el primero suscrito el 24 de enero de 2000 y el último el 23 de julio de 2007 (pág. 43 a 81 y 108 a 111 archivo “01ExpedienteDigital”); **iii)** la suscripción entre las partes de cuatro (4) contratos de trabajo a término fijo para profesores de tiempo completo, el primero suscrito el 14 de enero de 2008 y el último el 06 de enero de 2012 (pág. 82 a 102 y 108 a 111 archivo “01ExpedienteDigital”); **iv)** la modificación de la modalidad

contractual del último contrato de trabajo mutándolo a uno de duración indefinida a partir del 01 de junio de 2012 (pág. 104 archivo “01ExpedienteDigital”); **v)** la terminación de la relación laboral el 16 de diciembre de 2017 por decisión unilateral del empleador sin justa causa (pág. 135 archivo “01ExpedienteDigital”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* condenó a la demandada al pago de cotizaciones en pensión durante los periodos del 01 de agosto al 19 de diciembre de 1996 y del 01 de febrero al 10 de noviembre de 1997, al reintegro a un cargo de igual o mejor categoría con el correspondiente pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social en pensión y costas del proceso. Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver los recursos de apelación, de acuerdo a las siguientes consideraciones.

- Sobre la excepción de prescripción.

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las sentencias que reconocen la existencia de un contrato de trabajo son de naturaleza declarativa y no constitutiva de derechos, tal y como lo reiteró la H. CSJ en las sentencias SL3169-2014, SL20833-2017 y SL4358-2018, sobre tal premisa se resolverá la excepción de prescripción.

Los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de tres (3) años desde que se han hecho exigibles. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Descendiendo al *sub examine*, debe tenerse en cuenta que en primera instancia se declaró la existencia de la relación laboral entre las partes durante el 01 de agosto al 19 de diciembre de 1996 y del 01 de febrero al 10 de noviembre de 1997, aspecto que como se dijo al inicio de esta sentencia, no es objeto de controversia en esta instancia.

De suerte que, los contratos de trabajo existentes entre las partes y sobre las cuales la *a quo* declaró probada la excepción de prescripción culminaron los días 19 de diciembre de 1996 y 10 de noviembre de 1997, verificándose que la demanda fue presentada el 17 de mayo de 2019 (pág. 2 archivo “01ExpedienteDigital”), sin que la parte actora hubiese acreditado la radicación de alguna reclamación ante la demandada.

De lo anterior se deduce, que la acción ordinaria fue presentada de forma extemporánea pasados los tres años luego de finalizadas dichas relaciones laborales, motivo por el cual todas las acreencias laborales reclamadas por la actora, salvo los aportes pensionales (son imprescriptibles CSJ SL Rad 35.083 del 06 de mayo de 2010 y SL1272-2016), incluidas las que se pretende su reconocimiento en segunda instancia, se encuentran afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Bajo dicho escenario, y sin lugar a mayores consideraciones, la excepción de prescripción propuesta por la demandada encuentra prosperidad, motivo por el cual se confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia.

- Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada por la condición de prepensionado.

El artículo 12 de la Ley 790 de 2002, consagró una protección laboral especial a favor de ciertos funcionarios públicos de entidades en procesos de reestructuración administrativa, al limitar el retiro de quienes sufren una limitación física, mental, visual o auditiva, sean madres cabeza de familia sin alternativa económica o cumplan con los requisitos para causar su pensión de vejez en los tres (3) años siguientes, figura denominada como *reten social*. La H. Corte Constitucional, en la sentencia SU-389 de 2005, extendió el retén social a favor de los padres cabeza de familia, en virtud del principio de igualdad.

Sobre el alcance de esta protección, la H. Corte Constitucional señaló que la estabilidad no es absoluta, ya que se limita a que los beneficiarios conserven su trabajo el mayor tiempo posible, siendo las últimas personas en ser desvinculadas en los procesos de renovación institucional o hasta la configuración de una justa causa de terminación del contrato debidamente comprobada, tal y como indicó la Alta Corte en las sentencias T-835 de 2012, T-420 de 2017, T-084 de 2018, T-055 de 2022, entre otras.

Mediante la Sentencia T-638 de 2016, la H. Corte Constitucional concluyó la posibilidad de trasladar el amparo por reten social a favor de los trabajadores del sector privado, para materializar el principio de igualdad y proteger los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, entre otros. Tal decisión se adoptó al considerar que el *retén* social ya había sido extendido a favor de servidores públicos no considerados inicialmente en la Ley 790 de 2002, por cuanto la sentencia T-802 de 2012 lo extendió a los funcionarios públicos de entidades públicas ajenas al sector central en procesos de renovación, la sentencia T-862 de 2009 lo extendió a los servidores vinculados en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, razón por la cual no había motivo para negar su extensión al sector privado cuando se evidencia una situación de debilidad manifiesta en la cual, terminar el contrato de trabajo afecte los derechos a la igualdad, trabajo y seguridad social, por encontrarse en alguno de los tres casos protegidos por la figura del retén social.

Para el caso específico de la protección del pre pensionado, la H. Corte Constitucional indicó en la sentencia T-357 de 2016 la necesidad de acreditar que la persona se encuentre a menos de 3 años de adquirir el estatus de pensionado por vejez, esto es, del cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas. Posteriormente, en la sentencia T-638 de 2016 la Alta Corte reiteró la sentencia T-009 de 2008, en la cual analizó la Ley 790 de 2002 y 812 de 2003 para concluir que se considera que una persona está próxima a pensionarse cuando está a tres años o menos de adquirir los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

Con la sentencia SU-003 de 2018, la H. Corte Constitucional precisó el alcance del concepto *prepensionado* y concluyó que dicha figura aplica tanto en el sector privado como público, a favor de las personas vinculadas laboralmente y que están próximas a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en un plazo de tres años o menos, ya sea porque reúnen la edad y número de semanas o tiempo de servicios requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. No obstante, advirtió la Alta Corte que cuando el único requisito faltante es la edad, aquel se puede cumplir con o sin vinculación laboral vigente, sin que la falta de dicha relación frustre el acceso a la pensión de vejez, motivo por el cual, si solo resta la edad, porque ya se

cuenta con el número mínimo de semanas de cotización, la persona no será titular del fuero de prepensionado.

La línea jurisprudencial de la H. Corte Constitucional relativa a la procedencia del fuero de prepensionado en el sector privado y limitado a quienes les faltare menos de tres años de cotizaciones o tiempo de servicios para causar el derecho, ha sido reiterada en las sentencias T-500 de 2019, T-055 de 2020 y T-385 de 2020, criterio acogido por la H. CSJ en la sentencia SL-442 de 2022.

Ahora, en tratándose de afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en sentencia T-055 de 2020 la H. Corte Constitucional señaló que tales afiliados pueden ser considerados prepensionados, pero como los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ese sistema son sustancialmente distintos en comparación con los previstos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien cotice al RAIS podrá gozar de tal calidad: **i)** si se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para acreditar el derecho o, **ii)** si está a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía de la pensión mínima.

En el caso bajo estudio, advierte la Sala que la señora **MARINA INÉS RODRÍGUEZ CASTRO** se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS administrado por el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., extrayéndose, de acuerdo con la historia laboral consolidada aportada al expediente, que para el 16 de junio de 2020 contaba con un monto en su cuenta de ahorro individual de \$189.084.335 (archivo “05HistoriaLaboral”), resultando evidente que el monto que compone la cuenta individual de la demandante resulta insuficiente para pensionarse en un lapso inferior a tres años con base en lo previsto por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, cuando este tipo de afiliados -al RAIS- no logran reunir el capital pensional, cuentan con la posibilidad de disfrutar de la garantía de pensión mínima prevista en el artículo 65 *ibidem*, siempre que, en el caso de las mujeres cumplan 57 años de edad y coticen un mínimo de 1.150 semanas.

Siendo así, se evidencia que la promotora del litigio nació el 08 de abril de 1964 (pág. 34 archivo “01ExpedienteDigital”), por lo que para la fecha de terminación del contrato de trabajo (16 de diciembre de 2017)

tenía 53 años, estando a más de tres años para cumplir la edad de pensión, pues cumpliría los 57 años hasta el 08 de abril de 2021.

Igualmente, para la calenda en que feneció el vínculo laboral (16 de diciembre de 2017), la demandante estaría a más de tres años de cumplir las semanas cotizadas para acceder al derecho pensional, pues si bien para la fecha de corte de la historia laboral (mayo de 2020) la señora **MARINA RODRÍGUEZ** contaba con 1.049 semanas cotizadas, faltándole para esa época 101 semanas, que equivalen a un poco más de dos (2) años, para alcanzar las 1.150, lo cierto es que la condición de prepensionado únicamente se predica para la fecha de terminación de la relación laboral, no antes, no después.

De manera que, le asiste razón al recurrente del extremo pasivo, pues al verificar minuciosamente dicho documento y al efectuar las operaciones aritméticas respectivas, se extrae que para el 16 de diciembre de 2017 la demandante contaba con 942 semanas cotizadas, faltándole 208 semanas, que equivalen a cuatro (4) años, para completar las 1.150 semanas de cotización.

Razón suficiente la anterior, para determinar que en el caso de marras no es posible reconocer a la demandante la garantía de la estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionada, en razón a que para la fecha en que espiró el vínculo laboral no guardaba o consolidaba ninguna expectativa de pensionarse dentro de los tres años siguientes, pues se itera, para el 16 de diciembre de 2017 le faltaban más de tres años para alcanzar los 57 años de edad, así como también le faltaban cuatro años para llegar al número mínimo de semanas requeridas para acceder a la garantía de pensión mínima.

- Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada de las personas cabeza de familia.

La H. Corte Constitucional estableció en la sentencia SU-388 de 2005 los siguientes requisitos que deben acreditarse para activar el fuero como cabeza de familia,: **i)** estar a cargo de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar; **ii)** que dicha responsabilidad sea permanente; **iii)** el abandono de la pareja en el cumplimiento de sus obligaciones o su imposibilidad para asumir los deberes legales de manutención y cuidado por razones poderosas como la incapacidad, privación de la libertad o la muerte y; **v)** una deficiencia sustancial en la ayuda de los demás miembros de la familia. Adicionalmente, en la

sentencia T-420 de 2017, se adicionó el requisito de dar aviso al empleador sobre la calidad de cabeza de familia, so pena de no poder endilgarle responsabilidad por un hecho del que no es conocedor. Dichos requisitos han sido reafirmados en las sentencias T-084 de 2018, T-325 de 2018, entre otras.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema a partir de la sentencia SL1496 de 2014 adoptó una visión amplia del concepto *madre o padre cabeza de familia* conforme el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, por lo cual acogió el criterio establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-388 de 2005, exigiendo que el aforado acredite que su compañero padece de una incapacidad o que se ha sustraído de forma permanente de sus deberes legales de manutención y cuidado o que resulta indispensable que deba permanecer en el hogar para atender a aquellas personas a cargo incapaces para trabajar o que requieran medicamente su presencia, tal y como ha sostenido en las sentencias SL19561 de 2017, SL430 de 2020, entre otras.

Por último, resulta relevante considerar que la H. Corte Constitucional en la sentencia T-638 de 2016, adoptó la decisión de indicar que el fuero de cabeza de familia procede en el sector privado en virtud del principio de igualdad y los derechos al trabajo, seguridad social, entre otros. Dicha decisión se fundamentó en el hecho de que en la sentencia T-802 de 2012, se extendió el *retén social* a los funcionarios públicos de entidades públicas ajenas al sector central en procesos de renovación, mientras que en la sentencia T-862 de 2009 se extendió el amparo a los servidores en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual extendió la protección de los 3 casos regulados en el *retén social* al ámbito privado cuando quiera que se evidencie una situación de debilidad manifiesta por la cual terminar el contrato implique el desconocimiento de los derechos a la igualdad, trabajo y seguridad social.

Conforme con los antecedentes normativos expuestos, y al revisar el expediente, se acredita que entre **MARINA INES RODRÍGUEZ CASTRO** y JHONNY SUÁREZ OVIEDO procrearon a JOSÉ SEBASTIAN SUÁREZ RODRÍGUEZ, quien nació el 14 de febrero de 1996 (pág. 137 archivo “01ExpedienteDigital”) y que el 18 de agosto de 2008 ocurrió el deceso de JHONNY SUÁREZ OVIEDO (pág. 138 a 140 archivo “01ExpedienteDigital”).

Dentro de las documentales aportadas al diligenciamiento y relevantes para el objeto de estudio, se encuentra: historia clínica de JOSÉ SEBASTIÁN SUÁREZ RODRÍGUEZ, con la cual se corrobora su diagnóstico de *R042 HEMOPTISIS* (pág. 141 a 225 archivo “01ExpedienteDigital”); escritos de los directivos de la **UNIVERSIDAD CENTRAL** expresando a la demandante y su hijo sus deseos de solidaridad y pronta recuperación (pág. 226 a 228 archivo “01ExpedienteDigital”); y declaración extra juicio de fecha 26 de diciembre de 2017 ante la Notaria 62 del Circulo de Bogotá, donde la demandante declaró que su hijo es huérfano de padre y sufre una enfermedad inmunológica denominada *síndrome antifoslipido*, quien depende económica de ella, no se ha graduado profesionalmente y no trabaja (pág. 229 a 230 archivo “01ExpedienteDigital”).

En el devenir probatorio se escuchó el interrogatorio de parte de la representante legal de la **UNIVERSIDAD CENTRAL**, señora IRMA CAROLINA ORTEGÓN PLAZAS, quien en lo pertinente dijo no tener conocimiento acerca de que la demandante hubiese informado al empleador su calidad de madre cabeza de familia o que tuviera un hijo en condición de discapacidad (min. 30:55 archivo “08VideoAudienciaArt77CPT”).

A su turno, la demandante **MARINA INÉS RODRÍGUEZ** afirmó que su hijo tiene 24 años edad y sufre una deficiencia inmunológica, por lo que ha presentado dos episodios, está anticoagulado, no le pueda dar el sol y siempre debe estar cubierto y permanecer en recintos cerrados, pero que no ha sido calificado con alguna pérdida de capacidad laboral; igualmente, señaló que su hijo hizo una carrera profesional, pero no lo han empleado de manera estable debido su enfermedad; por último, manifestó que en la carta de terminación del contrato escribió que el despido era injusto y que los directivos de la Universidad demandada conocían la condición médica de su hijo, además que de su liquidación descontaron el valor de una deuda de libranza que tenía y que si bien su hijo no es discapacitado, sí padece una enfermedad (min. 53:20 archivo “08VideoAudienciaArt77CPT”).

Como prueba testimonial decretada a favor de la parte actora se recibió la declaración de FABIO GÓMEZ ROJAS, quien trabajó como profesor de la **UNIVERSIDAD CENTRAL** durante los años 1987 a 1998, informando que conoció a la demandante desde el año 1996 cuando

ingresó a trabajar como su compañera de trabajo en el área de *recursos hídricos*. No obstante, frente a los aspectos de la vida familiar de la demandante nada le consta, pues dijo que desde el año 1998 tan solo mantienen contacto telefónico esporádico, eso sí, agregando que sabe que el hijo de la demandante padece una enfermedad (min. 7:30 archivo “10Audiencia80CPTSS”).

Por tal motivo, al no existir ningún medio probatorio adicional sobre esta temática, y aun cuando para la Sala es claro que el hijo de la demandante, JOSÉ SEBASTIÁN SUÁREZ RODRÍGUEZ, padece de una enfermedad de tipo inmunológico y que su padre JHONNY SUÁREZ OVIEDO falleció desde el año 2008, dichas circunstancias por sí solas no son suficientes para activar la protección foral que se reclama, puesto que no existe elemento persuasivo que demuestre que JOSÉ SEBASTIAN SUÁREZ RODRÍGUEZ se encuentre incapacitado para trabajar, mucho menos que la única fuente de ingresos para el sostenimiento del hogar de la actora fuera su salario, o que no recibiera alguna ayuda por parte de los demás miembros de la familia, que en los términos de la sentencia SU-388 de 2005, significara la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

En tales condiciones, es claro para la Sala que la promotora del proceso no acreditó debidamente la condición de madre cabeza de familia, pues si bien demostró su calidad de progenitora de JOSÉ SEBASTIAN SUÁREZ RODRÍGUEZ, no se probó que éste se encontrara en condición de discapacidad o alguna otra situación especial que requiera la presencia de su madre, lo que de contera lleva en el presente caso a la falta de prueba de alguna de las situaciones especiales que exige la norma o desarrolla la jurisprudencia para gozar de la estabilidad laboral que se reclama.

En esos términos, le asiste razón a la demandada dado que no se estructuró derecho a estabilidad laboral reforzada, por lo que no podrá por esta vía acceder la demandante al pretendido reintegro, pues en verdad no le asiste el derecho reclamado, menos aún al pago de salarios y demás acreencias laborales rogadas en la demanda, por cuanto todas derivaban de la configuración de una estabilidad laboral reforzada, motivo suficiente para revocar los numerales tercero y cuarto de la sentencia y absolver a la demandada de tales pretensiones.

Ahora, al no prosperar las pretensiones principales, obliga a la Sala a pronunciarse respecto de las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria reclamadas como subsidiarias, aspectos que se resuelven a continuación.

- Indemnización por terminación unilateral sin justa causa.

El artículo 64 del CST, determinó que el contrato de trabajo lleva envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, razón por la cual, si el empleador termina de forma unilateral sin justa causa el contrato, deberá cancelar al trabajador la indemnización señalada en dicha norma conforme la modalidad contractual que unió a las partes.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos judiciales donde se debate la procedencia de dicha indemnización, nuestro Alto Tribunal ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el hecho del despido y al empleador demostrar una justa causa para exonerarse del pago de la misma. (Sentencias SL1166 de 2018, SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, entre otras).

Bajo tal derrotero, sea lo primero indicar que en el caso *sub examine* no existe discrepancia alguna frente a la modalidad contractual convenida por las partes, esto es, que el último contrato de trabajo existente entre las partes fue a término indefinido; así se determinó en la modificación al contrato de trabajo suscrita el 01 de junio de 2012 (pág. 104 archivo “01ExpedienteDigital”).

Tampoco se discutió la forma de terminación de la relación laboral, ni mucho menos la procedencia de la indemnización reclamada, pues es un hecho cierto y probado que la terminación del vínculo laboral entre las partes derivó de una decisión unilateral y sin la mediación de una justa causa por parte del empleador, tal como se corrobora con la misiva de fecha 13 de diciembre de 2017 (pág. 135 archivo “01ExpedienteDigital”); constándose que tal acreencia fue liquidada y pagada a favor de la accionante en la suma de \$20.505.320 (pág. 136 archivo “01ExpedienteDigital”).

Luego entonces, queda claro que tal determinación se produjo por el uso de la facultad legal y discrecional que tiene el empleador de terminar los contratos de trabajo sin justa causa, tornándose entonces

procedente el pago resarcitorio consagrado en el artículo 64 del CST, que en tratándose de contratos a término indefinido para trabajadores que devenguen un salario inferior a 10 SMLMV, como el que hoy nos ocupa, corresponde a *“1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año. 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción”*; verificándose que la suma cancelada por este concepto a la demandante, -recordemos, \$20.505.320-, se encuentra apropiadamente liquidada, pues se efectuó con base en 128,56 días, esto es, 30 días por el primer año, 80 días por los anualidades subsiguientes y 18,56 días por la fracción del último año.

En conclusión, como en este asunto el contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral del empleador sin que mediara una justa causa, lo cierto es que la indemnización que de allí surge, y la cual hoy reclama subsidiariamente la accionante, fue debidamente satisfecha por la demandada al finalizar la relación laboral, por lo que no hay lugar a emitir condena por este concepto.

- Indemnización moratoria.

El artículo 65 del CST dispone el pago de una sanción a cargo del empleador por no pagar a sus trabajadores los salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato, lo que no ocurrió en el caso bajo estudio, pues tales acreencias fueron liquidadas y canceladas oportunamente a la ex trabajadora al finalizar el vínculo laboral, conforme se extrae de la liquidación definitiva de prestaciones sociales aportada al proceso por la demandante (pág. 136 archivo *“01ExpedienteDigital”*).

De esta manera se agota la competencia de la Sala por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por los abogados de las partes, procediendo con la revocatoria parcial de la decisión en los términos referidos.

Sin costas en segunda instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los **NUMERALES TERCERO Y CUARTO** de la Sentencia de Primera Instancia; en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **UNIVERSIDAD CENTRAL** de las condenas allí ordenadas, por las razones aquí expuestas.

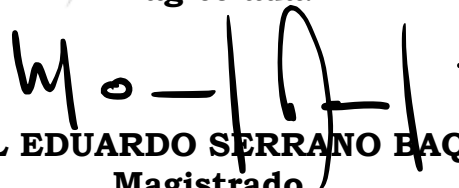
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 20-2022-00011-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia del 02 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra (*min.16:51, enlace archivo "13ActaAudiencia20230801"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JAVIER ANTONIO GÓMEZ SANCHEZ llamo a juicio a **CENCOSUD COLOMBIA S.A.**, con el fin de que se declare que se terminó el vínculo laboral de manera ilegal al padecer de discapacidad moderada conocida por la empresa con ocasión del accidente de tránsito del 31 de mayo de 2020; en consecuencia, solicita se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando y se cancele la totalidad de acreencias laborales adeudadas.

Como fundamento fáctico indicó que celebró contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el día 10 de octubre de

1996; que no autorizó la salida de cajas de archivo documental de la tienda jumbo 20 de julio, tampoco autorizó ingreso de personal extraño a la compañía los días 14 y 21 de julio de 2021, aspecto que el empleador no ha podido demostrar; la compañía sostiene que no asistió personal de seguridad a auditar la situación del archivo, pese a que se trataba de basura que se encontraba amontonada en cajas y bolsas y lo único que se intentó fue despejar el lugar.

Manifestó que un cliente se sustrajo 7 chocolates Luker y un café sello rojo, pero como el monto era bajo y el sustractor era una persona mayor, se logró llegar a una conciliación, donde la persona canceló 2 chocolates y el excedente los canceló él con el fin de solucionar el inconveniente; el 04 de octubre de 2021 se adelantó diligencia de descargos por presuntos hechos investigados y acaecidos entre los días 14 y 21 de julio de 2021, donde como consecuencia de los mismos le dieron por terminado el contrato de trabajo aduciendo justa causa, a pesar de que no se logró confirmar ninguna de las manifestaciones de la compañía, por lo que considera que es un despido ilegal y desconoció su situación de salud; que se encuentra en una situación de salud desmejorada a causa del accidente de tránsito que sufrió el 31 de mayo de 2020, lo que le ha generado valoraciones frecuentes por su médico tratante y terapias con psiquiatría (*pág. 09 a 16, archivo “04SubsanacionDemanda”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA**

CENCOSUD COLOMBIA S.A. se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las excepciones de *inexistencia de un trato discriminatorio por la terminación del contrato de trabajo con justa causa en relación con el estado de salud del demandante: inexistencia de un nexo causal entre el estado de salud del demandante y la terminación de su contrato de trabajo con justa causa; cobro de lo no debido, pago y buena fe (pág. 04 a 20, archivo 07ContestacionCencosudColombia.pdf)*.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.16:51, enlace archivo “13ActaAudiencia20230801”)

El 02 de agosto de 2023, el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada CENCOSUD COLOMBIA de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del CGP. **(...).**

Como sustento de la decisión la Juez indicó que conforme con el acervo probatorio para la fecha de terminación del contrato y durante la vigencia del mismo, el trabajador no se encontraba inmerso en algún tipo de deficiencia física, mental o sensorial que le impidiera realizar de manera normal el ejercicio de sus funciones, ya que las incapacidades allegadas fueron en razón del proceso de cicatrización de la lesión sufrida producto del accidente de tránsito y si bien se allegó a una valoración psiquiátrica, no se logró demostrar que la misma fuera puesta en conocimiento del empleador, por lo que concluyó que no operó la presunción de un despido discriminatorio.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

Como quiera que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de las partes.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si al momento de terminación del contrato de trabajo la parte actora gozaba de estabilidad laboral reforzada por razones de salud y si, conforme a ello, es procedente el reintegro y demás pretensiones consecuenciales, según los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** entre **JAVIER ANTONIO GÓMEZ SANCHEZ** y **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 08 de octubre de 2016 al 12 de octubre de 2021 (*pág. 24 a 32 y 87, archivo “07ContestacionCencosudColombia”*); **ii)** y mediante comunicación del 12 de octubre de 2021 el empleador le notificó al demandante la terminación unilateral del contrato de trabajo a partir de la misma fecha, aduciendo justa causa (*pág. 74 a 80, archivo “07ContestacionCencosudColombia”*).

- **Sobre la estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o

finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición, según la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como se reafirmó en las sentencias SL2841 de 2020, SL5109-2020 y SL487-2021, donde indicó que en vigencia del precitado Decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

Esta definición concuerda con la posición de la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, reiterada en la sentencia SL2548-2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero es verificar si el trabajador sufre o no una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que

la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017 se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo. La misma Corporación en la sentencia C-200 de 2019 estableció que los trabajadores que sufren de alguna afectación de salud gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos en que la misma dificulta su desempeño laboral, incluso cuando no existe acreditación de alguna discapacidad.

El entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que estableció que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las entidades respectivas el análisis del caso.

Respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la

discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

No obstante, recientemente el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria precisó que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 y, de la Ley estatutaria 1618 de 2013 (27 de febrero de 2013). Además, que la estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, 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 que los demás; iii) y que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Que, por tal motivo, el trabajador tiene derecho a que esas barreras, comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo, entendidos estos ajustes como *“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”* (SL1152-2023).

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el recurso de apelación siendo relevante precisar que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de entrada en vigencia de la Ley 1618 de 2013 paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, de mediano o largo plazo, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1º de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL1360 de 2018 y SL1152 de 2023, señaló que corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad o deficiencia física, mental, intelectual o sensorial y la existencia de una barrera de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que le impidieron ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás, al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud, so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, como la terminación del contrato ocurrió el 12 de octubre de 2021, en vigencia de la Ley 1618 de 2013, correspondía al demandante acreditar que al momento del despido se encontraba en situación de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano o largo plazo, y presentaba una barrera de tipo actitudinal, social, cultural o económico, que implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó su capacidad de trabajo en condiciones

de igualdad con los demás, y que dichos aspectos hayan sido conocidos por el empleador.

Al revisar el expediente, la parte actora allegó documental donde se encuentra lo siguiente:

- Reporte de accidente de trabajo ocurrido el 31 de mayo de 2020 e investigación y análisis del accidente (*pág. 17 a 31, archivo “01DemandaAnexos”*).
- Incapacidad médica por 30 días, expedida el 1° de julio de 2020, por el diagnóstico de fractura de clavícula (*pág. 34, archivo “01DemandaAnexos”*).
- Valoración por psiquiatría el 06 de septiembre de 2021 (*pág. 45 y 46, archivo “01DemandaAnexos”*).
- Valoración por psicología el 15 de octubre de 2021 (*pág. 47 y 48, archivo “01DemandaAnexos”*).
- Historia clínica que da cuenta de la atención médica que recibió el actor con motivo del accidente de trabajo (*pág. 51 a 78, archivo “01DemandaAnexos”*).

Del análisis de estas pruebas, y las demás que reposan en el expediente, para la Sala es evidente que en el curso de la relación laboral **JAVIER ANTONIO GÓMEZ SÁNCHEZ** presentó diferentes afecciones en su salud, con ocasión del accidente de trabajo. Sin embargo, debe recordarse que no cualquier tipo de afectación conlleva el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han reiterado que esta garantía cubre a todas las personas que su estado de salud les impida o dificulte sustancialmente el cumplimiento de su labor.

En este caso, el demandante no estaba incapacitado a la fecha del retiro y la afectación a la salud que lo aquejaba nunca fue impedimento o implicó una limitación al normal cumplimiento de su labor, así se desprende de la historia clínica. Además, no se allegaron ni se demostraron recomendaciones médico laborales y ergonómicas

que señalaran la incompatibilidad de las dolencias con las actividades a desarrollar al interior de la compañía durante la relación laboral o, al menos, al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo y que estas se notificaban oportunamente al empleador.

Por tanto, bajo ese escenario, no se configuró deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, y no existieron barreras que impidieran al trabajador el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás, tampoco se puede inferir que estas se hayan presentado, por lo que en este caso el empleador no tenía la obligación de realizar ajustes razonables para procurar la integración al trabajo de **JAVIER ANTONIO GÓMEZ SANCHEZ**, dado que no se requerían puesto que para ese momento no presentaba una condición de salud que dificultara la prestación del servicio.

De suerte que, en este asunto, no operó el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, advirtiéndose que, en todo caso, la terminación del contrato fue por una justa objetiva que fue calificada como imputable al trabajador, diferente a la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Se resalta que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que proceda la protección es necesario que el trabajador, para el momento del despido, se encuentre en una situación de discapacidad o deficiencia, razón por la cual el beneficio no opera para quienes tengan afecciones de salud o simples incapacidades médicas, así lo reiteró la Sala de Casación Laboral en sentencia SL4632 de 2021 y SL1152 de 2023, circunstancias que no se presentaron en el caso bajo estudio.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la parte demandante no probó que la terminación del contrato obedeció a un trato discriminatorio generado por sus condiciones de salud, para trasladar la carga de la prueba a la demandada de demostrar razones objetivas en la extinción del vínculo contractual, en los términos del artículo 26

de la Ley 361 de 1997; en efecto, no se evidencia relación de causalidad entre el estado de salud y la terminación del contrato. Por ello, resulta claro que dicha terminación obedeció a una causa legal prevista por el legislador, artículo 61, literal h, del CST, y no al estado de salud del trabajador.

En esos términos, no se estructuró derecho a estabilidad laboral reforzada, motivo suficiente para confirmar la sentencia absolutoria.

Sin costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por lo señalado en la parte motiva de la presente providencia

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 20-2022-00072-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a dicha entidad a pagar a **OSCAR VARGAS HERNANDEZ**, en su calidad de cónyuge supérstite, la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.), en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 25 de mayo de 2021, junto con el retroactivo pensional e indexación y absolvió de intereses moratorios (*min.18:33, enlace archivo "15ActaAudiencia20230728"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

OSCAR VARGAS HERNANDEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) y, en consecuencia, solicita se pague la prestación a partir del 25 de mayo de 2021, retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que contrajo matrimonio con Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) el 29 de junio de 1996, fruto de esa relación procrearon dos hijos de nombres Anyela Vanessa Vargas Guio y Oscar Vargas Guio; que inicialmente el lugar de residencia fue en el barrio El Tunal, en el conjunto Multifamiliares Risaralda de la ciudad de Bogotá, luego adquirieron otro apartamento a donde trasladaron su residencia, y se dedicó, junto con su cónyuge, a laborar con rutas escolares.

Manifestó que en el año 2019 Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) comenzó a padecer afectaciones en su salud, por lo que le fue diagnosticado cáncer de mama; que cuidó del estado de salud de su cónyuge, siempre estuvo pendiente de ella, la acompañaba a la citas médicas, las quimioterapias y le reclamaba los medicamentos; Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) falleció el 25 de mayo de 2021; presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes ante **COLPENSIONES**, entidad que mediante Resolución SUB193172 del 18 agosto de 2021 negó la prestación, decisión confirmada en resoluciones SUB290013 del 03 de noviembre de 2021 y DPE273 de 13 de enero de 2022 (*pág. 1 a 19, archivo “01DemandaAnexos”*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de fallecimiento de Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.), la afiliación a ese fondo de pensiones, la solicitud pensional y su negativa, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*; cobro de lo no debido; buena fe; no configuración del derecho al pago de I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno; no configuración al derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar; prescripción; no procedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social; compensación; presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica (*pág. 3 a 24, archivo “06SubsanacionContestacion”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.18:33, enlace archivo "15ActaAudiencia20230728")

El 27 de julio de 2023, el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR que OSCAR VARGAS HERNANDEZ tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que dejó causada la afiliada NAYIVER GUIO ROA en su condición de cónyuge supérstite. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar al señor OSCAR VARGAS HERNANDEZ la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de mayo de 2021 en cuantía de SMLMV por 13 mesadas pensionales al año cuyo retroactivo a la presente decisión asciende a \$29.586.657, suma que deberá ser indexada al momento de su pago. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra **CUARTO:** Se autoriza a la entidad demandada a que realice los descuentos para el sistema integral de salud, por lo expuesto en esta instancia. **QUINTO:** Condenar en costas a la demandada Colpensiones y se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. (...)

Como sustento de la decisión la Juez indicó que Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) dejó acreditado el derecho a la pensión de sobrevivientes al cotizar el mínimo de semanas exigidas. Precisó que de acuerdo con el precedente de la Corte Suprema de Justicia, para el caso de afiliados, no se exige el tiempo de 5 años de convivencia, y con las pruebas recaudadas se evidencia que Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) y el demandante contrajeron matrimonio desde el año 1996, y quedó establecido que existió una convivencia real y efectiva entre la pareja, al igual que la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia vigente para el momento de la muerte de la afiliada, motivo por el cual concluyó que al no existir más beneficiarios le corresponde a **OSCAR VARGAS HERNANDEZ** el derecho a recibir el 100% de la prestación pensional.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia de primera instancia no fue recurrida por ninguna de las partes y, dado que la misma fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir que la garante en última instancia de

las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal del demandante solicitando la confirmación de la sentencia. Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** manifestó que al actor no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que solicita la revocatoria de la decisión.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **OSCAR VARGAS HERNANDEZ** acredita la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes por la muerte de la afiliada Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.), conforme con los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) y **OSCAR VARGAS HERNANDEZ** contrajeron matrimonio por el rito católico el 29 de junio de 1996 y fruto de esa relación procrearon a dos hijos, Anyela Vanessa Vargas Guio nació el 13 de agosto de 1990, y Oscar Vargas Guio nació el 15 de febrero de 1994 (*pág. 22, 24 y 25, archivo "01DemandaAnexos"*); **ii)** Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) falleció el 25 de

mayo de 2021 (*pág. 23, archivo “01DemandaAnexos”*) **iii) OSCAR VARGAS HERNANDEZ**, en calidad de cónyuge supérstite, presentó solicitud de pensión de sobrevivientes el 1° de julio de 2021 ante **COLPENSIONES** (*pág. 92, archivo “12ExpedienteAdministrativoOscarVargasHernandez”*) **iv) COLPENSIONES** mediante Resolución SUB193172 del 10 de agosto de 2021 negó la prestación reclamada y, luego de recurrida, confirmó la decisión a través de las resoluciones SUB290013 del 03 de noviembre de 2021 y DPE273 del 13 de enero de 2022 (*pág. 92 a 112, archivo “12ExpedienteAdministrativoOscarVargasHernandez”*).

- **Sobre la pensión de sobrevivientes en vigencia de la Ley 797 de 2003.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación prestacional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese instante. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la afiliada Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) falleció el 25 de mayo de 2021, las normas que regulan el derecho pensional que se reclama en este proceso son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que establece el presupuesto mínimo de semanas requeridos para consolidar la prestación y como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del afiliado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y tener 30 o más años de edad, así como los hijos menores y 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.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene que para establecer la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003, como cónyuge o compañero permanente supérstite del afiliado que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, pues con la simple acreditación de la aludida condición y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se cumple el supuesto previsto en el literal a) de la referida normativa que genera el reconocimiento de la prestación (CSJ SL1730 de 2020, SL3626 de 2020, SL3785 de 2020, SL4606 de 2020, SL489 de 2021, SL1905 de 2021, SL2222 de 2021, SL2820 de 2021, SL5270 de 2021, SL2853-2022, SL3948-2022, SL328-2024, entre otras).

No obstante, esta Corporación, de manera respetuosa, se aparta de la doctrina probable antes señalada, de conformidad con la regla jurisprudencial adoptada en la sentencia C-836 de 2001 en cuanto a la posibilidad del Juez de apartarse del precedente dictado por la H. Corte Suprema de Justicia, para lo cual esta Sala acoge los argumentos expuestos por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU149 de 2021, que dejó sin valor y efecto la sentencia SL1730 de 2020, al considerar que la regulación normativa de la pensión de sobrevivientes, para el caso del cónyuge y compañero permanente supérstite, constituye un medio de protección del núcleo familiar del causante, para lo cual el legislador estableció un periodo mínimo de convivencia que pretende salvaguardar a los verdaderos destinatarios de la prestación y evitar el fraude, garantizando la legitimidad y justicia en el otorgamiento de la prestación a quienes demuestran un compromiso de vida real y con vocación de permanencia, motivo por el cual, indistintamente de si el causante es pensionado o afiliado, se debe acreditar en todo caso el periodo mínimo de convivencia exigido por la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, esta Sala concluye que en caso de muerte de afiliado se exige, sin salvedad alguna, la acreditación del periodo de convivencia de 5 años para causar la pensión de sobrevivientes.

En cuanto el concepto de convivencia, el máximo tribunal de cierre de la Jurisdicción Ordinaria la define como la comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente (SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras) advirtiéndole la Alta Corte que existe convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua (SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros).

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se constata que Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) falleció el 25 de mayo de 2021 (*pág. 23, archivo “01DemandaAnexos”*), en vigencia de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, y dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, al cumplir el requisito mínimo de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años a la fecha de su fallecimiento, aspecto que no es objeto de discusión en este juicio y se acredita con la historia laboral allegada por **COLPENSIONES** (*pág. 109, archivo “14RespuestaRequerimientoJudicial”*).

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar si **OSCAR VARGAS HERNANDEZ** acredita ser beneficiario de la referida prestación, en calidad de cónyuge supérstite.

OSCAR VARGAS HERNANDEZ contrajo matrimonio con Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) el 29 de junio de 1996 (*pág. 22, archivo “01DemandaAnexos”*), vínculo que se encontraba vigente a la fecha del óbito, sin liquidación de la sociedad de la sociedad conyugal, por lo que para acreditar la calidad de beneficiario debía demostrar convivencia por un término de 5 años en cualquier tiempo con la afiliada.

Para tal fin, se recaudó el interrogatorio al mismo demandante quien se ratificó en lo manifestado en los hechos de la demanda (*min. 13:34, enlace archivo “13ActaAudiencia20230717”*).

Y se recepcionaron los siguientes testimonios:

María Liliana González Peñalosa (*min. 27:05, archivo “enlace archivo “13ActaAudiencia20230717”*) afirmó conocer la pareja desde el año 2000, inicialmente como cliente del negocio que tenía el demandante en Paloquemao y luego porque trabajó para Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) desde el año 2008, como monitora de la ruta de

transporte que tenía Nayiver, labor que perduró hasta marzo de 2020 cuando empezó la pandemia; además, que la pareja contrajo matrimonio, tuvieron dos hijos y que le consta que la convivencia entre el demandante y la causante se mantuvo durante todo el tiempo que los conoció hasta la fecha en se produjo el fallecimiento de Nayiver, siempre los venía juntos y no supo de separación; cuando Nayiver se enfermó fue varias veces a visitarla al apartamento y allí estaba acompañada por **OSCAR VARGAS** y a veces estaba también presente la hija de nombre Vanessa.

Adriana Patricia Gómez (*min. 53:19, archivo “enlace archivo “13ActaAudiencia20230717”*) sostuvo que conoció a Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) en el año 2015, dado que se la presentaron para trabajar para ella como monitora de ruta, que en ese momento Nayiver le presentó a **OSCAR** como su esposo; con la pareja compartía prácticamente todo el día porque ambos llegaban al colegio, se iban juntos, siempre se presentaban como esposos; trabajó con Nayiver hasta marzo de 2020 y le consta que convivieron hasta la fecha de fallecimiento de Nayiver.

Y por último se recibió la declaración de Edwin Giovanni Peralta (*min. 01:04:28, archivo “enlace archivo “13ActaAudiencia20230717”*) quien manifestó ser esposo de María Liliana Gonzales Peñalosa, conoció a **OSCAR** en el año 2000 y a Nayiver, como esposa del accionante, dado que ella fue la que ayudó a María Liliana a entrar a trabajar y fue su “*mano derecha*”, siempre veía al demandante con Nayiver y su hija Vanessa, vivían en Hayuelos y antes en el Tunal, y tuvo conocimiento de la enfermedad que padeció Nayiver y le consta que la pareja siempre estuvo unida.

Ahora, de los documentos aportados al expediente se destaca la certificación expedida por el Conjunto Residencial El Prado Hayuelos de fecha 03 de febrero de 2022 donde informan que al actor y Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) “*son los propietarios del apartamento 501 de la torre 9 con parqueadero #148, donde residen desde el 30 de octubre de 2002 con sus dos hijos...*” (pág. 31, archivo “01DemandaAnexos”).

Un análisis conjunto de estas pruebas, junto con los demás medios de persuasión adosados al expediente, evidencian claramente que **OSCAR VARGAS HERNANDEZ** convivió con Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.) por lo menos desde el año 2000, como lo refirieron los testigos María Liliana González Peñalosa y Edwin Giovanni Peralta, lo que es acorde con la certificación expedida por el referido Conjunto Residencial, sin que la misma se haya visto interrumpida, lo que denota el ánimo de la pareja de mantener su comunidad de vida y sostener los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo y solidaridad, sin que se advierta además nota marginal alguna en el registro civil de matrimonio de los contrayentes que acredite que tal vinculó cesó por alguna razón (*pág. 22, archivo “01DemandaAnexos”*).

Bajo ese escenario, el cónyuge demandante acredita más de 5 años de convivencia con la afiliada fallecida y, por ende, la calidad de beneficiario de la prestación pensional, motivo suficiente para confirmar en este aspecto la sentencia. Sobre la fecha de la causación sus efectos son determinados por el propio legislador, esto es, la misma se debe conceder a partir del hecho que le da origen, esto es, a partir del fallecimiento de Nayiver Guio Roa (q.e.p.d.), 25 de mayo de 2021 (*pág. 23, archivo “01DemandaAnexos”*).

En cuanto el monto de la pensión, se estableció que corresponde al salario mínimo legal mensual vigente, por 13 mesadas anuales, sin que la parte actora mostrará inconformidad, y como el valor total no puede ser inferior al mínimo (art. 35 Ley 100 de 1993), este aspecto de la sentencia se confirmará.

También se confirmará la absolución de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al no ser reprochado el estudio adelantado por el Juez de primera instancia y porque una decisión en sentido contrario afectaría los intereses del fondo público, a quien a su favor se surte el grado jurisdiccional de consulta.

En cuanto a la excepción de prescripción, no hay duda que la reclamación de la pensión de sobrevivientes, efectuada el 1° de julio de 2021, finalizó en sede administrativa con la expedición de la Resolución DPE273 del 13 de enero de 2022, siendo radicada la demanda el 24 de febrero de 2022 (*pág. 43, archivo “01DemandaAnexos”*), motivo por el cual, al no superarse el término trienal consagrado en los artículos 488 y 489 CST y 151 CPTSS, ninguna de las mesadas pensionales causadas se encuentra afectada con el fenómeno extintivo. Tampoco tienen vocación de prosperidad los demás medios exceptivos propuestos por **COLPENSIONES**, dado el resultado final del estudio de la controversia.

Con todo, se modificará el ordinal segundo de la sentencia dado que el monto del retroactivo que se genere a partir del 25 de mayo de 2021, debidamente indexado, a favor de **OSCAR VARGAS HERNANDEZ**, lo deberá calcular **COLPENSIONES** o el *a quo* en su oportunidad procesal, atendiendo que aún se desconoce la fecha en que se incluirá en nómina de pensionados la prestación económica, sumas de las cuales el fondo de pensiones deberá descontar lo que corresponda por aportes a salud, como lo dispuso el *a quo*, en cumplimiento de los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, y lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2557-2020 y SL5181 de 2020, entre otras.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se remitirá copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia para precisar que el retroactivo pensional que se genere, entre el 21 de mayo de 2021 y la inclusión en nómina, lo deberá calcular **COLPENSIONES** o el *a quo*, en su oportunidad, por lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.20-2022-00550-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 28 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, y ordenó a la AFP **PROTECCIÓN** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos por cotizaciones, junto con sus rendimientos y condenó en costas a las demandadas (*min. 01:10:22, enlace archivo “20 ActaAudienciaTramiteFallo 2022-550”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

GLADYS VICTORIA USECHE PERDOMO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare la nulidad o invalidez de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM todos los valores

consignados en la cuenta de Ahorro Individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos, y a **COLPENSIONES** a recibir los dineros y a tenerla como su afiliada, junto con las demás condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 31 de agosto de 1962 y se afilió a pensiones al Instituto de Seguros Sociales; se trasladó a **PROTECCIÓN** el 12 de julio de 2000 pero no fue asesorada ni le realizaron los estudios pertinentes y tampoco le informaron las implicaciones de dicho traslado respecto de su futuro pensional; presentó reclamación ante las demandadas en noviembre de 2022, solicitando la ineficacia del traslado, petición que fue negada (*pág. 2 a 18, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, la reclamación administrativa y su respuesta, señaló que los demás hechos no le constaban y 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 (*pág. 3 a 44, archivo “09ContestacionColpensiones”*).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, la afiliación a esa AFP, la reclamación administrativa y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del

Sistema General de Pensiones; 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 derecho de terceros de buena fe; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica (pág. 4 a 30, archivo “10ContestacionProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:10:22, enlace archivo “20 ActaAudienciaTramiteFallo 2022-550”)

El 28 de noviembre de 2023, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora GLADYS VICTORIA USECHE PERDOMO, afiliándose a PROTECCIÓN el 12 de julio de 2000 conforme a las consideraciones precedentes. **SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora de la trabajadora GLADYS VICTORIA USECHE PERDOMO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a PROTECCIÓN a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada GLADYS VICTORIA USECHE PERDOMO, 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 demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. **QUINTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte. **SEXTO:** Sea o no apelada la presente decisión, REMITASE al TRIBUNAL SUPERIOR BOGOTÁ para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación...”.

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, le correspondía a la administradora de pensiones que realizó la afiliación o traslado allegar las pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados donde debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y su incidencia en el derecho pensional, es decir, que exista asimetría de la información; que constató que la demandante en el interrogatorio nada confesó adicional a lo expresado en el libelo demandatorio y no habían pruebas en el proceso que le permitieran tener un conocimiento real si hubo asesoramiento al momento de la afiliación a **PROTECCIÓN**, si fue bueno, adecuado y completo. Sobre la proyección incorporada con la contestación precisó que no hay constancia de quien la suscribió y si fue o no puesta en conocimiento de la demandante, por lo que dedujo que **PROTECCIÓN** faltó al deber de información y no le era permitido realizar el cambio de régimen pensional, declarando ineficaz ese acto jurídico. A pesar de ello, advirtió que no condenaba a gastos de administración por ser rubros que están consagrados en la ley para todos los fondos de pensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso al señalar que no debió condenarse en costas a la entidad dado que la negativa de acoger a la demandante se debió a un precepto legal previsto en la Ley 797 de 2003, ante la proximidad de edad pensional de la afiliada, y porque tampoco se dan los presupuestos esenciales que lleven o configuren la ineficacia concedida (*min. 01:12:40, enlace archivo “20 ActaAudienciaTramiteFallo 2022-550”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma UNION TEMPORAL W&WLC UT, que actúa como apodera principal de **COLPENSIONES**, sustituyó el poder al doctor Juan Pablo Melo Zapata, identificado con C.C. No. 1.030.551.950 y T.P. No.268.106 del CSJ, a quien se le reconoce dicha condición en esta instancia. Y en el escrito de alegatos, solicitaron la revocatoria de la sentencia, adicionando aspectos que no fueron objeto de apelación.

La apoderada actora solicitó la confirmación de la sentencia y la condena en costas a la entidad recurrente.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN** y la procedencia de la condena en costas, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) GLADYS VICTORIA USECHE PERDOMO** nació el 31 de agosto de 1962 y se afilió al ISS para el periodo de agosto de 1982 (*pág. 20 y 23, archivo “01DemandaAnexos”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con **PROTECCIÓN** el 12 de julio de 2000, con

efectividad desde el 1° de septiembre siguiente, donde sigue vinculada actualmente (pág. 31 y 32, archivo “10ContestacionProteccion”).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones*

de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado posea una expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

En este asunto no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que ingresó a laborar en UNIMINUTO, el empleador le dijo que se afiliara al fondo privado y los asesores de la AFP le manifestaron que las AFP iban a manejar todo el trámite pensional y por eso era lo mejor, sin que le brindaran información adicional, por lo que no hubo confesión en este aspecto y dicha

circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por **COLPENSIONES** en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que este caso no trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595

de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia y desconoció la línea jurisprudencial aplicable, se adicionará la sentencia.

Además, la ineficacia del traslado de régimen pensional obliga a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a corregir y actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que genera que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Sin embargo, la Sala modificará la parte resolutive de la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia para precisar que no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino la ineficacia del traslado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el **ORDINAL TERCERO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES**, además del capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en esa AFP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PROTECCIÓN** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.20-2023-00312-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 22 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, y ordenó a la AFP **PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos por cotizaciones, junto con sus rendimientos y condenó en costas a las demandadas (*min. 01:01:54, enlace archivo “2014ActaAudienciaTramiteFallo”*).

I. ANTECEDENTES

- DEMANDA**

ALEJANDRO NAVIA RODRIGUEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad del traslado realizada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a retornarlo al Régimen

de Prima Media con Prestación Definida – RPM junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, y a **COLPENSIONES** a recibirlo como su afiliado sin solución de continuidad, junto con los condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de enero de 1990 hasta el 28 de febrero de 1998; el 1° de marzo de 1998 un asesor de la AFP **PORVENIR** le presentó el nuevo régimen pensional, le aseguró que el ISS se acabaría y perdería lo cotizado, que en el nuevo fondo tendría mayores rendimientos y podría pensionarse cuando quisiera, motivo por el cual se afilió a esa AFP a partir de esa fecha; el asesor de la AFP no le informó sobre el derecho de retracto, el plan de pensiones y las consecuencias de dicho traslado; el 29 de mayo de 2023 solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad del traslado, petición que fue negada el 9 de junio siguiente; y en el RAIS la pensión sería de \$1.160.000 mientras que en el RPM correspondería a \$2.559.240 (*pág. 5 a 17, archivo “01DemandaAnexos”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación del demandante al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas, la reclamación administrativa y su respuesta, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 del 2021*; el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; prescripción; presunción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; buena fe; inexistencia del derecho y la innominada o genérica (*pág. 4 a 36, archivo “04ContestacionColpensiones”*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación a esa AFP y la proyección de mesada pensional en el RAIS, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló

las excepciones de *deber de información a cargo de las AFP – No hay retroactividad en la norma para exigir obligaciones no existentes en el momento del traslado*; efectos de la ineficacia de un acto jurídico; restituciones mutuas; enriquecimiento sin causa si no se dan las restituciones mutuas; improcedencia de devolución de gastos de administración y prima del seguro previsional; buena fe; ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del RAIS y prescripción (pág. 4 a 36, archivo “06ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:01:54, enlace archivo “20 14ActaAudienciaTramiteFallo”)

El 22 de febrero de 2024, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“... PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada por ALEJANDRO NAVIA RODRIGUEZ a PORVENIR S.A. el 23 de enero de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado ALEJANDRO NAVIA RODRIGUEZ, 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 demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: Costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. SEXTO: Sea o no apelada la presente decisión, REMITASE al Honorable TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ Sala Laboral para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación...”.

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a la administradora de pensiones que realizó la afiliación o traslado allegar las pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados donde debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y su incidencia en el derecho pensional, es decir, que exista asimetría de la información; que constató que aunque el demandante en el interrogatorio señaló temas diferentes a los narrados en la demanda, no había pruebas en el proceso que le permitieran tener un conocimiento real si hubo asesoramiento al momento de la afiliación a **PORVENIR**, si fue bueno, adecuado y completo, por lo que dedujo que la demandada faltó al deber de información y no le era permitido realizar el cambio de régimen pensional, declarando ineficaz ese acto jurídico. A pesar de ello, advirtió que no condenaba a gastos de administración por ser rubros que están consagrados en la ley para todos los fondos de pensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso al señalar que no debió condenarse en costas a la entidad dado que actuó de buena fe y la negativa de acoger al demandante se debió a un precepto legal previsto en la Ley 797 de 2003, ante la proximidad de edad pensional del afiliado, y porque tampoco se dan los presupuestos esenciales que lleven o configuren la ineficacia concedida (*min. 01:04:15, enlace archivo “2014ActaAudienciaTramiteFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma UNION TEMPORAL W&WLC UT, que actúa como apodera principal de **COLPENSIONES**, sustituyó el poder al doctor Juan Pablo Melo Zapata, identificado con C.C. No. 1.030.551.950 y T.P. No.268.106 del CSJ, a quien se le reconoce dicha condición en esta instancia. Y en el escrito de alegatos, solicitaron la revocatoria de la sentencia, adicionando aspectos que no fueron objeto de apelación.

Y la apoderada de **PORVENIR**, pese a no presentar recurso contra la sentencia de primera instancia, solicitó la revocatoria de la condena en costas.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR** y la procedencia de la condena en costas, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) ALEJANDRO NAVIA RODRIGUEZ** nació el 26 de junio de 1965 (pág. 27, archivo “01DemandaAnexos”) y se afilió al ISS para el periodo de abril de 1987 (pág. 156, archivo “05ExpedienteAdministrativo”); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con

PORVENIR el 23 de enero de 1998, con efectividad desde el 1° de marzo siguiente, donde sigue vinculado actualmente (*pág. 111 a 113, archivo “06ContestacionPorvenir”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones*

de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado posea una expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

ALEJANDRO NAVIA RODRIGUEZ en la demanda señaló que, al momento de la vinculación al RAIS, **PORVENIR** no le entregó información completa, clara, oportuna y comprensible respecto de las incidencias del traslado del RPM al RAIS, de lo que se deduce que tuvo algún tipo de asesoría por parte de la AFP. Sin embargo, al absolver interrogatorio expresó que no recibió asesoría alguna porque fue directamente el empleador quien lo afilió directamente a esa AFP y le informó que el fondo de pensiones del estado de si iba a acabar y que los actuales fondos iban a beneficiar a la gente con su sistema de pensión y le advirtieron que era *Porvenir o es la Calle*.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que en casos similares el magistrado ponente se ha decantado por señalar que en aquellos

eventos donde no intervino, de ninguna forma, los asesores de la AFP, no se puede hablar de una falta al deber de información del fondo de pensiones, no siendo una circunstancia equivalente a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS.

Sin embargo, esa tesis debe flexibilizarse en este asunto donde fue el propio fondo de pensiones quien aceptó que esa asesoría se llevó a cabo, circunstancia que descarta lo planteado por **COLPENSIONES** en la alzada. En efecto, al contestar el *hecho* 3° de la demanda (*pág. 9, archivo “06ContestacionPorvenir”*), **PORVENIR** aceptó que a la parte demandante se le brindó a través del promotor una asesoría integral, clara, veraz, adecuada, suficiente, transparente y cierta sobre los requisitos y los diferentes aspectos a tener en cuenta en el RAIS, circunstancia que se armoniza con el formulario de afiliación donde aparece como asesor de la AFP Eduardo García (*pág. 112, archivo “06ContestacionPorvenir”*).

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, sin que este deber se infiera del diligenciamiento del formulario de vinculación.

Se resalta que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado

por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Actos como no usar el derecho de retracto, permanecer varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia y desconoció la línea jurisprudencial aplicable, se adicionará la sentencia.

Además, la ineficacia del traslado de régimen pensional obliga a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a corregir y actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio

de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que genera que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Sin embargo, la Sala modificará la parte resolutive de la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia para precisar que no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino la ineficacia del traslado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el **ORDINAL TERCERO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR a PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES**, además del capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por

el tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado en esa AFP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Cuando **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 21 2022 00349 01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 16 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones (*min. 25:57, enlace archivo "17ActaAudiencia20240216"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

MARIA VICTORIA ABONDANO BONITTO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** con el fin de que se condene al pago de intereses moratorios por la demora injustificada en la reliquidación de la pensión de vejez, junto con las condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico señaló que el 27 de diciembre de 2004 solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de vejez, quien mediante Resolución 020463 del 29 de junio de 2005 le reconoció la prestación desde el 26 de diciembre de 2004, en cuantía de \$1.956.595, según Acuerdo 049 de 1990; que el 10 de

febrero de 2020 reclamó el reajuste de la mesada, pretensión que fue reconocida por **COLPENSIONES** por medio de la Resolución SUB75371 del 18 de marzo de 2020, generando un retroactivo de \$43.957.023; y el 11 de julio de 2022 presentó petición tendiente a obtener intereses moratorios, sin que a la presentación de la demanda haya sido respondida (*pág. 4 a 9, archivo “01DemandaAnexos”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el reconocimiento pensional, la reliquidación de la prestación y la reclamación administrativa, expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*; cobro de lo no debido; buena fe de Colpensiones; no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar; presunción de legalidad de los actos administrativos; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social; compensación; prescripción y la innominada o genérica (*pág. 4 a 15, archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*min. 25:57, enlace archivo “17ActaAudiencia20240216”*)

El 16 de febrero de 2024, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARIA VICTORIA ABONDANO BONITTO, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*, cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, formuladas por COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte demandante y a favor de COLPENSIONES. Líquidense por Secretaría incluyendo en ellas como

*agencias en derecho la suma de \$700.000. **CUARTO: CONSULTAR** esta decisión en favor de los intereses de la demandante para ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente.”. Sic.*

Como sustento de la decisión la Juez indicó que tratándose de la reliquidación pensional la Corte Suprema de justicia ha señalado que también son procedentes los intereses moratorios. Sin embargo, como no son de aplicación automática, en este caso resulta oportuno conocer las razones por las cuales se accedió a la reliquidación. En efecto, el ISS en Resolución 20463 de 2005 le reconoció una pensión de vejez a la promotora de la acción a partir del 26 de diciembre de 2004, en cuantía de \$1.956.595, bajo los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 60%, únicamente teniendo en cuenta las semanas cotizadas en el sector privado. En el año 2020 la demandante solicitó la reliquidación de la pensión al tener cotizadas 1.103 semanas, petición que fue aceptada por **COLPENSIONES** en Resolución SUB75371 del 18 de marzo de 2020, incrementado una tasa de reemplazo al 81% con ocasión de la inclusión de tiempos laborados en el sector público. Por tal razón dedujo que, al ser una reliquidación con ocasión de la inclusión de tiempos públicos laborados, esta se produjo fue en cumplimiento estricto del cambio jurisprudencial que adoptó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que permitió dicha inclusión bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990, motivo por el cual, al darse en esa condición, concluyó que no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Adujo que **COLPENSIONES** se demoró más del tiempo permitido en la Ley para reconocerle las mesadas pensionales a la demandante, lo que generó un retroactivo pensional y no se pudo pensionar a tiempo, siendo procedente aplicar los intereses en reliquidaciones por así disponerlo

la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (*min. 26:50, enlace archivo “17ActaAudiencia20240216”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la demandante reiteró los argumentos elevados en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si procede intereses moratorios con ocasión de la reliquidación de la mesada pensional otorgada a la demandante, conforme lo alegado en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) MARIA VICTORIA ABONDANO BONITTO** nació el 26 de diciembre de 1949 (*pág. 14, archivo “01DemandaAnexos”*) y cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 1.103,57 semanas (*pág. 314, archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”*); **ii)** el ISS hoy **COLPENSIONES** le reconoció a la actora pensión vejez mediante Resolución 020463 del 29 de junio de 2005, en cuantía inicial de \$1.956.595, a partir del 26 de noviembre de 2004, con un IBL de \$3.260.991, tasa de reemplazo del 60% por 762 semanas, en virtud del régimen de transición, bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 (*pág. 15 y 16, archivo “01DemandaAnexos”*); **iii)** y la demandante

presentó solicitud de reliquidación de pensión ante **COLPENSIONES** el 10 de febrero de 2020 (*pág. 31, archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”*), entidad que por medio de la Resolución SUB75371 del 18 de marzo de 2020 reliquidó la mesada fijando como cuantía para el año 2017 \$5.024.893, teniendo en cuenta un IBL de \$5.564.676 y tasa de reemplazo del 81%, por 1.103 semanas cotizadas (*pág. 17 a 24, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras). La misma Corporación de cierre ha precisado que de forma excepcional no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras), circunstancia que sería suficiente para negar la condena por este concepto.

No obstante, se advierte que inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tenía definido que cuando se reclama el reajuste o reliquidación de las mesadas pensionales no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios, pues ellos están reservados para los casos en los que existe mora en el pago de la totalidad de las mesadas.

En sentencia dictada el 3 de septiembre de 2003, rad. 21027 (criterio reiterado en sentencias SL 2415-2019 y SL 278-2020), esa alta Corporación precisó que los intereses moratorios sólo proceden cuando existe mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando se reclama el reconocimiento de este estipendio por un reajuste o reliquidación de la misma, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Sin embargo, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, en sentencia SL3130-2020, recogió el criterio definido con anterioridad y estableció que los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, también proceden cuando se ordena la reliquidación de una pensión, en cuanto la obligación de las entidades administradoras no es solamente pagar a sus afiliados de manera puntual las mesadas pensionales, sino también reconocerlas de manera íntegra, cabal y completa. Postura reiterada en providencias SL2843-2021, SL3975-2022 y SL1069-2023, entre otras.

Sobre este último criterio, el ponente de esta decisión manifiesta que se aparta de la tesis acogida por el órgano de cierre de esta Jurisdicción, por cuanto del claro contenido del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se advierte que esta sanción solo procede cuando existe mora en el pago de las mesadas. La lectura de dicha norma no permite realizar interpretaciones adicionales para incluir otras situaciones dentro del reconocimiento de este derecho, como ocurre cuando se debe pagar un valor adicional sobre una mesada previamente reconocida y pagada, ya sea porque se ordena la reliquidación por una liquidación incorrecta o por la norma aplicable para definir el derecho, o porque se define, con base en un cambio de jurisprudencia, la procedencia de la inclusión de otros factores para reajustar la prestación.

A juicio de la Sala, la sanción que impone esta norma a las administradoras de pensiones está relacionada con la omisión en el

pago de la prestación en el momento que corresponde, no con eventuales valores adicionales que no se hayan incluido inicialmente y que con posterioridad se definan en virtud de un reajuste, pues la mesada inicial y respecto de la cual se causa la obligación de pago en su momento, ha sido previamente cancelada.

En este asunto, se tiene que para el momento en que el Instituto de Seguros Sociales estudió la prestación pensional, 29 de junio de 2005, las semanas cotizadas por el empleador Banco de la Republica no le aparecían a la afiliada según reporte de semanas expedido por el ISS el 1° de febrero de 2005 (pág. 73 a 75, *archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”*) y 02 de marzo de 2005 (pág. 76 a 80, *archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”*) y la liquidación de la pensión de vejez donde se reflejan 762 semanas (pág. 81 a 85, *archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”*), sin que exista medio de persuasión adicional que permita deducir que el fondo de pensiones ocultó para ese momento la información y que soslayó el derecho pensional de la afiliada de disfrutar de un monto superior a la mesada reconocida en la Resolución 020463 del 29 de junio de 2005 (pág. 15 y 16, *archivo “01DemandaAnexos”*), circunstancia que tampoco fue cuestionada por la afiliada de forma oportuna.

Y según lo acreditado en el expediente, tan sólo con la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** el 10 de febrero de 2020 se reflejan 234,14 semanas cotizadas por el empleador Banco de la República (pág. 300, *archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”*), arrojando un total de 1.103 semanas.

Por tanto, al tratarse de una reliquidación pensional con ocasión de la actualización de la historia laboral de la afiliada es palmario concluir que no procede en este proceso la condena al pago de intereses moratorios sobre el valor de las diferencias generadas por la reliquidación de la pensión de vejez concedida por **COLPENSIONES** en Resolución SUB75371 del 18 de marzo de 2020 (pág. 17 a 24, *archivo “01DemandaAnexos”*), lo que descarta el planteamiento de la recurrente, motivo suficiente para confirmar la sentencia absolutoria.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 21-2023-00076-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 19 de septiembre de 2023, que declaró ineficaz del traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual sin descuentos y con cargo a recursos propios, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a cargo de las demandadas (min. 56:21 archivo “17ActaAudiencia20230919”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 9 a 43 archivo “01DemandaAnexos”).**

RENE CORREDOR FERNANDEZ solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 7 de septiembre de 1965, que cotizó en el ISS desde el 02 de marzo de 1990 un total de 373,86, trasladándose al RAIS mediante afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** el 29 de mayo de 1998, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y, posteriormente, afiliándose a **PROTECCION S.A.** el 11 de abril de 2017, por lo que en enero de 2023 elevó petición ante las demandadas solicitando el retorno al RPM, peticiones que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento y edad del demandante, a la afiliación al ISS y a la reclamación administrativa. Expresó que no eran ciertos o no le constan los demás hechos y formuló 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (pág. 3 a 43 archivo “05ContestacionDemandaColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor y a la radicación de petición de retorno al RPM. Expresó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas y prescripción. (Pág. 3 a 23 archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, a la afiliación a esa AFP y a la radicación de solicitud de retorno al RPM. Expresó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver al seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por causa y porque

afecta derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos reclamados al caso concreto (pág. 3 a 34 archivo “09ContestacionDemandaProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (56:21 archivo “17ActaAudiencia20230919”).

El 19 de septiembre de 2023, el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor RENE CORREDOR FERNANDEZ al régimen de ahorro individual el 29 DE MAYO DE 1998, con fecha de efectividad el 1° DE JULIO de la misma anualidad, por intermedio de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., quedando por la ineficacia también el traslado realizado a PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A, a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor RENE CORREDOR FERNANDEZ por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el nacimiento del acto ineficaz y durante el tiempo de permanencia del demandante con dicho fondo con cargo a sus propios recursos y utilidades. TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. -ultimo fondo al que se encuentra afiliado actualmente el demandante- a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor RENE CORREDOR FERNANDEZ. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PROTECCION S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES conforme a lo motivado. SEXTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor del demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de \$200.000 a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A para cada una de ellas. SÉPTIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., en favor de los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente. (...)”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen pensional del demandante **RENE CORREDOR FERNANDEZ** del RPM al RAIS efectuado a través de **PORVENIR S.A.**, y con base en ello, determinar si se debe declarar la ineficacia de este por faltar al deber de información que le corresponde a la AFP.

Para resolver, indicó que si bien obra el formulario de afiliación firmado por el demandante, de este solo puede extraerse la fecha de diligenciamiento, los datos personales y la información de sus beneficiarios, de tal manera que solo logró acreditarse el cumplimiento de una exigencia requerida del interesado en una formula pre-impresa, sin que del mismo pueda demostrarse que la AFP cumplió con el deber de información y brindara una información clara, completa y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el RPM y sus posibles consecuencias futuras, a pesar que dicha carga le correspondía, sin que lo indicado por el demandante en el interrogatorio de parte tenga la validez suficiente, pues no es posible inferir que se le informó de manera clara, suficiente y oportuna sobre los aspectos negativos y positivos, ventajas y desventajas de cada régimen, así como las formas en las que se calcula la pensión, el bono pensional, los aportes, el derecho de retracto y de las modalidades de pensión, entre otros muchos aspectos que permiten establecer que se acreditara el deber de información al momento del traslado, lo cual le hubiera permitido al demandante tomar una decisión plenamente informada y si bien se allegaron al expediente unos comunicados de prensa, dichos comunicados no resultan oportunos y no suplen el deber de información que debió dársele al demandante.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, argumentando que el demandante realizó el traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas y con cumplimiento de solemnidad legales, por lo cual se produjeron los efectos de traslado a dicho régimen; respecto de la carga de la prueba y el deber de información, dijo que se debe tener en cuenta que en este caso la más afectada es la entidad pública, en lo atinente a la estabilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio para el año 1998, por lo que han transcurrido más de dos décadas, configurándose en un

imposible el poder demostrar las circunstancias que rodearon el traslado, además que para esa fecha no era obligatorio tener un registro documental del mismo, en tanto aunque en precedente la CSJ utiliza como norma del deber de información del Decreto 663 de 1993, éste solo se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015, donde los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento mediante la firma del formulario de afiliación para probar el consentimiento libre y voluntario y sin presiones, así que las leyes que surgieron 1993 y 2014 no exigía nada diferente al formulario de afiliación donde constaba la plena voluntad de querer pertenecer al RAIS, siendo este el caso del demandante, quien suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado a COLPATRIA para el año 1998. Por otro lado, pidió que en caso de que se confirme la sentencia de primera instancia, se condicione el cumplimiento de la misma al previo cumplimiento de la devolución de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante debidamente indexados por el tiempo que permaneció afiliado al RAIS, toda vez que la entidad no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto las AFP no reintegren los recursos; en igual sentido, pide se revoque la condena en costas, toda vez que la entidad no participó y es un tercero que se le causa un daño injustificado por un contrato de dos partes ajenas. (min. 48:01 archivo “17ActaAudiencia20230919”).

La demandada **PORVENIR** interpone recurso contra el fallo, en lo que refiere a la condena por el pago de gastos de administración e indexación de tales rubros, toda vez que esa AFP no es el fondo al cual se encuentra actualmente afiliado el actor y tales valores no han perdido su valor adquisitivo, pues por el contrario, han aumentado de sobremanera el saldo de la cuenta individual de la parte actor, adicional a que dichos rubros no son generados en el RPM ni de manera similar, creando un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPM. (min. 51:42 archivo “17ActaAudiencia20230919”)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, y en su lugar, absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

Por su parte, el apoderado especial del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo.

La firma UNION TEMPORAL W&WLC UT, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Juan Pablo Melo Zapata, identificado con CC 1.030.551.950 y TP 268.106 del CSJ, a quien se reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo.

PROTECCION S.A. decidió guardar silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, y de su posterior traslado horizontal a **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la condena impuesta de trasladar a **COLPENSIONES** las sumas por concepto de gastos de administración debidamente indexados y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **RENE CORREDOR FERNANDEZ** nació el 07 de septiembre de 1965 (pág. 44 archivo “01DemandaAnexos”); **ii)** el DEMANDANTE se afilió al

ISS desde el 02 de marzo de 1990 (pág. 45 archivo “01DemandaAnexos”); **iii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 080855 del 30 de mayo de 1998, efectivo a partir del 01 de julio de 1998 (pág. 73 y 78 archivo “08ContestaciónDemandaPorvenir”), posteriormente, se trasladó **PROTECCIÓN S.A.** a través de solicitud de vinculación No. 140773544 del 11 de abril de 2017, con efectividad desde el 01 junio de 2017, AFP en la cual permanece vinculado (pág. 46 a 47 y 73 archivo “09ContestacionDemandaProteccion”); **iii)** el demandante elevó solicitud ante las demandadas para retornar al RPM, peticiones negadas (pág. 66 a 99 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz del traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual sin descuentos y con cargo a recursos propios, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a cargo de las demandadas. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó

la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado,

obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **PROTECCIÓN S.A.** que no probó el deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque siempre se le aseguró que el ISS estaba en riesgo de desaparecer y que tendría mejores condiciones en el RAIS a las que tenía en el RPM, manifestación que no beneficia a las AFP demandadas, puesto que puesto que, si bien el actor aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso

de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este

tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

En consecuencia, la Sala prohijará en su integridad la decisión de primer grado; no obstante, se adicionará en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No. 22-2022-00126-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 11 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado realizado por **JENNY MERCEDES RAMIREZ DUARTE** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, indexados, y a **COLPENSIONES** a recibir los dineros y actualizar la historia laboral (*min. 16:05, archivo “20AudienciaFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JENNY MERCEDES RAMIREZ DUARTE llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** para que se declare la ineficacia de la afiliación y el traslado de régimen pensional realizado al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad – RAIS y, en consecuencia, se ordene el traslado y la afiliación a **COLPENSIONES** y se condene a **PROTECCIÓN** a trasladar al RPM la totalidad de los aportes, rendimientos, semanas de cotización, gastos de administración y demás recursos, junto con condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 14 de enero de 1994 y para agosto de ese año desempeñaba el cargo de gerencia teniendo como lugar de trabajo el Aeropuerto Vanguardia de Villavicencio; sostiene que en agosto de 1994 no se acercó a oficina de COLMENA para solicitar el traslado de régimen pensional, tampoco la AFP ni la empresa donde laboraba se reunió con ella para preguntarle su voluntad de traslado; no suscribió el formulario de afiliación, no fue suscrito por el representante legal del empleador, no se diligenció la información de beneficiarios; que acumula un capital inferior para adquirir una pensión de salario mínimo y agotó la reclamación administrativa el 21 de enero de 2022 (*pág. 6 a 23, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación al ISS, el salario devengado por la demandante en agosto de 1994 y la presentación de la reclamación administrativa, expresó que los demás hechos no le constaban y 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 (*pág. 3 a 43, archivo “05ContestacionColpensiones”*).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó lo relacionado con COLMENA y la adquisición de dicha compañía, el salario

devengado por la actora en agosto de 1994 y el capital acumulado, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones; 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 derecho de terceros de buena fe y la innominada o genérica (pág. 3 a 23, archivo “06ContestacionProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 16:05, archivo “20AudienciaFallo”)

El 11 de marzo de 2024, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora JENNY MERCEDES RAMIREZ DUARTE, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 31 de agosto de 1994. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN, fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a que traslade a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus correspondientes rendimientos y los bonos pensionales, si hay lugar a ello. También deberán trasladar el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES, en los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión. **TERCERO: DECLARAR** que COLPENSIONES, bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar

*por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a que reciba los dineros provenientes de PROTECCION y a que efectúe los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia. **QUINTO: DECLARAR** no probadas, las excepciones propuestas por las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con la parte motiva. **SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de 1.5 SMLMV a cargo de cada una de ellas y en favor de la parte actora. **SÉPTIMO: CONSÚLTESE** la presente decisión en favor de Colpensiones ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social...” Sic.*

Como sustento de la decisión la Juez expresó que, pese a que la parte actora manifestó que no suscribió el formulario de afiliación, el mismo no fue tachado ni desconocido en la oportunidad procesal. Sostuvo que al realizarse la afiliación al sistema pensional a partir del mes de enero de 1994 y el traslado se adelantó en agosto de 1994, Colmena no cumplió el tiempo mínimo de permanencia de tres años previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y artículo 15 del Decreto 692 del 94, por lo que es una afiliación inválida. Aunado a lo anterior evidenció que la AFP no cumplió la carga de la prueba, en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto es, haber brindado a la demandante al momento de la vinculación, una información cierta, comprensible, comparada, oportuna sobre características, condiciones, beneficios, diferencia, riesgos y consecuencias, que le permitieran conocer los efectos de trasladarse y del interrogatorio de la accionante no se colige ninguna confección, por lo que se configuró una falta al deber de información.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Señaló que el negocio jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante con la AFP fue totalmente ajeno a

COLPENSIONES, quien es un tercero de buena fe que no tuvo ninguna injerencia frente a la decisión de la demandante de realizar dicho traslado, pues la entidad obligada a suministrar la información clara, completa y suficiente frente a las consecuencias y beneficios del cambio de régimen es la AFP demandada; sostuvo que la negativa a recibir a la demandante se basa única y exclusivamente en el cumplimiento del literal e del artículo 13 de la Ley 100 del 93; que la declaratoria de ineficacia afectaría la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, dado que la accionante ya casi cumple con los requisitos para poderse pensionar; finalmente, que no se acceda al pago de costas por cuanto la entidad no adeuda suma alguna de dinero de la accionante y no se evidencia negligencia en su actuar (*min. 18:40, archivo “19GrabacionAudienciaTramiteFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado actor solicitó la confirmación de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante, en última instancia, de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado de régimen pensional realizado por **JENNY MERCEDES RAMIREZ DUARTE** y la procedencia de la condena en costas a **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia, en segunda instancia, en los siguientes aspectos fácticos: **i) JENNY MERCEDES RAMIREZ DUARTE** nació el 21 de mayo de 1965 y se afilió al ISS el 14 de enero de 1994 (*pág. 86 y 91, archivo “01DemandaAnexos”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 31 de agosto de 1994, con efectividad a partir del 1° de septiembre siguiente (*pág. 35 y 38, archivo “06ContestacionProteccion”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los

usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

La **afiliación** al Sistema General de Pensiones, dado su carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción, tal y como señala el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016.

La anterior precisión resulta relevante en el caso bajo estudio, porque permite entender la razón por la cual los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, compilados en los artículos 2.2.2.1.8 y 2.2.2.3.1 del Decreto 1833 de 2016, en armonía con el literal e) de la Ley 100 de 1993, consagraron dos escenarios posibles respecto de los afiliados a pensión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993: **i)** los afiliados vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, continuaron *automáticamente* suscritos a dichas entidad y podían cambiar por primera vez, en cualquier tiempo, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y luego quedarían cobijados por la restricción señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; **ii)** los afiliados que ejercieron *su selección inicial* después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes inmediatamente quedaron cobijados por la restricción de traslado de régimen pensional consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL Rad. 32.363 del 16 de septiembre de 2008, SL Rad. 39.772 del 13 de marzo de 2012, SL8719 de 2014 y SL2259 de 2022, entre otras, ha señalado que una vez transcurrido el plazo fijado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el afiliado adquiere el derecho a trasladarse de régimen pensional si así a bien lo tiene, por tanto, solo serán ineficaces los traslados de régimen que se hagan sin respetar el tiempo mínimo de permanencia.

Atendiendo los precitados antecedentes normativos y jurisprudenciales, se advierte que **JENNY MERCEDES RAMIREZ DUARTE** se afilió a pensiones el 14 de enero de 1994, a través de su vinculación al extinto ISS, condición que perduró con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones adoptado con la

Ley 100 de 1993, por lo que no queda duda alguna de que se trata de una afiliada que quedó *automáticamente* vinculada al ISS en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quien podía trasladarse por primera vez al RAIS en cualquier tiempo, conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, compilado en los artículos 2.2.2.1.8 del Decreto 1833 de 2016.

Siendo ello así, el acto jurídico realizado por la demandante el 31 de agosto de 1994, ante COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, no se comporta invalido por la causal de violación al término de permanencia, de suerte que en este aspecto erró el *a quo*.

Por otra parte, se aclara que cuando el formulario de vinculación no contiene el diligenciamiento de todos sus ítems, no por ese sólo hecho le resta su eficacia, por cuanto el artículo 12 del Decreto 692 de 1994 establece que cuando la vinculación no cumpla los requisitos mínimos establecidos, las administradoras deberán comunicarlo al solicitante y al respectivo empleador dentro del mes siguiente a la fecha de solicitud de vinculación y en caso de que la AFP no realice dicha comunicación, se entenderá que se ha producido la vinculación, como sucedió en el presente asunto.

Ahora, **JENNY MERCEDES RAMIREZ DUARTE** tanto en la demanda como en el interrogatorio reiteró que no hubo asesoría de la AFP dado que no solicitó ni avaló ningún traslado y la firma del formulario no es la suya, pese a lo establecido por el despacho de primer grado.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que en casos similares el magistrado ponente se ha decantado por señalar que en aquellos eventos donde no intervino, de ninguna forma, los asesores de la AFP, no se puede hablar de una falta al deber de información del fondo de pensiones, no siendo una circunstancia equivalente a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS.

Sin embargo, esa tesis debe flexibilizarse en este asunto donde fue el propio fondo de pensiones quien aceptó que esa asesoría se llevó a cabo. En efecto, al contestar los hechos 4° y 5° de la demanda (*pág. 4, archivo “06ContestacionProteccion”*), **PROTECCIÓN** aceptó que a la parte demandante se le brindó a través del asesor información respecto de todo el sistema general de pensiones Colombiano, donde se le explicaron las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre ambos, la forma de adquirir la pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que ella mismo pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, circunstancia que se armoniza con el formulario donde aparece como asesor de la AFP José Vicente Ortiz (*pág. 35, archivo “06ContestacionProteccion”*).

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, sin que este deber se infiera del diligenciamiento del formulario de vinculación, lo que conlleva a la declaratoria de ineficacia de ese acto jurídico, circunstancia que descarta lo planteado por **COLPENSIONES** en la alzada.

Se resalta que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que

corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Actos como no usar el derecho de retracto, permanecer varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Además, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir a la demandante sin solución de continuidad, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación y a actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban

antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará este punto de la sentencia.

También se confirmará la sentencia en cuanto autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y frente a la inconformidad formulada por **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto que se reconozca solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por las razones señaladas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 22-2021-00622-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 31 de enero de 2024, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas (min. 19:21 archivo “38AudienciaFallo”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (pág. **13** a **44** archivo “05SubsanacionDemanda”).

LUZ STELLA PAEZ DAZA solicitó declarar la nulidad de su afiliación al RAIS ante **PORVENIR** y, en consecuencia, de las afiliaciones a **COLFONDOS** y **SKANDIA**, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que estuvo afiliada al ISS desde el 15 de febrero de 1995, trasladándose al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** a partir del mes de marzo de 1997, afiliación que se llevó a cabo de manera desinformada y engañosa, firmando un

formulario de vinculación y no de traslado, el formulario de vinculación fue firmado el 17 de febrero de 1996 y se hizo efectivo el 01 de febrero de 1997, afiliación que duró hasta el 31 de enero de 2001 cuando realizó un traslado de manera horizontal al fondo de pensiones **COLFONDOS** desde marzo del 2001, nuevamente se trasladó horizontalmente al fondo **HORIZONTE** en agosto de 2002, nuevo traslado horizontal a **COLFONDOS** en octubre de 2003, otro traslado horizontal al fondo **HORIZONTE**, fusionado después con **PORVENIR S.A.**, desde octubre de 2005 hasta octubre de 2015, nuevamente se realizó un traslado de fondo de pensiones de manera horizontal a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA** desde el 28 de septiembre de 2015, fondo en el que se encuentra vinculada hoy en día, por lo que radicó derechos de petición ante las demandadas solicitando una proyección de pensión ya que no había recibido información por parte de ningunas de las AFP a las que había estado afiliada; asimismo, solicitó retorno al RPM, petición negada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó la afiliación de la demandante a esa AFP, la radicación del derecho de petición y su respuesta. Expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan y formuló las excepciones denominadas la demandante para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado Instituto de Seguros Sociales, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos 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 negociables, prescripción de la acción, las prescripciones de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buena fe y genérica. (pág. 2 a 26 archivo “13ContestacionSkandia”).

El **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aceptó el traslado de la demandante a esa AFP, expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan

y formuló 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 de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colpensiones S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (pág. 4 a 22 archivo “14ContestacionColfondos”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el traslado de la demandante a la AFP, expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan e invocó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica. (pág. 2 a 30 archivo “16ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó la afiliación de la demandante al ISS y los traslados efectuados dentro del RAIS. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso la excepción previa de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa y de fondo 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 precedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (pág. 25 a 63 archivo “20ContestacionDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 07:55 archivo “38AudienciaFallo”).

El 31 de enero de 2024, el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora LUZ STELLA PAEZ DAZA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido en el mes de febrero del año 1996. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos y los bonos pensionales, si hay lugar a ello. También deberán trasladar el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES, en los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión. **TERCERO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de cuotas y gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó establecido en precedencia. **CUARTO: DECLARAR** que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PORVENIR, COLFONDOS y SKANDIA y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia. REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO BOGOTÁ D.C. **SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas PORVENIR S.A, SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a cada una de las demandadas PORVENIR S.A, SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, en favor de la demandante. Fijese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV. **OCTAVO: CONSÚLTESE**, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

La Juez a quo fijó como problema jurídico, determinar si el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS es ineficaz, en consecuencia, si tiene derecho a que se ordene el traslado de todas las sumas de dinero que posee su cuenta de ahorro individual y demás derivadas de la misma al RPM administrado hoy por **COLPENSIONES**.

Para resolver, indicó que conforme a las pruebas allegadas, la AFP **PORVENIR S.A.** incumplió con el deber que le impone el artículo 167 del CGP, ya que para la época del traslado de régimen pensional, esto es, febrero de 1996, las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados una información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre características, condiciones, beneficios, riesgos y diferencias de los dos regímenes pensionales, así como las consecuencias del traslado, situación que no fue acreditada dentro del plenario, en razón a que del escrito de demanda y del

interrogatorio de parte ninguna confesión se colige de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 191 del CGP, ya que si bien la actora señaló que fue su empleador quien manifestó que debía suscribir los formularios de afiliación, lo cierto es que en dicha oportunidad se encontraba presente un asesor de la AFP quien era el responsable de brindar una información cierta y transparente en relación con la decisión que se estaba tomando. De igual, señaló que en los interrogatorios de parte rendidos por los representantes legales de las AFP demandadas, de acuerdo con el artículo 191 de CGP, no pueden tenerse por probadas las afirmaciones realizadas por los mismos tendientes a la información brindada. Tampoco existe la constancia de que se le haya entregado el plan de pensiones a la actora ni el reglamento de funcionamiento de **PORVENIR** que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994 eran obligatorios y servían para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS, mucho menos reposa en el expediente la comunicación por escrito de la AFP dirigida a la demandante en la que se le advirtiera la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, recae sobre dicha entidad.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A** presenta recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia, frente a la orden impuesta a su representada en el numeral tercero consistente en trasladar a **COLPENSIONES** los dineros correspondientes a cuotas y gastos de administración debidamente indexados, ya que esos montos corresponden a una obligación de tracto sucesivo, por lo que no entran en los dineros con los cuales se hubiera generado una prestación pensional de la demandante en caso de que esta siguiera vinculada con la AFP, siendo dineros que la ley 100 de 1993 estipuló como una cuota de administración que se materializó en la buena gestión que hizo la AFP en los aportes, lo cual en su momento generó unos rendimientos durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada; además, que el traslado de dichos dineros generaría un enriquecimiento sin justa causa para **COLPENSIONES** ya que recibiría una suma sobre las cuales no ha tenido administración alguna durante más de 26 años, tiempo durante el cual la demandante estuvo vinculada con **PORVENIR**. Por otra parte, indicó que dichos rubros se encuentran debidamente actualizados monetariamente, por lo que la indexación estaría generando una doble condena. (min. 21:52 archivo “38AudienciaFallo”).

El apoderado de **COLFONDOS** presenta recurso de apelación contra la sentencia en lo que respecta a la orden de devolver gastos de administración y prima de seguros previsionales pagados a terceros, bajo el entendido de que son situaciones que ya han sido consolidadas a terceros, que originarían unos perjuicios y que obedecen a una característica que es propia del RPM. Solicita se tenga en cuenta que la información que se suministra está orientada a cumplir los requerimientos en los momentos en los que sucede el traslado y que en ningún momento se exigía una doble asesoría, ni guardar una absoluta trazabilidad de lo que se conversaba con las personas. De otra parte, pide que su representada sea relevada del pago de costas ya que no participó en los hechos que dan origen al presente caso. (min. 24:19 archivo “38AudienciaFallo”).

La apoderada de **SKANDIA** presenta recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida para que se revoque la condena impuesta relacionada a retornar los descuentos realizados por gastos y cuotas de administración debidamente indexados, argumentando que no es factible que la AFP retorne unos rubros de los cuales la demandante se ha beneficiado desde su afiliación en el año 2015, además que de acuerdo a la ley 100 de 1993 se realizaron unos descuentos a los cuales ya se les dio el uso que autoriza la ley y para financiar los gastos de administración y primas previsionales se realizaron inversiones que generaron rendimientos. Solicita aplicar a favor de su representada la teoría de las restituciones mutuas, ya que ésta aplicó el trabajo de manera oportuno para generar esos dineros adicionales. En cuanto a los seguros de invalidez y sobrevivencia, dijo que estos no son administrados por **SKANDIA** sino por una aseguradora por medio de un contrato de aseguramiento, de manera que, la devolución de estos rubros causaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES** y a favor de la demandante. Por último, señaló que no hay lugar a la indexación de tales descuentos, teniendo en cuenta que los rendimientos generados pueden compensar la devaluación que se hubiera causado en el tiempo. (min. 32:29 archivo “38AudienciaFallo”).

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia, manifestando que todas y cada una de las actuaciones de la entidad son de buena fe y que la negativa de recibir a la demandante se basa en el cumplimiento del deber legal establecido en el literal e) del

artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Argumentó que el traslado se realizó con plena voluntad de la demandante teniendo en cuenta que por decisión propia suscribió el formulario de afiliación y su voluntad se vio ratificada con su más de 27 años de aportes al RAIS. Para finalizar, dijo que no hay lugar a la condena en costas procesales, toda vez que esa entidad ha actuado en estricto cumplimiento a la orden legal y nada tuvo que ver con la decisión que tomó la demandante al trasladarse de régimen, por lo que en su lugar se solicita se absuelva a ésta y en su lugar condene a la demandante. (min. 38:19 archivo “38AudienciaFallo”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** solicitaron revocar el fallo de primera instancia y en su lugar absolver a sus representadas de todas las pretensiones incoadas, reiterando los argumentos esbozados en la alzada.

El apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia y conceder todas las pretensiones invocadas.

La representante legal de la Firma UNIÓN TEMPORAL W&WLC, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Juan Pablo Melo Zapata, identificado con CC 1.030.551.950 y TP 268.106 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia de primer grado.

COLFONDOS guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, y de sus posteriores traslados horizontales a **COLFONDOS** y **SKANDIA S.A.**, así como la procedencia de la condenas impuestas a las demandadas de trasladar los dineros por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexados y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i*) la demandante **LUZ STELLA PAEZ DAZA** nació el 23 de 1966 (pág. 105 archivo “05SubsanacionDemanda”); *ii*) la demandante estuvo afiliada y cotizó al extinto ISS desde el 15 de febrero de 1995 (pág. 45 a 47 archivo “05SubsanacionDemanda”); *iii*) la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, a través de formulario de vinculación No. 859934, efectivo a partir del 17 de febrero de 1996 (pág. 77 a 79 archivo “16ContestacionPorvenir”), luego se trasladó a **COLFONDOS** a partir del 01 de febrero de 2001 (pág. 98 archivo “14ContestacionColfondos”), posteriormente se trasladó a BBVA HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario No. 05933851 del 27 de junio de 2002, efectivo a partir del 01 de agosto de 2002 (pág. 80 archivo “16ContestacionPorvenir”), luego retornó a **COLFONDOS** mediante afiliación No. 8343241 el 21 de agosto de 2003, efectivo a partir del 01 de octubre de 2003 (pág. 50 archivo “05SubsanacionDemanda” y pág. 99 archivo “14ContestacionColfondos”), nuevamente se afilio a BBVA HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario No. 0110471 el 30 de agosto de 2005, con efectividad a partir del 01 de octubre de 2005 (pág. 51 archivo “05SubsanacionDemanda”) y

finalmente, se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario No. 715298 del 28 de septiembre del 2015, efectivo a partir del 01 de noviembre de 2015 (pág. 27 archivo “13ContestacionSkandia”); *iv*) la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 102 a 103, archivo “12SubsanacionDemandaYAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión **SKANDIA, COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el

particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe

cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó los formularios de afiliación, sin que la firma de estos por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el

cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional. Situación idéntica ocurrió con las AFP **COLFONDOS** y **SKANDIA**, que no probaron el cumplimiento del deber de información a la demandante en sus traslados horizontales.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que ingresó a trabajar con una nueva empresa, en donde le dijeron que como el Seguro Social se estaba acabando todos los trabajadores debían estar afiliados en pensión a **PORVENIR S.A.**, señalando que el momento de la afiliación se encontraba un asesor quien diligenciaba el formulario, sin recibir ningún tipo de información; por otro lado, manifestó que los traslados horizontales de fondo obedecieron a su cercanía con una asesora de HORIZONTE y porque en uno y otro fondo le ofrecían mayor rentabilidad (min. 36:19 archivo “37AudienciaArt77y80”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal

y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

De igual, se confirmará la decisión relacionada a declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento

que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto

Respecto la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Por último, frente a la inconformidad de **COLFONDOS** y **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

En consecuencia, la Sala prohijará en su integridad la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

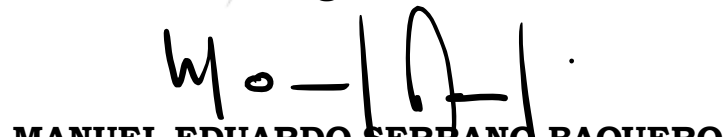
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.24-2020-00235-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada contra la sentencia del 15 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la pasiva al pago de indemnización por despido sin justa causa, indexación e intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación y absolvió de las demás pretensiones (*min. 37:14, archivo “20AudioAudiencia”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

SILVIA TOVAR RUIZ llamó a juicio a la sociedad **SYSDATEC DE COLOMBIA S.A.S.** con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de enero de 2018 hasta el 30 de abril de 2018, que finalizó sin justa causa; en consecuencia, solicita condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria, indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, salarios, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 1° de enero de 2018 para desempeñar el oficio como líder de procesos, devengando la suma de \$1.700.000; que la relación contractual se mantuvo por cuatro meses hasta que la sociedad **SYSDATEC DE COLOMBIA S.A.S.** decidió dar por termino el contrato de manera unilateral y sin justa causa, adeudándole la suma de \$100.000 del último mes de salario, más prestaciones y demás derechos adquiridos; por tal razón, citó al representante legal de la empresa a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, la cual se surtió el día 25 de julio del año 2018, llegando a un acuerdo en el cual el empleador se comprometía a cancelar la suma de \$1.585.000 por concepto de prestaciones sociales, el 30 de agosto de 2018, sin que dicho rubro a la presentación de la demanda se haya cancelado (*pág. 14 a 22, archivo “01Demanda” y pág. 33 a 41, archivo “04Subsanaciondemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

SYSDATEC DE COLOMBIA S.A.S. se opuso a las pretensiones, aceptó parcialmente la relación laboral, aclarando que ésta obedeció a un contrato de obra o labor, el salario devengado, la terminación del contrato y la conciliación llevaba a cabo ante el Ministerio de Trabajo, expresó que los demás hechos no eran ciertos y propuso las excepciones de inexistencia del derecho alegado-cosa juzgada, cobro de lo no debido, pago total de la obligación contenida en el acta de conciliación y temeridad (*pág. 17 a 23 archivo “07Contestaciondemanda”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 37:14, archivo “20AudioAudiencia”*)

El 15 de agosto de 2023, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre la señora Silvia Tovar Ruiz, en calidad de trabajadora y la sociedad SYSDATEC DE COLOMBIA SAS

*en calidad de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de enero de 2018 hasta el 30 de abril de esa misma anualidad, contrato en el que la demandante devengó como salario la suma de \$1.700.000 pesos, lo anterior de conformidad con lo motivado. **SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad SYSDATEC DE COLOMBIA SAS a reconocer y pagar a favor de Silvia Tovar Ruiz la suma de \$1.700.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá ser pagada de manera indexada. **TERCERO: CONDENAR** a la demanda SYSDATEC DE COLOMBIA a reconocer y pagar a favor de la señora Silvia toda Ruiz, la suma de \$200.443 por concepto de intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria, liquidados a partir del día 1° de mayo, día siguiente a la fecha de terminación del contrato, hasta el 30 de agosto de 2018 data en la que se cancelaron los salarios y prestaciones sociales adeudadas a la demandante. **CUARTO: ABSOLVER** a la sociedad demandada SYSDATEC DE COLOMBIA de las demás pretensiones formuladas en su contra conforme a lo motivado. **QUINTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido y no probado los hechos sustento de las demás excepciones propuestas por la convocada a juicio SYSDATEC DE COLOMBIA SAS. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la demandada a favor de la demandante por Secretaría liquidense incluyendo en ellas como valor de las agencias en Derecho la suma de \$100.000 pesos. (...)”.*

Como sustento de la decisión la Juez indicó que, aunque el acta de conciliación del 25 de julio de 2018 esta revestida de legalidad, no trata propiamente de un acuerdo conciliatorio donde se resolvieran las diferencias, sino que corresponde a un acuerdo de pago de lo que se adeuda a la demandada por concepto de salarios y prestaciones sociales, razón por la cual esa acta de conciliación no tiene los efectos de cosa juzgada. Frente a la modalidad del contrato estableció que se trató de un contrato de trabajo a término indefinido dado que del documento aportado no se puede extraer que corresponde a un contrato de obra o labor, como lo afirma la demandada, toda vez que en el contrato no se identifica la obra a desarrollar, su naturaleza o actividad específica. Respecto del salario reclamado, sostuvo que hace parte del valor reconocido en la conciliación, dinero que ya fue consignado a la demandante.

Sobre la terminación del contrato resaltó que el empleador no soportó la decisión en ninguna de las causales previstas en los artículos 61 y 62 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que se trató de un despido unilateral, sin justa causa, y con derecho a

indemnización. Y ante la demora en el pago de prestaciones, consideró procedente el reconocimiento de intereses moratorios hasta 30 de agosto de 2018, fecha en que se pagó salarios y prestaciones sociales, al encontrar que la demanda fue presentada pasados 24 meses desde la terminación del contrato.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **SYSDATEC DE COLOMBIA S.A.S.** interpuso recurso de apelación frente a las indemnizaciones reconocidas. Adujo que los valores de prestaciones sociales y salarios adeudados fueron pagados oportunamente conforme se dispuso en la conciliación que se realizó en el año 2018 y nunca hubo negligencia al realizar dicho pago, en donde la demandante estuvo de acuerdo y renunció a cualquier reclamación posterior, cumpliendo así la finalidad del acto conciliatorio, pues se zanjaron todas las diferencias (*min. 39:13, archivo "20AudioAudiencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de las partes.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar el alcance del acuerdo conciliatorio celebrando entre las partes, de conformidad con lo

alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** entre la demandante **SILVIA TOVAR RUIZ** y la demandada **SYSDATEC DE COLOMBIA S.A.S.** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 1° de enero de 2018 hasta el 30 de abril de 2018 (*fue declarado en la sentencia de primera instancia, no fue objeto de recurso y se acredita con la liquidación del contrato, pág. 32, archivo “07Contestaciondemanda*); **ii)** y en comunicación del 30 de abril de 2019 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente (*pág. 17, archivo “03Subsanaciondemanda”*).

- Sobre el acuerdo conciliatorio y los efectos de cosa juzgada

Los artículos 64, 65 y 66 de la Ley 446 de 1998, vigentes para la fecha en que se ejecutó el contrato de trabajo, establecen que la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador, siendo posible conciliar todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley. Además, que la conciliación hace tránsito a cosa juzgada y el acta presta mérito ejecutivo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha enseñado que por tratarse de un negocio jurídico en el que se verifica un acuerdo de voluntades, que además es supervisado por un tercero calificado, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, por ello el acta de conciliación tiene prácticamente los mismos efectos de una sentencia judicial. Así, para que operen los

efectos de cosa juzgada, se requiere que la conciliación sea aprobada por autoridad competente, que no existan vicios en el consentimiento ni se violen normas de orden público y que se respeten los derechos mínimos e irrenunciables que no son susceptibles de conciliación. También, señala la Corte, para que una conciliación pierda validez se debe demostrar que existió algún vicio del consentimiento de alguna de las partes, a saber: error, fuerza o dolo, o que tiene objeto ilícito, que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil (CSJ SL10507-2014, SL1185-2015, SL1982-2019 y SL1639-2022, entre otras).

En el presente asunto, la parte demandada cuestiona el fallo de primera instancia al indicar que con la suma pagada con ocasión del acuerdo conciliatorio se zanjó cualquier controversia derivada de la relación laboral, por lo que considera no deber suma alguna a favor de la demandante por concepto de indemnización por despido, indexación e intereses moratorios.

Se encuentra demostrado en el expediente que la relación laboral se terminó por decisión de **SYSDATEC DE COLOMBIA S.A.S.** el 30 de abril de 2018; posteriormente, el 25 de julio de 2018 se llevó a cabo Acuerdo Conciliatorio ante la Inspección de Trabajo RCC-10 de la Dirección Territorial de Bogotá del Ministerio de Trabajo donde la empresa se comprometió a cancelarle a **SILVIA TOVAR RUIZ** la suma de \$1.585.000 el 30 de agosto de 2018, por concepto de prestaciones sociales, monto que fue pagado en esa fecha conforme lo aceptó la demandante al absolver interrogatorio (*min. 19:15, archivo "14AudioAudiencia"*).

De la revisión del referido documento para la Sala es claro que el acuerdo conciliatorio cumple todos los presupuestos de validez y, por lo mismo, hace tránsito a cosa juzgada y presta merito ejecutivo, pero únicamente respecto del pago de prestaciones sociales, en la medida en que para ese fin se convocó la intervención del Ministerio y así fue expresamente acordado por las partes, sin que se soslayaran

derechos ciertos e indiscutibles de la trabajadora, al reconocerse la misma suma que arrojó la liquidación final del contrato de trabajo (pág. 32, archivo “07Contestaciondemanda”), es decir, que en este caso en estricto sentido lo que se pactó fue la fecha de su pago efectivo.

Por eso, los argumentos expuestos en la alzada no son de recibo, porque del contenido del documento no se desprende que se haya acordado o reconocido suma alguna por derechos inciertos y discutibles, tampoco que la demandante haya dejado a paz y salvo al empleador por cualquier reclamación futura derivada de la relación laboral y menos aún que en el monto reconocido estuviera inmerso la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, su indexación y la indemnización moratoria, motivo suficiente para confirmar en este aspecto la sentencia.

Al no cuestionarse el estudio que realizó el Juzgado respecto de la procedencia de la indemnización por despido y los intereses moratorios previstos en el artículo 65 del CST, al presentarse la demanda luego de transcurridos 24 meses de terminado el contrato de trabajo, y los montos objeto de condena, la Sala se releva de su revisión, en aplicación del principio de consonancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 24-2021-00525-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por **SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA** contra la sentencia del 06 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró ineficaz el despido de la demandante, ordenó su reintegro, pago de indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indexación, aportes pensionales y costas (*min.45:52, enlace archivo “19SentenciaPrimeraInstancia”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA llamó a juicio a **SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA** con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo con la demandada, la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo por tener estabilidad laboral reforzada por razones de salud; en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, incapacidades, salarios y prestaciones sociales causados hasta la fecha de la sentencia, vacaciones, auxilio de transporte, dotaciones, aportes a seguridad

social, daños y perjuicios por la falta de reporte del accidente de trabajo y por el despido y condenas por facultades ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico indicó que el 06 de mayo de 2006, se vinculó mediante contrato de trabajo por obra y labor con la Sociedad **SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA**, desempeñando el cargo de operaria de servicios generales hasta el 03 de agosto de 2018, devengando un salario mínimo; el 02 de mayo de 2012 sufrió un accidente laboral, situación que informó a la demandada pero no reportaron la novedad a la ARL; con ocasión de ese accidente acudió a urgencias a la IPS Chico, posteriormente en control del 7 de mayo siguiente le informaron que tenía contusión de hombro del brazo; en repetidas ocasiones y debido a dolores que no cesan ha acudido a citas médicas constantes; en el año 2016 ARL SURA le informó que al haber superado más de 180 días de incapacidad debía remitir el caso a COLPENSIONES.

Manifestó que en el año 2018, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez le calificó la pérdida de capacidad laboral, estableció que la misma es de origen accidente de trabajo, con fecha de estructuración 19 de diciembre de 2017; Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A. le otorgó indemnización por incapacidad permanente parcial por valor de \$5.152.615 por tener una PCL del 14%; estando en tratamiento médico, el 27 de junio de 2018 el empleador le terminó el contrato de trabajo a partir del 03 de agosto de 2018; la Sociedad **SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA** percibió durante más de un año por parte de la ARL SURAMERICANA el pago de las incapacidades médicas generadas a su favor, sin mediar autorización; en vista de las precarias condiciones que estaba atravesando decidió vincularse laboralmente, inicialmente por 11 meses como guarda de seguridad con la compañía de vigilancia KGB y desde marzo de 2020 con la empresa de vigilancia Nativa, laborales que realiza con mucha dificultad, dado que sus antiguas habilidades y percepciones cognitivas se han venido fragmentando (*pág. 5 a 41, archivo 03SubsanacionDemanda.pdf*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA**

En providencia del 28 de marzo de 2023, se tuvo por no contestada la demanda (*archivo "08AutoRemite"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*min.45:52, enlace archivo "19SentenciaPrimeraInstancia"*)

El 06 de julio de 2023, el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA y la demandada SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LIMITADA existieron dos relaciones laborales así: i) un contrato de trabajo a término fijo que inició el 1 de mayo de 2006 y finalizó el 31 de mayo de 2013, donde se desempeñaba como operaria de servicios generales devengando la suma correspondiente a un salario legal mensual vigente como remuneración; ii) un contrato por obra o labor determinada, el cual inició el 12 de junio de 2013 y finalizó el 3 de agosto de 2018, en el que la demandante se desempeñaba como operaria de servicios generales, devengando un salario mínimo legal mensual vigente como remuneración. **SEGUNDO: DECLARAR** ineficaz el despido acaecido el 3 de agosto de 2018, y en consecuencia ordenar el reintegro de la demandante JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA, al cargo que venía desempeñando y en las mismas condiciones pactadas a favor de la demandada SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LIMITADA. **TERCERO: CONDENAR** a SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA a pagar a la demandante JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA los siguientes conceptos: \$6.960.000 por concepto de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, \$54.445.493 por concepto de salarios causados mensualmente desde el 3 de agosto de 2018 hasta 6 de julio 2023, \$4.769.328,20 por concepto de primas de servicios causados desde el 3 de agosto de 2018 hasta el 6 de julio de 2023, \$4.169.994,87 por auxilio de cesantías causadas durante el periodo de 3 de agosto de 2018 al 31 de diciembre de 2022, \$481.140,32 por intereses sobre las cesantías causados del 3 de agosto de 2018 al 31 de diciembre de 2022, \$2.084.997,43 por compensación de vacaciones causadas del 3 agosto de 2018 al 31 diciembre de 2022. Así mismo, se ordena la indexación de las condenas por salarios, cesantías e intereses de las cesantías, primas y vacaciones, hasta cuando se verifique su pago. **TERCERO: CONDENAR** a SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LIMITADA a cancelar a la Administradora de pensiones en la que acredite encontrarse afiliada la demandante JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA, y a su entera satisfacción, las cotizaciones insatisfechas por los periodos de 3 de agosto de 2018 a 6 julio de 2023, a la entidad administradora del régimen de pensiones, a la que se encuentre afiliada la demandante, teniendo en cuenta que devengaba como remuneración, un salario mínimo legal mensual vigente. Para ello la demandante dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, deberá acreditar ante la demandada por cualquier medio pertinente, el fondo de pensiones al que se encuentra afiliada. Así mismo, la demandada deberá presentar la correspondiente solicitud al fondo de pensiones referido, dentro de los 5 días siguientes a la recepción de la anterior

*comunicación y cancelar la suma establecida por dicha entidad dentro del plazo máximo que determine la administradora de fondos de pensiones correspondiente. **QUINTO: ABSOLVER** a la Sociedad SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA de las demás solicitudes incoadas en su contra por la demandante JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA. **SEXTO: COSTAS** que serán a cargo de la demandada SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA, fíjense como agencias en derecho la suma de \$2.187.328, las cuales se ordenan liquidar por secretaria. (...)*

Como sustento de la decisión la Juez indicó que conforme con la documental aportada estaba acreditada la existencia de dos contratos de trabajo: el primero a término fijo, desde el 1° de mayo de 2006 y hasta el 31 de mayo de 2013; el segundo por obra o labor determinada, desde el 12 de junio de 2013 y finalizó el 03 de agosto de 2018. Respecto de la estabilidad laboral reforzada sostuvo que la actora estuvo incapacitada desde el 18 de diciembre de 2015 al 29 de abril de 2018, y nuevamente desde el 10 de mayo de 2018 hasta el 25 de mayo de 2018 y se le había determinado una PCL del 45,45% de origen común y calificada con una pérdida de capacidad laboral del 14% como consecuencia del accidente de trabajo, por lo que dedujo que para el 03 de agosto de 2018 la demandante se encontraba en estado de debilidad manifiesta, situación que le impedía o dificultaba de manera sustancial el desempeño de sus funciones. Y aunque la demandada invocó como razón para terminar el contrato de trabajo la finalización de la obra contratada, no hay prueba de la ocurrencia de la causa legal. Por ende, concluyó que el despido fue discriminatorio, estando la demandante en estado de discapacidad, motivo por el cual ordenó el reintegro y el reconocimiento de los derechos laborales derivados de dicha decisión, negando las demás pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Adujo que la accionante no acreditó ante la empresa que se encontraba en una situación que le impedía cumplir las funciones, y al momento del despido ella no las podía ejercer porque se rehusó a asistir a las diferentes entidades a las cuales se le encomendó ejerciera como operaria; no se encontraba en estado de invalidez ni debilidad manifiesta dado que la PCL es menor del 50%,

de origen común y la misma accionante reconoce en la demanda que se encuentra trabajando para empresas de servicio de vigilancia; además que la terminación del contrato fue por causa legal por la finalización de la obra o labor y no por las condiciones de salud de la trabajadora (*min.51:28, enlace archivo “19SentenciaPrimeraInstancia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la demandada reiteró los argumentos expuestos en la alzada con el fin de obtener la revocatoria de la sentencia. Y aunque allegó prueba documental en esta etapa, las mismas no se tienen en cuenta dado que no le es permitido a las partes solicitar en segunda instancia la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia (art. 83 CPTSS). La apoderada de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si al momento de terminación del contrato de trabajo la parte actora gozaba de estabilidad laboral reforzada por razones de salud; en tal caso, la procedencia del reintegro, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: *ij* entre **JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA** y **SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA**

existieron dos contratos de trabajo, el primero a término fijo desde el 1° de mayo de 2006 y hasta el 31 de mayo de 2013, y el segundo por obra o labor determinada, desde el 12 de junio de 2013 y finalizó el 03 de agosto de 2018 (*declarado en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de recurso*); **ii)** y mediante comunicación del 27 de junio de 2018 el empleador le informó a la demandante la terminación unilateral del contrato de trabajo a partir del 03 de agosto de 2018, aduciendo la finalización del contrato con la empresa cliente (*pág. 181, archivo “03SubsanaciónDemanda”*).

- **Sobre la estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991, consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición, según la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como se reafirmó en las sentencias SL2841 de 2020, SL5109-2020 y SL487-2021, donde indicó que en vigencia del precitado Decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

Esta definición concuerda con la posición de la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, reiterada en la sentencia SL2548-2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero es verificar si el trabajador sufre o no una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017, se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la capacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo. La misma Corporación en la sentencia C-200 de 2019, estableció que los trabajadores que sufren de alguna afectación de salud gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos en que la misma dificulta su desempeño laboral, incluso cuando no existe acreditación de alguna discapacidad.

El entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet

de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que estableció que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las entidades respectivas el análisis del caso.

Respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

No obstante, recientemente el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria precisó que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 y, de la Ley estatutaria 1618 de 2013 (27 de febrero de 2013). Además, que la estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, 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 que los demás; iii) y que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Que, por tal motivo, el trabajador tiene derecho a que esas barreras, comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo, entendidos estos ajustes como *“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”* (SL1152-2023).

CASO EN CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el recurso de apelación siendo relevante precisar que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de entrada en vigencia de la Ley 1618 de 2013 paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, de mediano o largo plazo, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL1360 de 2018 y SL1152 de 2023, señaló que corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad o deficiencia física, mental, intelectual o sensorial y la existencia de una barrera de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que le impidieron ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás, al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria,

caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud, so pena de que se declare que fue ineficaz.

Como la terminación del contrato ocurrió el 03 de agosto de 2018, en vigencia de la Ley 1618 de 2013, le correspondía a la demandante acreditar que al momento del despido se encontraba en situación de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano o largo plazo, y presentaba una barrera de tipo actitudinal, social, cultural o económico, que implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó su capacidad de trabajo y que dichos aspectos hayan sido conocidos por el empleador.

Al revisar el expediente, la parte actora allegó documental donde se encuentra lo siguiente:

- Copia de historia clínica que da cuenta del estado de salud de **JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA** desde el 07 de mayo de 2012, relacionado con consulta inicial por accidente de trabajo, exámenes diagnósticos por dolencias en miembros superiores e inferiores, controles periódicos y evolución de las patologías, intervenciones quirúrgicas (manguito rotador), órdenes de medicamentos, incapacidades médicas, órdenes de laboratorios, por los diagnósticos de dolor en miembro superior derecho, trastorno mixto de ansiedad y depresión, síndrome de manguito rotador, fibromialgia, poliartropatía, dolor crónico intratable, entre otros, reportando como última valoración 22 de mayo de 2018 (*pág. 42 a 50, 53, 54 y 56 a 124, archivo “03SubsanaciónDemanda”*). Se resalta que en consulta por psiquiatría del 10 de enero de 2018, se consignó en el resumen de la historia clínica que según concepto de la ARL *“no hay recuperación posible por cuanto no hay en el momento posibilidad de manejo quirúrgico. Con un pronóstico a corto y a mediano plazo: malo y desfavorable.”* (*pág. 108 y 109, archivo “3SubsanaciónDemanda”*).

- Recomendaciones funcionales para ser aplicadas en actividades laborales y extra-laborales, con ocasión de la patología de poliartritis, expedida por ARL Sura el 24 de julio de 2014, con copia al empleador (pág. 51 y 52, archivo “03SubsanaciónDemanda”).

- Recomendaciones de desempeño laboral a favor de la trabajadora hoy demandante para el cargo de auxiliar de servicios generales, del 18 de noviembre de 2014 por parte de la ARL Sura, con copia al empleador Casas Castillo Ltda (pág. 55, archivo “03SubsanaciónDemanda”).

- Dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral expedido por COLPENSIONES el 24 de octubre de 2016, que le determina a **JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA** una PCL del 32.6%, de origen común, con fecha de estructuración 06 de octubre de 2016, por las patologías de artrosis y mialgia (pág. 126 a 132, archivo “03SubsanaciónDemanda”). Allí se señaló que no se realiza calificación integral ya que no se cumplen los criterios de la sentencia C-425 de 2005.

- Dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral expedido por Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá y Cundinamarca el 08 de septiembre de 2017, quien, al resolver la inconformidad de la accionante frente al dictamen emitido por COLPENSIONES, incrementó la PCL a 46.45%, manteniendo el origen y la fecha de estructuración (pág. 157 a 163, archivo “03SubsanaciónDemanda”). Se precisó que “De acuerdo con concepto de especialistas tratantes no tiene indicación quirúrgica para sus lesiones de hombro y rodilla izquierda por ser del mal pronóstico por sus enfermedades de base”.

- Dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral expedido por ARL SURA el 24 de enero de 2017, que le

determina a **JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA** una PCL del 0.0%, de origen accidente de trabajo, con fecha de estructuración 14 de diciembre de 2016, por la patología de contusión del hombro y brazo (pág. 137 a 143, archivo “03SubsanaciónDemanda”). En el resumen de historia clínica se indicó que por concepto de ortopedia del 12 de julio de 2016 “*se cierra caso por cirugía de hombro, debe seguir con médico de seguimiento integral, para cierre de caso recomendaciones, no levantar peso mayor de 2.5kg, no movimientos repetitivos de hombro, no levantar el hombro más de 90 grados debe realizar pausas activas*”, además que la ARL le ha concedido 432 de incapacidad desde el 15 de abril de 2014 al 21 de mayo de 2016 y que en concepto de rehabilitación del 14 de diciembre de 2016 se advirtió que “*paciente con base de fibromialgia lo que hace que el dolor no se controle por fisioterapia se puede reintegrar con RMO*”

- Dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral expedido por Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá y Cundinamarca el 25 de agosto de 2017, quien al resolver la inconformidad de la accionante frente al dictamen emitido por ARL SURA, confirmó el resultado de la calificación en primera oportunidad (pág. 148 a 153, archivo “03SubsanaciónDemanda”).

- Recurrida dicha decisión (pág. 154 a 156, archivo “03SubsanaciónDemanda”), la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen del 04 de abril de 2018 modificó el dictamen emitido por la Junta Regional y estableció como PCL 14%, de origen accidente de trabajo, con fecha de estructuración 19 de diciembre de 2017, por lo diagnósticos de contusión de hombro y del brazo y traumatismo de tendón del manguito rotatorio del hombro. En el referido estudio se concluyó que “*...se decide calificar por dolor crónico somático, por la presencia de dolor, que es importante para la paciente y para el médico*

tratante, con limitación funcional, aunque no hay atrofia...el rol laboral actual corresponde a rol laboral recortado, pues puede realizar las tareas principales y se le dificultan algunas tareas secundarias de su labor habitual. Tiene limitaciones para la movilidad del brazo, lo cual afecta la realización de tareas de cuidado personal y la vida doméstica (nivel de dificultad leve a moderado) ...”, y se precisó que requiere de dispositivos de apoyo (pág. 167 a 178, archivo “03SubsanaciónDemanda”).

- Relación de incapacidades expedido por EPS SURA el 06 de diciembre de 2018 donde se informa que la demandante presentó incapacidades entre el 20 de febrero de 2012 al 25 de mayo de 2018, de las cuales se destaca que las generadas entre el 04 de diciembre de 2015 al 29 de abril de 2018 fueron continuas (pág. 167 a 178, archivo “03SubsanaciónDemanda”).

Del análisis de estas pruebas, y las demás que reposan en el expediente, oportunamente decretadas, para la Sala es evidente que durante el curso de la relación laboral **JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA** presentó diferentes afecciones en su salud, siendo pertinente recordar que no cualquier tipo de afectación conlleva el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han reiterado que esta garantía cubre a todas las personas que su estado de salud les impida o dificulte sustancialmente el cumplimiento de su labor.

En este caso, pese a que no se demostró si la demandante pudo realizar alguna labor desde el 26 de mayo de 2018, día siguiente a la última incapacidad médica, hasta la fecha de la terminación del contrato de trabajo, 03 de agosto de 2018, y tampoco que estuvo incapacitada, es evidente que su estado clínico le impedía y la limitaba para el cumplimiento de la labor como operaria de servicios generales, no sólo porque para ese momento tenía calificada un 46,45% de pérdida de capacidad laboral generada por las patologías de artrosis primaria generalizada, otros trastornos especificados de los discos

intervertebrales y trastorno de dolor persistente somatomorfo, de origen común (pág. 157 a 163, archivo “03SubsanaciónDemanda”), y una PCL del 14%, por lo diagnósticos de contusión de hombro y del brazo y traumatismo de tendón del manguito rotatorio del hombro, de origen accidente de trabajo, sino porque el recuento histórico de las enfermedades dan cuenta de su evolución degenerativa y crónica, la dificultad del movimiento de los miembros superiores, del dolor intenso, de la disminución de la locomoción que la obliga a utilizar bastón y cabestrillo y de la pérdida de capacidad para realizar actividades laborales y cotidianas, así se desprende de la historia clínica y de los diferentes dictámenes de calificación, lo que van en consonancia con las recomendaciones médico-ocupacionales que se emitieron.

Por tanto, bajo ese escenario, se configuró una discapacidad física que le impedía a la trabajadora el ejercicio pleno y efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás, circunstancias que eran de pleno conocimiento de la demandada tanto por las recomendaciones médicas que le fueron notificadas como por las incapacidades de la trabajadora, así se infiere de la carta de terminación del contrato de trabajo donde se consignó que el contrato con la empresa cliente “*finalizó en su proceso de incapacidad*”, aspectos no fueron controvertidos por **SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA** quien no contestó la demanda y, por ende, se privó de aportar y solicitar pruebas.

Al demostrar **JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA** su situación de discapacidad física y la existencia de una barrera de tipo actitudinal que le impidió ejercer su labor atendiendo su estado de debilidad manifiesta, se presume que el despido fue discriminatorio, por lo que le correspondía al empleador acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud de la trabajadora, so pena de que se declare que este fue ineficaz (CSJ SL1360 de 2018 y SL1152 de 2023).

En comunicación del 27 de junio de 2018, el empleador le informó a la demandante la terminación unilateral del contrato de trabajo a partir del 03 de agosto de 2018, aduciendo la finalización del contrato con el Edificio Atid I (*pág. 181, archivo “03SubsanaciónDemanda”*). Sin embargo, al tratarse de un contrato de trabajo por obra o labor le correspondía a **SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA** demostrar que **JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA** fue contratada y enviada a prestar servicio a favor de ese tercero y, además, la finalización de la obra o del contrato de prestación de servicios con la empresa cliente.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que este tipo de contratos se caracteriza porque la vigencia del vínculo no depende de la voluntad o capricho del empleador, sino de la esencia del servicio, en cuanto va a durar tanto tiempo como se requiera para dar fin a la obra o labor que las partes determinaron e individualizaron en debida forma. Dice la Corte, que ante la falta de claridad de la obra o labor contratada se entiende que el contrato se celebra a término indefinido (sentencias SL 20718-2017, SL 2600-2018, SL 3282-2019 y SL1052-2022).

Y en el plenario no obra medio de persuasión que acredite que la demandante fue contratada y enviada a prestar el servicio a favor del Edificio Atid I y tampoco se demostró la terminación de la obra o el contrato de prestación de servicios que tenía éste con **SERVICIOS INTEGRALES CASAS CASTILLO LTDA**, lo que desvirtúa la causal objetiva invocada por el empleador en la carta del 27 de junio de 2018, lo que conlleva a tener por ineficaz la terminación del contrato de trabajo, dado que no hubo autorización previa del Ministerio de Trabajo en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Se resalta que el *a quo* de oficio incorporó como pruebas las documentales que militan en los archivos 12 y 13 del expediente digital, de las cuales se destaca el escrito del 27 de junio de 2018, mismo día en que le comunican la terminación del contrato de trabajo,

donde le informan a la demandante que la última incapacidad radicada finalizó el 25 de abril de 2018 y le indican que *“Desde esa fecha usted no ha hecho llegar ninguna incapacidad, restricción médica, ni recomendación médica emitida por su EPS SURA, ni la ARL SURA ni su AFP, hecho que nos permite interpretar que usted se encuentra en buen estado de Salud”, (pág. 4, archivo “13MemorialAnexos”, pero no se adosó documento alguno que diera cuenta de procedimientos disciplinarios que se hayan adelantado en contra de la accionante por la no asistencia a su sitio de labor, siendo que la última incapacidad fue otorgada el 25 de mayo de 2018, más aún cuando la accionante afirmó en el hecho 44 de la demanda que una vez llegó del disfrute de vacaciones, le terminaron el contrato de trabajo (pág. 22, archivo “03SubsanaciónDemanda”).*

Incluso, si la última incapacidad corresponde al 25 de mayo de 2018, para esa fecha la supuesta obra o contrato que tenía la demandada con el Edificio Atid I había fenecido, atendiendo la literalidad de la carta de terminación del contrato, sin que dicha circunstancia reste eficacia a la protección constitucional de la trabajadora, pues la justa causa legal no se acreditó.

Además, pese a que **JEANNETTE DEL SOCORRO BURGOS ESCAMILLA** se vinculó laboralmente en el año 2019, 11 meses, y a partir del año 2020 hasta la fecha de presentación de la demanda (*hechos 63 y 64, pág. 26 y 27, archivo “03SubsanaciónDemanda”*), ejerciendo funciones como guarda de seguridad, no desnaturaliza la estabilidad laboral reforzada que la cobijaba al momento del despido, puesto que la capacidad laboral residual le ha permitido cumplir actividades diferentes al cargo que ejercía en la compañía demandada (operaria de servicios generales).

En consecuencia, surge evidente el derecho al reintegro de la trabajadora a su mismo cargo o a otro de igual o mejor categoría, con el reconocimiento de las respectivas acreencias laborales, no siendo de

recibo los argumentos elevados por la recurrente, motivo suficiente para confirmar la decisión.

Como quiera que los conceptos y montos reconocidos por el juzgado de instancia, así como las absoluciones, no fueron objeto de recurso, la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

Sin costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 27-2018-00358-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia 15 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada **PARQUE RESIDENCIAL SURBANA III ETAPA** de todas las pretensiones (*min.48:19, archivo "09Continuacionaudienciaarticulo80"*)

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN y **MONICA RINCÓN OLMOS**, en causa propia y en representación su mejor hija DSPR, llamaron a juicio al **PARQUE RESIDENCIAL SURBANA III ETAPA** con el fin de que se declare que entre **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** y el citado conjunto existió un contrato de trabajo desde el 17 de febrero de 2011 hasta el 18 de abril de 2016, finalizado por causas imputables al empleador, encontrándose la trabajadora en condiciones de debilidad manifiesta, que durante la relación laboral adquirió enfermedades como trastorno mixto de ansiedad y depresión, tensión física o mental por acoso laboral, sin que la demandada contara con condiciones de seguridad e higiene; en consecuencia, se condene al pago de perjuicios morales, daño moral, perjuicios a la vida en relación, indemnización por despido sin justa causa, pago de salarios y prestaciones desde el 18 de

abril de 2016 hasta la fecha en que se dicte sentencia, indemnización de 180 días conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, intereses corrientes y moratorios, facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico se indicó que el 17 de febrero de 2011, **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** celebró contrato de trabajo a término fijo con la demandada para desempeñar el cargo de oficios varios, devengando Un (1) SMLMV más auxilio de transporte; que el 05 de enero de 2012 sufrió accidente de trabajo, la EPS Famisanar le diagnóstico ESCOLIOSIS LUMBAR, DISCO DESGASTADO L5, L4L5 SI, ABOMBAMIENTO DE ANILLO FIBROSO EN L5, SI, ASOCIADO A FORMACIONES OSTEOFITICAS MARGINALES, lo que trajo como consecuencia la aparición de dolencias; el 16 de enero de 2012, se le informó que no se le renovaba el contrato de trabajo argumentando los frecuentes llamados de atención, motivo por el cual presentó acción de tutela y en sentencia del 19 de marzo de 2013 se ordenó su reintegro de forma transitoria, decisión confirmada en segunda instancia; instauró proceso ordinario con el radicado 2013-00494, y el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá ordenó mantener en el cargo a la trabajadora.

Se señaló que **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** durante la relación laboral adquirió enfermedades como trastorno adaptativo con síntomas depresivos, trastorno de la personalidad, discopatía y lumbalgia, según consta en la historia clínica; el 17 de febrero de 2014 la EPS Famisanar remitió recomendaciones laborales al Conjunto por el diagnóstico de trastornos de adaptación sufrido por la trabajadora; el 28 de noviembre de 2014, EPS Famisanar calificó el trastorno mixto de ansiedad y depresión y otros problemas de tensión física o mental relacionadas con el trabajo (acoso laboral) como de origen profesional, igual concepto profirió la ARL Positiva el 16 de diciembre de 2014, quien remitió recomendaciones laborales el 19 de febrero de 2016; el 21 de septiembre de 2016 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó el diagnóstico *otros trastornos especificados de los discos intervertebrales* como de origen común y en dictamen del 07 de abril de 2017 la Junta Regional de Calificación de Invalidez estableció que el trastorno mixto de

ansiedad era de origen laboral (pág. 6 a 35, archivo 01Expedientedigitalizado.pdf”).

Finalmente, se precisó que en diferentes comunicaciones del conjunto residencial se dejó constancia del acoso laboral que sufrió **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN**; en comunicación del 26 de febrero de 2016, la trabajadora le solicitó al empleador el cumplimiento de las recomendaciones médicas y el 18 de abril de 2016 **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** presentó renuncia motivada, la cual no fue aceptada por el empleador (pág. 6 a 35, archivo 01Expedientedigitalizado.pdf”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

PARQUE RESIDENCIAL SURBANA III ETAPA se opuso a las pretensiones, aceptó los extremos temporales de la relación laboral, el cargo y funciones, el salario, las incapacidades médicas de la demandante, la no renovación del contrato de trabajo, la presentación de la acción de tutela y del proceso ordinario, la orden de reintegro, las recomendaciones laborales emitidas por Famisanar el 17 de febrero de 2014, las recomendaciones médicas de la ARL Positiva del 19 de febrero de 2016 y la presentación de la renuncia motivada, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido*, falta de título y causa del demandante, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, mala fe y actuación temeraria de la demandante, prescripción y la genérica (pág. 450 a 476, archivo 01Expedientedigitalizado.pdf”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min.48:19, archivo “09Continuacionaudienciaarticulo80”)

El 15 de junio de 2023, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda incoada por las demandantes María De Jesús Olmos Varón y Mónica Rincón Olmos en nombre propio y en representación de su hija DANA SOFIA PERILLA RINCÓN y ABSOLVER de las mismas a la demandada Parque Residencial Surbana III etapa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y *cobro de lo no debido* formuladas por la demandada PARQUE RESIDENCIAL SURBANA III ETAPA, por lo expuesto en

*la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandante en la suma de \$800.000 como agencias en derecho. (...).*

Como sustento de la decisión la Juez indicó que conforme al acervo probatorio allegado la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca calificó como laboral el trastorno mixto de ansiedad y depresión determinando una PCL de 20,40% con fecha de estructuración del 13 de enero de 2017. En cuanto a la culpa patronal estableció que, si bien la accionante se limitó a indicar que la enfermedad laboral fue por culpa del empleador, no obra una sola prueba que demuestre los presuntos incumplimientos del empleador en sus obligaciones y tampoco las conductas de acoso laboral que desencadenaron en la aparición de las enfermedades psiquiátricas.

Sostuvo que la renuncia motivada no fue aceptada por el empleador quien le solicitó presentarse en las instalaciones del Conjunto en el horario habitual, por lo que le correspondía a la demandante demostrar las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se desarrolló el contrato de trabajo con posterioridad al cumplimiento de la orden de reintegro para que el despacho verificara si el demandado había garantizado las óptimas condiciones laborales, acorde con las limitaciones que se desencadenaron por la enfermedad psiquiátrica, aspecto que no se cumplió, motivo por el cual concluyó que no se reúnen los presupuestos para la configuración de la culpa patronal y tampoco para conceder la indemnización por despido dado que no se demostraron los incumplimientos alegados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación. Adujo que no se hizo un adecuado análisis del acervo probatorio allegado al proceso que da cuenta que la demandada no cumplió con las recomendaciones médicas realizadas; que fue producto del accidente laboral que la trabajadora empezó a presentar patologías y enfermedades, producto de ello empezó a recibir incapacidades laborales que generaron acoso laboral por parte de la demandada, consistente en malos tratos que afectaron gravemente la salud psicológica y emocional y que fue por decisión del Consejo de Administración que se le terminó el vínculo laboral a la accionante, debido a las constantes incapacidades por ella presentadas, acoso que también se demuestra con historia clínica.

Señaló que quedó demostrado que en muchas oportunidades María de Jesús Olmos, luego de la orden de tutela de reintegro, se presentó a su sitio de trabajo a laborar en las instalaciones de la demandada, pero por orden del representante legal del Conjunto se lo impidieron y ante el no cumplimiento al fallo constitucional hubo la necesidad de presentar un proceso ordinario, situación que conllevó a agudizar las patologías mentales de la trabajadora. Luego del reintegro, la trabajadora no recibió inducción, capacitación ni información en promoción, prevención y control de la salud para protegerla de los factores de riesgo ocupacionales a que estaría expuesta relacionados con el trabajo de servicios generales, incluso las recomendaciones mentales y osteomusculares no se cumplieron, como se señaló en la renuncia motivada, carga de la prueba que le correspondía a la demandada; y que el empleador sabía de las condiciones médicas de su trabajadora, los diferentes dictámenes y las recomendaciones, los cuales no se tuvieron en cuenta (*min.49:28, archivo "09Continuacionaudienciaarticulo80"*)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado actor reiteró los argumentos expuestos en la alzada para obtener la revocatoria de la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si las enfermedades laborales diagnósticas a la demandante denominadas trastorno mixto de ansiedad y depresión y otros problemas de tensión física o mental relacionadas con el trabajo (acoso laboral), fueron ocasionadas por culpa del empleador; en tal caso, la procedencia de la indemnización plena de perjuicios, indemnización por despido indirecto y pago de 180 días de salario según artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** se vinculó laboralmente con **PARQUE RESIDENCIAL SURBANA III ETAPA**, a partir del 17 de febrero de 2011, por medio de un contrato de trabajo a término fijo, para desempeñar el cargo de oficios varios (*pág. 36 a 37, archivo “01Expedientedigitalizado”*); **ii)** el 5 de enero de 2012, la demandante sufrió accidente de trabajo (*pág. 42 a 43, archivo 01Expedientedigitalizado”*); **iii)** el 16 de enero de 2013, la demandada le notificó a la trabajadora la no renovación del contrato de trabajo (*pág. 44, archivo “01Expedientedigitalizado”*); **iv)** con ocasión de esa decisión **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** presentó acción de tutela y en sentencia del 19 de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Cincuenta y Uno (51) Penal Municipal con Función de Control de Garantías se ordenó su reintegro al cargo de manera transitoria (*pág. 45 a 63, archivo “01Expedientedigitalizado”*), decisión confirmada por el Juzgado Treinta y Tres (33) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá en sentencia del 16 de mayo de 2013 (*pág. 67 a 85, archivo “01Expedientedigitalizado”*); **v)** la demandante presentó proceso ordinario para obtener el reintegro de forma definitiva, asunto que conoció el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el radicado 2013-00494, quien en providencia del 25 de noviembre de 2015 mantuvo a la actora en el cargo y ordenó el pago de salarios, prestaciones sociales y la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sentencia que fue modificada por esta Corporación el 10 de febrero de 2016 (*pág. 370 a 386, archivo “01Expedientedigitalizado”*); **vi)** a **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** le concedieron incapacidades médicas prolongadas y discontinuas entre el 30 de enero de 2012 al 12 de mayo de 2016 (*pág. 435 a 438, archivo “01Expedientedigitalizado”*); **vii)** y en comunicación del 18 de abril de 2016, la trabajadora presentó renuncia motivada al cargo (*pág. 391 a 392, archivo 01Expedientedigitalizado.pdf*),

- Sobre la responsabilidad por culpa del empleador

El artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo consagró la obligación del empleador de brindar protección y seguridad a sus trabajadores. El artículo 57 ibidem obliga a todo empleador a poner a

disposición de sus trabajadores los instrumentos adecuados para realizar las labores y procurarles locales apropiados y elementos adecuados de protección contra accidentes y enfermedades profesionales, para así garantizar razonablemente la seguridad y salud de los trabajadores.

Estas obligaciones concuerdan con el artículo 348 del Código Sustantivo del Trabajo, al disponer que todo empleador y empresa deben suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de sus trabajadores, y practicar exámenes médicos y adoptar medidas de higiene y seguridad indispensables para proteger la vida, salud y moralidad de sus trabajadores.

Así, por mandato legal, el empleador debe garantizar y procurar la seguridad y salud de sus trabajadores, por lo que el artículo 216 de la norma sustantiva laboral señala que, de existir culpa probada del empleador, en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional de su trabajador, será entonces el empleador obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Sobre la naturaleza y alcance de la precitada responsabilidad por “culpa patronal”, la H. CSJ diferencia la responsabilidad objetiva de las ARL de reconocer las prestaciones del Sistema de Riesgos Laborales, de la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios, consagrada en el artículo 216 del CST, por la cual el empleador debe resarcir, de forma plena e integral, todos los perjuicios sufridos por el trabajador por la materialización de un riesgo laboral, siempre y cuando medie culpa del empleador, suficientemente probada, en la ocurrencia del daño, sentencias SL Rad 39.446 del 14 de agosto de 2012, SL6497-2015, SL16792 de 2015, entre otras.

La misma Corporación ha señalado que la responsabilidad por culpa patronal surge solo si se acredita: i) la culpa leve del empleador o, en casos excepcionales, su culpa grave ante casos de riesgo excepcional, por negligencia, imprudencia o impericia, en la materialización de los riesgos genéricos y específicos que dan lugar al accidente de trabajo o enfermedad profesional; ii) el daño cierto, cuantificable y antijurídico del trabajador, generado por causa o con ocasión del trabajo; iii) el nexo de

causalidad entre el daño y la culpa probada del empleador. En las sentencias SL6497 de 2015, SL4794-2018, SL1361-2019, entre otras, se reiteraron esos requisitos.

Respecto la carga de la prueba, la H. CSJ señala que corresponde al demandante acreditar la culpa del empleador por incumplir la obligación de protección y cuidado de sus trabajadores, mientras que el demandado tiene la carga de demostrar el cumplimiento diligente y cuidadoso de dicha obligación para exonerarse de responsabilidad, conforme los artículos 1604 y 1757 CC y 167 CGP. La precitada regla jurisprudencial ha sido reiterada en providencias SL14420-2014, SL4913 de 2018, SL261 de 2019, SL2845 de 2019, SL2336 de 2020, SL5154 de 2020, entre otras.

Además, sostiene la Corte, cuando el demandante alega que la culpa del empleador se deriva de su negligencia, y concreta las omisiones que conllevaron a dicho incumplimiento y, además, prueba el nexo causal entre ese incumplimiento y el daño, se traslada al demandado la carga de demostrar que adoptó medidas pertinentes para proteger la salud y la integridad del trabajador, caso en el cual no podrá ser declarado culpable de cara al accidente o enfermedad profesional (CSJ SL1897-2021, SL2594-2021 y SL5300-2021, entre otras).

Así, con apoyo en los precedentes reseñados, el sólo incumplimiento en la diligencia del cuidado ordinario o mediano genera la responsabilidad del empleador y su obligación de indemnizar los perjuicios acaecidos al trabajador.

CASO CONCRETO

La parte de demandante se duele que el juzgado de instancia no hizo un adecuado análisis del acervo probatorio puesto a su juicio la demandada no cumplió con las recomendaciones médicas realizadas, las enfermedades laborales fueron producto del accidente laboral, dado que a partir de allí y las constantes incapacidades médicas recibió acoso laboral consistente en malos tratos que afectaron gravemente la salud psicológica y emocional, derivado también de la demora en el

cumplimiento de la orden de reintegro, que obligó a la presentación de la acción ordinaria laboral y, posteriormente, la renuncia motivada. Además, que el empleador sabía de las condiciones médicas de su trabajadora, los diferentes dictámenes y las recomendaciones, los cuales no se tuvieron en cuenta, teniendo la demandada la carga de la prueba de demostrar las acciones implementadas para contrarrestar los factores de riesgo a los que fue sometida la accionante y así evitar el empeoramiento de las sus patologías mentales.

Previo a resolver cada uno de los cuestionamientos realizados a la decisión adoptada por el *a quo*, es necesario determinar la fecha en que **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** se reintegró a su cargo con ocasión del amparo concedido a través de acción de tutela y las sentencias del proceso ordinario 09-2013-00494-01 que mantuvieron dicho reintegro de forma definitiva, puesto que es un extremo relevante para efectos de determinar el presunto incumplimiento de las obligaciones laborales que se le imputan al empleador.

En el expediente se demostró que **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** se vinculó laboralmente con **PARQUE RESIDENCIAL SURBANA III ETAPA**, a partir del 17 de febrero de 2011, por medio de un contrato de trabajo a término fijo, para desempeñar el cargo de oficios varios (*pág. 36 a 37, archivo “01Expedientedigitalizado”*); el 16 de enero de 2013, la demandada le notificó a la trabajadora la no renovación del contrato de trabajo, es decir, que laboró hasta el 16 de febrero de 2013 (*pág. 44, archivo “01Expedientedigitalizado”*). Y aunque la demandante obtuvo reintegro con ocasión de una acción de tutela, no hay certeza de la fecha en que este se materializó.

Tan sólo en la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación el 10 de febrero de 2016, en el proceso ordinario con radicado 09-2013-00494-01, se advirtió que el reintegro con ocasión de la acción de tutela se formalizó el 10 de marzo de 2015 (*pág. 370 a 386, archivo “01Expedientedigitalizado”*). Sin embargo, para esa fecha la demandante se encontraba con incapacidad médica por el diagnóstico

*F412 trastorno mixto de ansiedad y depresión*¹, vigente desde el 05 de febrero de 2015 al 29 de abril de 2015. También hay constancia de que desde el 1° de noviembre de 2013 al 19 de febrero de 2016 la accionante presentó incapacidades de forma continua e ininterrumpida, salvo el día 26 de diciembre de 2015, lo que le impedía asumir nuevamente el rol como trabajadora a favor del **PARQUE RESIDENCIAL**.

Ahora, la parte demandada allegó con la contestación comprobante de egreso 4299 del 02 de marzo de 2016, donde le liquidaron a la trabajadora días laborados desde el 20 de febrero de 2016, circunstancia que se armoniza con la anotación en la minuta de ingreso al Conjunto donde se dejó constancia que **MARÍA DE JESÚS OLMOS** laboró el 20 de febrero de 2016 de 9:30 a 11:30 am (*pág. 528 y 537, archivo, 01Expedientedigitalizado*) por lo que para todos los efectos se tendrá esta fecha como de reintegro laboral.

Precisado lo anterior, se advierte que en el proceso se encuentra acreditado que, desde el 23 de febrero de 2010, esto es, antes de la vinculación laboral con la demandada, **MARIA DE JESUS OLMOS VARON** viene presentando incapacidades relacionadas con el diagnóstico M545, que corresponde a *lumbago no especificado* (pág. 435, archivo “01Expedientedigitalizado”, inicialmente de tres días hasta el 25 de febrero siguiente, luego el 12 y 13 de octubre de 2011. Posteriormente, el 05 de enero de 2012, **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** sufrió un presunto accidente de trabajo, reportado de forma extemporánea a la ARL el 29 de febrero de 2012 (*pág. 42 a 43, archivo 01Expedientedigitalizado*).

Entre el referido accidente hasta la fecha inicial de la terminación del contrato de trabajo, 16 de febrero de 2013, la demandante estuvo incapacitada por el diagnóstico M545 desde el 30 de enero de 2012 al 03 de octubre de 2012, de forma interrumpida; a partir del 04 de octubre de 2012 fue incapacitada por los diagnósticos de M513 (OTRAS DEGENERACIONES ESPECIFICADAS DE DISCO INTERVERTEBRAL), M545, M544 (LUMBAGO CON CIATICA), M541 (RADICOLOPATIA) y K591 (DIARREA FUNCIONAL), estando incapacitada para la fecha de

¹ Según la Tabla de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud.

terminación de la relación laboral, 16 de febrero de 2013, por el diagnóstico de M541 (RADICOLOPATIA) (pág. 435 a 438, archivo “01Expedientedigitalizado”). A continuación, se relacionan las fechas y días de incapacidad concedidas a la accionante desde el año 2012:

Tabla 1 Relación de incapacidades otorgadas a **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** desde el año 2012

Diagnóstico	Desde	Hasta	Días de incapacidad
M545	2/02/2012	3/02/2012	2
M545	7/02/2012	8/02/2012	2
M545	20/02/2012	24/02/2012	5
M545	22/03/2012	23/03/2012	2
M545	26/03/2012	31/03/2012	6
M545	3/04/2012	5/04/2012	3
M545	9/04/2012	14/04/2012	6
M545	16/04/2012	25/04/2012	40
M545	28/05/2012	2/06/2012	6
M545	4/06/2012	15/06/2012	12
M545	19/06/2012	22/06/2012	4
M545	26/06/2012	28/07/2012	33
M545	31/07/2012	4/08/2012	5
M545	8/08/2012	12/08/2012	5
M545	14/08/2012	28/08/2012	15
M545	31/08/2012	3/10/2012	34
M513	4/10/2012	25/10/2012	22
M545	26/10/2012	2/11/2012	8
M544	8/11/2012	11/11/2012	4
M541	22/11/2012	6/12/2012	15
K591	7/12/2012	21/12/2012	15
M541	22/12/2012	5/01/2013	15
M541	8/01/2013	1/03/2013	53
JOOX	2/03/2013	15/03/2013	14
M541	20/03/2013	3/04/2013	15
M545	13/04/2013	17/04/2013	5
F412	18/04/2013	5/05/2013	18
M545	6/05/2013	11/05/2013	6
M541	16/05/2013	14/06/2013	30
F412	15/06/2013	29/06/2013	15
F412	5/07/2013	19/07/2013	15
R522	29/09/2013	26/10/2013	30
M544/545	1/11/2013	4/02/2015	461
F412	5/02/2015	29/04/2015	84
M518	30/04/2015	25/12/2015	240
R522	27/12/2015	29/12/2015	3
M518/545	30/12/2015	19/02/2016	52
M518/542	29/02/2016	21/03/2016	22

Diagnóstico	Desde	Hasta	Días de incapacidad
M518	31/03/2016	9/04/2016	10
M549	11/04/2016	15/04/2016	5
M518	3/05/2016	12/05/2016	10

Ahora, mediante dictamen del 21 de septiembre de 2016, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, al resolver un recurso de apelación presentado por la parte actora, definió el diagnóstico M518 *Otros trastornos especificados de los discos intervertebrales* como de origen común con una PCL del 23.80% con fecha de estructuración 22 de febrero de 2016 (pág. 308 a 339, archivo “01Expedientedigitalizado”).

Por otra parte, al revisar la historia clínica se tiene que, en valoración por la especialidad de Neurociencia, el 26 de junio de 2012, se informó que la demandante “*HA TENIDO PROBLEMAS LABORALES, NO LA DEJAN TRABAJAR, ESTA DESESPERADA, NO VE NINGUNA SOLUCION, TIENE TERROR PORQUE LA QUIEREN VOTAR DEL TRABAJO*”, igual anotación se realizó en consulta del 4 de septiembre de 2012 y 29 de enero de 2013 (“pág. 137, 140 y 147, archivo “01Expedientedigitalizado”); posteriormente en atención por medicina general, el 03 de octubre de 2012, le diagnostican *F412 trastorno mixto de ansiedad y depresión* (pág. 142 y 143, archivo “01Expedientedigitalizado”) y se ordenó remisión a psicología.

A su vez, en valoración del 13 de febrero de 2013 la paciente refiere depresión, causada por insomnio y desinterés asociado a conflictos familiares y laborales, por lo que es remitida a control por psiquiatría (pág. 149 y 150, archivo “01Expedientedigitalizado”). En consulta de primera vez por la especialidad de psiquiatría, el 16 de febrero de 2013, misma fecha en que se terminó su contrato de trabajo, se manifiesta que la demandante “*presentó accidente laboral en el 2012 posterior a esto empezó a presentar limitaciones físicas para sus actividades laborales lo que le genero una persecución laboral según dice y se está generando síntomas depresivos de 3 meses de evolución, asociado a insomnio y bajo apetito*” (pág. 151 y 152, archivo “01Expedientedigitalizado”). Posteriormente, desde el 12 de abril de 2013 al 23 de mayo de 2014 hay referencia de ingreso por urgencias por el diagnóstico de trastorno mixto de ansiedad y depresión, controles de seguimiento y evolución de las

enfermedades que aquejan a la actora y resumen de comentarios expuestos por la paciente sobre maltrato recibidos por funcionarios de la empresa y dificultades a nivel laboral (pág. 153 a 254, archivo “01Expedientedigitalizado”).

En dictamen emitido por EPS Famisanar, el 28 de noviembre de 2014, se calificaron las patologías de *trastorno mixto de ansiedad y depresión y otros problemas de tensión física o mental relacionadas con el trabajo (acoso laboral)* como de origen laboral. En el resumen de historia clínica se precisó que “*Paciente refiere síntomas depresivos y ansiosos de aproximadamente 2 años de evolución en control psiquiatría, manifiesta ansiedad, angustia, insomnio secundarios a conflicto laboral en su sitio de trabajo*”, motivo por el cual concluyeron que “*Las consideraciones del especialista en psiquiatría laboral son claras, específicas y concluyentes para determinar que el cuadro desarrollado por la paciente corresponde a acoso laboral; con los conceptos de otros especialistas psiquiatras con presencia de síntomas mixtos depresivos y psicosomáticos que estructuran el trastorno mixto de ansiedad y depresión*” y emitieron las correspondientes recomendaciones laborales (pág. 296 a 300, archivo “01Expedientedigitalizado”), sin que obre en el plenario prueba que ese dictamen y las recomendaciones médicas hayan sido notificadas al empleador en vigencia de la relación laboral.

Positiva Compañía de Seguros, en dictamen del 13 de enero de 2015, estuvo de acuerdo con la calificación en primera oportunidad realizada por la EPS el 28 de noviembre de 2014, al advertir que la paciente cuenta “*con sintomatología que inicia desde hace aproximadamente 2 años consistente en síntomas depresivos y ansiosos en control con psiquiatría, manifiesta angustia, insomnio secundario a conflicto laboral en su sitio de trabajo. paciente sin antecedentes patológicos personales ni familiares que se pudieran relacionar con el desencadenamiento de la patología motivo de calificación. Con conflictos laborales como único factor relacionado con esta enfermedad evidente en la historia clínica. por lo tanto, se determina que cumple con los criterios de enfermedad profesional ley 1562 de 2012 artículo 4*” (pág. 301 a 304, archivo “01Expedientedigitalizado”). Tampoco se demostró la notificación de este dictamen al empleador.

Y mediante dictamen del 07 de abril de 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca estableció como PCL de la demandante por los diagnósticos denominados *problemas relacionados con horario estresante de trabajo y trastorno mixto de ansiedad y depresión*, el 20,40%, con fecha de estructuración del 13 de enero de 2017, tomando como referencia la última valoración por psiquiatría (pág. 330 a 335, archivo “01Expedientedigitalizado”).

Frente a recomendaciones médico-laborales, se encuentran las siguientes:

1. 22 de mayo de 2012, expedida por EPS Famisanar con ocasión del diagnóstico *Discopatía lumbar con radiculopatía* (pág. 307 y 488, archivo “01Expedientedigitalizado”), conocida oportunamente por el empleador según contestación de la demanda.
2. 17 de febrero de 2014, expedida por EPS Famisanar con ocasión del diagnóstico de *trastornos de adopción* para aplicarlas tanto en ambiente laboral como extralaboral (pág. 295, archivo “01Expedientedigitalizado”), conocida oportunamente por el empleador según contestación de la demanda, pero para esa fecha la accionante se encontraba incapacitada, condición médica que perduró hasta el 19 de febrero de 2016.
3. 19 de febrero de 2016, expedida por ARL Positiva sobre recomendaciones laborales a cumplir por la empresa para prevenir el agravamiento del estado de salud de la trabajadora y favorecer su rehabilitación (pág. 305, 306, 547 y 548, archivo “01Expedientedigitalizado”), notificada oportunamente al Conjunto demandado.

Un análisis de estas pruebas, en conjunto con los demás medios de persuasión adosados al expediente, permite evidenciar que si bien no hay duda en las enfermedades laborales diagnosticadas a **MARIA DE JESUS OLMIS VARON**, como se corrobora con los dictámenes periciales, dicha parte no probó que las enfermedades denominadas trastorno mixto de ansiedad y depresión y otros problemas de tensión física o mental relacionadas con el trabajo (acoso laboral), sean derivadas de culpa

patronal, en los términos establecidos en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo.

Nótese que la parte actora edificó la culpa patronal principalmente sobre conductas de acoso laboral que presuntamente se generaron con motivo de las incapacidades sufridas por la trabajadora y su condición de salud, en especial a partir del presunto accidente de trabajo que sufrió en enero de 2012, así se relató en la demanda y también lo comentó la accionante en los diferentes controles médicos, lo que derivó que a la luz de la literalidad médica las referidas patologías correspondan a riesgos de índole laboral.

Sin embargo, en el presente juicio el acoso laboral no está demostrado, advirtiéndose que la calificación de las conductas que tengan dicha condición, no es posible determinarla a través del presente proceso ordinario, sino que por expresa disposición legal es una actuación propia de la acción especial sumarial prevista en la Ley 1010 de 2006, donde el Juez debe verificar la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento, aspecto que la parte actora no probó haber instaurado previamente. Luego, si no se acreditó que **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** fue objeto de alguna conducta persistente y demostrable, ejercida por su jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, compañeros de trabajo y en general en su ámbito laboral, encaminada a infundirle miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo (art. 2° Ley 1010 de 2006), se desvirtúa la existencia de esta causal como generadora de la culpa y releva a la Sala de revisar los informes del consejo de administración y las comunicaciones de la administradora del Conjunto (pág. 338 a 345, *archivo "01Expedientedigitalizado"*), alegados como mal valorados en la alzada.

Ahora, sobre las omisiones del **PARQUE RESIDENCIAL SURBANA III ETAPA** como causante de la enfermedad laboral, es pertinente señalar que según el primer dictamen que calificó las dolencias de la demandante como laborales, de fecha 28 de noviembre de 2014 (pág. 296 a 300, *archivo "01Expedientedigitalizado"*), los síntomas depresivos y ansiosos se remontan dos años atrás, esto es, desde el 2012. El 26 de junio de

2012 la demandante en consulta por Neurociencia manifestó los primeros síntomas relacionados con los presuntos problemas laborales que se estaban presentando (pág. 137, archivo “01Expedientedigitalizado”). Desde esa fecha hasta la terminación inicial del contrato, 16 de febrero de 2013, no hay ninguna prueba que demuestre que el empleador o sus delegados le impidieron trabajar y que desde ese entonces la demandada tenía la intención de terminarle el contrato de trabajo.

Además, de acuerdo con la tabla 1 de resumen de incapacidades, del 26 de junio de 2012 al 16 de febrero de 2013, la accionante estuvo incapacitada 210 días de un total de 231 días calendario correspondiente a este periodo, es decir, estuvo cesante durante el 91% de los días, por lo que resultaba relevante que dicha parte acreditara la forma en que se desarrolló la relación laboral durante ese tiempo, para determinar las reales condiciones de la prestación del servicio, circunstancia que no cumplió.

Y aunque a partir del 03 de octubre de 2012, le diagnosticaron a la trabajadora *trastorno mixto de ansiedad y depresión* (pág. 142 y 143, archivo “01Expedientedigitalizado”) y se ordenó remisión a psicología, no hay certeza de que se hayan dado recomendaciones médicas por esa patología y que las mismas hayan sido puestas en conocimiento del empleador, contrario a lo afirmado por **MARÍA DE JESÚS OLMOS VARÓN** en el interrogatorio (min. 7:10, archivo “07AudienciaJuzgamiento”).

De suerte que, para la fecha en que la demandada optó por no prorrogar el contrato de trabajo, 16 de febrero de 2013, no tenía conocimiento de la real condición médica de la trabajadora, más allá de la información contenida en las respectivas incapacidades. Por otro lado, entre esa fecha hasta el día en que se materializó el reintegro, 20 de febrero de 2016, la demandante no laboró al servicio del Conjunto residencial y por tanto no se le puede exigir al empleador el cumplimiento de las recomendaciones médicas otorgadas por EPS Famisanar el 17 de febrero de 2014 con ocasión del diagnóstico de *trastornos de adopción*, al

no poder aplicarlas en el ambiente laboral ante la no reincorporación de la trabajadora.

La única recomendación vigente para fecha en que se produjo el reintegro fue la expedida el 19 de febrero de 2016 por parte de la ARL Positiva para prevenir el agravamiento del estado de salud de la trabajadora y favorecer su rehabilitación (pág. 305, 306, 547 y 548, archivo “01Expedientedigitalizado”), por lo que en este caso el empleador debió cumplir a cabalidad cada una de las indicaciones señaladas en el referido escrito. No obstante, entre el 19 de febrero de 2016 hasta el 18 de abril de 2016, cuando se presentó renuncia motivada, **MARÍA DE JESÚS OLMOS** estuvo 37 días en incapacidad.

Por lo restantes días, la parte demandada allegó relación que da cuenta de la situación ocurrida durante este periodo, documento que se adosó a una solicitud que radicó el Parque Residencial ante el Ministerio de Trabajo el 26 de abril de 2016, para desvirtuar la renuncia motivada (pág. 521 y 522, archivo “01Expedientedigitalizado”). En esa comunicación se menciona que los sábados y domingos la accionante no laboró en cumplimiento de la recomendación de la ARL; y tan sólo laboró los días 28, 29 y 30 de marzo de 2016, dado que los demás días se le concedieron permisos para radicar incapacidades y asistir a controles médicos.

En otro orden, aunque se reitera que desde el 1° de noviembre de 2013 al 19 de febrero de 2016, la accionante presentó incapacidades de forma continua e ininterrumpida, no hay forma de establecer, ante la falencia probatoria, que la demora del empleador en dar cumplimiento a la orden de reintegro, haya desencadenado y agravado el estado de salud de la trabajadora, sin desconocer que entre el 16 de febrero de 2013, fecha de terminación del contrato al 1° de noviembre de 2013, cuando se concedieron incapacidades sucesivas, la demandante presentó 164 días de incapacidad, lo que también pudo interferir en el acatamiento de la acción constitucional.

Bajo ese escenario, no le asiste razón a la recurrente, en la medida en que no hay forma de establecer las omisiones del empleador, la

relación de causalidad entre el presunto incumplimiento y la aparición de las enfermedades laborales, la falta de elementos de protección, de medidas preventivas y de protección y un actuar negligente de la demandada para precaver o evitar poner en riesgo la salud e integridad de la demandante, por lo que no es posible declarar culpable al **PARQUE RESIDENCIAL SURBANA III ETAPA** de las referidas patologías, motivo suficiente para confirmar la sentencia en este aspecto.

También se confirmará la decisión absolutoria por despido indirecto, pues del estudio realizado no se vislumbran las causales que se alegaron en el escrito del 18 de abril de 2016 (*pág. 391 y 392, archivo "01Expedientedigitalizado"*), en especial, porque luego del reintegro, se observa que se respetaron los días sábados y domingos como no laborales, se le concedieron los permisos para asistir a los controles médicos, no se acreditó que la trabajadora desempeñara la función en horas extras y turnos nocturnos en los tres días laborados luego del reintegro y tampoco que se incrementaran sus funciones. Y aunque no se aportó el examen médico de reingreso y la valoración médica ocupacional, para ese momento estaba vigente la recomendación médica de la ARL que daba cuenta de la capacidad laboral de la trabajadora y las restricciones a cumplir en la prestación del servicio, lo que descarta los argumentos esbozados en la renuncia.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la indemnización por despido indirecto opera cuando el trabajador acredita dentro del proceso que presentó renuncia al empleador, señalando los hechos que dan lugar a la misma y exponiendo las razones o justas causas por las cuales considera que esta determinación es imputable al empleador, y prueba efectivamente su ocurrencia. (Sentencia radicado 44155 del 26 de junio de 2012 y SL1082-2020), presupuestos que no se cumplieron en este asunto.

Y tampoco procede la indemnización de 180 días prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 dado que la terminación del contrato provino de la misma demandante y no por decisión del empleador.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 27-2020-00017-02

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia 05 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** de todas las pretensiones (*min.26:09, archivo “24Audienciaarticulo80”*)

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JOSE RAFAEL JIMÉNEZ FERRUCHO (q.e.p.d.) llamó a juicio a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se deje sin efecto el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL el 06 de junio de 2018, se declare que tiene una PCL del 50% de origen común y que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común y, en consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** al pago de la prestación pensional, junto con el correspondiente retroactivo.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 18 de julio de 1961, se encuentra afiliado a Colpensiones, padece de cervicalgia por discopatía, lumbalgia, radiculopatía, síndrome post-lamicentomía, enfermedad cardiovascular hipertensiva, trastornos adaptativos, diabetes *mellitus* y apnea del sueño, por lo que **COLPENSIONES** lo calificó con una PCL del 32,07% por las patologías de enfermedad cardiovascular hipertensiva y deficiencia de la columna lumbar; recurrido el dictamen, la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó como PCL 46.60%, decisión confirmada por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, entidad que no calificó las enfermedades de diabetes *mellitus*, apnea del sueño, trastornos adaptativos; que sufre de pérdida de concentración, dolor crónico, cambios de personalidad, apnea de sueño y debilidad muscular y se encuentra incapacitado desde el 02 de marzo de 2015 (pág. 6 a 11, archivo 01Expedientedigitalizado”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento y la edad del demandante, la afiliación al fondo de pensiones y las calificaciones realizadas, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban, y formuló como excepciones *legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez*; la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad; improcedencia del *petitum* ante la inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen: carga de la prueba a cargo del contradictor; improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez - competencia del juez laboral, buena fe de la parte demandada y la genérica (pág. 01 a 23, archivo 04Contestacionjuntanacionalcalificacion”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento y la edad del demandante, la afiliación, el dictamen

realizado por esa entidad y el recurso presentado por el actor, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban, formuló como excepción previa de la excepción de *falta de competencia - reclamación administrativa*, y como de mérito las excepciones de *inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones*; carencia de causa para demandar; cobro de lo no debido; buena fe de Colpensiones; presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 01 a 15, archivo 06Contestaciondemanda”).

En audiencia celebrada el 11 de mayo de 2021 se declaró probada la excepción previa de falta de jurisdicción y/o competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa y se terminó el proceso respecto de **COLPENSIONES** (archivo “12Audienciaarticulo77mayo11”), decisión confirmada por esta Corporación en providencia del 29 de octubre de 2021 (pág. 13 a 20, archivo “01Expedientedigitalizado”, carpeta “01Apelacionauto”).

El 29 de marzo de 2021, se produjo el fallecimiento del demandante (archivo “15RegistroDefuncion”), motivo por el cual en audiencia del 06 de marzo de 2023 se declaró la sucesión procesal con la compañera permanente Flor Emilda Fonseca Rodríguez (archivo “17AudienciaDeclaraSucesionProcesal”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.26:09, archivo “24Audienciaarticulo80”)

El 05 de julio de 2023, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por el señor JOSE RAFAEL JIMENEZ FERRUCHO y ABSOLVER de las mismas a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de legalidad de la calificación expedida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la JUNTA NACIONAL exime de responsabilidad a la entidad e*

*improcedencia del petitum ante la inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen: carga de la prueba a cargo del contradictor, formuladas por la demandada. **TERCERO: NO CONDENAR** en costas al demandante atendiendo al amparo de pobreza que se le concedió. (...).*

Como sustento de la decisión la Juez indicó que de conformidad con las pruebas aportadas no se puede colegir una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y tanto la Junta Regional de Invalidez como la Junta Nacional emitieron el dictamen conforme con la historia clínica y las patologías presentadas por el demandante. Además, que el dictamen aportado con la demanda no fue decretado como prueba.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de las partes.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es procedente la modificación del dictamen emitido por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** del 06 de junio de 2018 que determinó a **JOSE RAFAEL JIMÉNEZ FERRUCHO** (q.e.p.d.) una PCL del 46,60%, con fecha de estructuración 02 de agosto de 2017, conforme

con los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) COLPENSIONES** mediante dictamen del 05 de abril de 2017, le calificó a **JOSE RAFAEL JIMÉNEZ FERRUCHO** (q.e.p.d.) las patologías de lumbago no especificado e hipertensión esencial (primaria) como de origen común, con una PCL de 32,07% y fecha de estructuración 08 de marzo de 2017 (*pág. 14 a 17, archivo “01Expedientedigitalizado”*); **ii)** la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en dictamen del 13 de octubre de 2017, al revisar la calificación de primera oportunidad, le determinó al afiliado una PCL de 46,60%, de origen común y fecha de estructuración 02 de agosto de 2017 (*pág. 18 a 23, archivo “01Expedientedigitalizado”*); **iii)** recurrida dicha decisión por el interesado (*pág. 48 y 49, archivo “04Contestacionjuntanacionalcalificacion”*), la misma fue confirmada en segunda instancia por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** en dictamen del 06 de junio de 2018 (*pág. 169 a 176, archivo “04Contestacionjuntanacionalcalificacion”*).

- **Relevancia constitucional de la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional.**

El artículo 48 constitucional, consagró la seguridad social como un derecho irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano. Para materializar lo anterior, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual incorpora el Sistema General de Pensiones y el Sistema de Riesgos Laborales, que consagran prestaciones asistenciales y económicas ante la pérdida de capacidad laboral y ocupacional del afiliado.

La calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional permite establecer si una persona tiene el derecho a las prestaciones

del Sistema General de Pensiones o del Sistema de Riesgos Laborales, al definir el porcentaje de afectación en sus habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social necesarias para desarrollar una actividad productiva y las actividades de la vida cotidiana y ocupacional, el origen de las mismas y la fecha de estructuración de tal pérdida.

Por su importancia, el trámite de calificación de pérdida laboral y ocupacional está regulado normativamente. El artículo 250 de la Ley 100 de 1993, dispone que sus reglas y procedimientos son iguales sin consideración del origen del padecimiento; a su vez, el artículo 41 *ibidem* consagra el trámite de calificación, en primera oportunidad y en doble instancia, define las entidades responsables de llevarlas a cabo y los medios de defensa judicial para resolver las controversias que surjan.

La H. Corte Constitucional, en la sentencia T-876 de 2013, reconoció el derecho de toda persona a la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, por ser ésta el medio para establecer a qué tipo de prestaciones puede acceder el afiliado como resultado de la enfermedad o accidente generado por su actividad laboral productiva o por causas comunes, por lo que la vulneración del derecho a la calificación compromete la efectividad de otros derechos, como lo son la seguridad social, derecho a la vida digna y al mínimo vital, los cuales se trasgreden si: *i)* se niega el derecho a la valoración; *ii)* se incurre en una dilación injustificada de la misma; *iii)* no se observan los preceptos legales que regulan la valoración de la pérdida de la capacidad laboral.

En la sentencia T-427 de 2018 la Alta Corte reafirmó el derecho a la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional y que todo acto tendiente a dilatar o negar injustificadamente su realización es contrario a la Constitución. Por su parte, en la sentencia T-257 de 2019 se indicó que el derecho a la calificación impone el respeto

estricto de las condiciones normativas que regulan dicho trámite, so pena de afectar el derecho fundamental al debido proceso.

Por su parte, en la sentencia C-425 de 2005, se declaró inexecutable el Parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, por permitir que un individuo materialmente inválido no lo fuera formalmente pese a sufrir un grado de incapacidad igual o mayor al 50% siendo privado de su derecho a la seguridad social. A su vez, en la sentencia T-518 de 2011, estableció que la determinación de la situación de invalidez implica la sumatoria de patologías tanto de origen común como de origen laboral, en los siguientes términos:

“..Aunque en la Sentencia C-425 de 2005 la Corte no hizo un pronunciamiento expreso sobre el particular, es claro que cuando, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, una persona que tenía una pérdida de capacidad laboral preexistente, de cualquier origen, llega a un porcentaje superior al 50% de pérdida de la capacidad laboral, debe asumirse que se trata de un evento de origen profesional, y, por consiguiente, la fecha de estructuración debe fijarse a partir de los componentes profesionales de la discapacidad, y el régimen de la invalidez es el propio del sistema general de riesgos profesionales.

Cuando ocurre el fenómeno contrario, esto es, cuando como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, una persona sufre una pérdida permanente de capacidad laboral inferior al 50% y luego, por factores de origen común ajenos a los factores profesionales ya calificados, ese porcentaje asciende a más del 50%, la fecha de estructuración debe fijarse a partir de la que genera en el individuo una pérdida de su capacidad laboral en forma permanente y definitiva y, en este caso, el régimen aplicable será el común.

De este modo se tiene que, cuando sea preciso calificar la pérdida de capacidad laboral de una persona, las entidades competentes deberán, en todo caso, proceder a hacer una valoración integral, que comprenda tanto los factores de origen común como los de índole profesional.

Cuando concurren eventos de una y otra naturaleza -común y profesional- en la determinación de la pérdida de capacidad laboral que conduzca a una pensión de invalidez, para establecer el origen y la fecha de estructuración, se atenderá al factor que, cronológicamente, sea determinante de que la persona llegue al porcentaje de invalidez.

Cuando se trate de factores que se desarrollen simultáneamente, para determinar el origen y la fecha de estructuración se atenderá al factor de mayor peso porcentual...”

Posteriormente, la sentencia T-046 de 2019, concluyó que es razonable la valoración integral de todos los aspectos clínicos y laborales en la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional y la sentencia C-120 de 2020, estableció que la reglamentación para fijar la pérdida de capacidad laboral, adoptada desde el Decreto Ley 692 de 1995 y actualmente consignada en el Decreto 1507 de 2014, acoge el principio de valoración integral. Recientemente, la sentencia T-250 de 2022 reiteró el derecho a la calificación de pérdida de capacidad laboral y afirmó que protege otros derechos fundamentales, siendo vulnerado por negarse la valoración, por negar la actualización o por la demora injustificada no imputable al sujeto interesado; a su vez, la inobservancia de los preceptos legales que regulan la valoración de la pérdida de capacidad laboral y la negativa de las entidades obligadas a realizar la valoración de la persona cuando su situación de salud lo requiere, trasgreden el derecho a la seguridad social y se erigen en obstáculos para el goce de las garantías fundamentales a la salud, la vida digna y el mínimo vital, al impedir determinar el origen de la afección y el nivel de alteración de la salud y de la pérdida de capacidad laboral del trabajador o del usuario del sistema, lo cual impiden conocer los derechos que eventualmente podría reclamar el afectado.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el estado de invalidez de un trabajador se puede establecer mediante la valoración científica de las Juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos

dictados por el Gobierno Nacional, pero no significa que los dictámenes sean intocables y únicos, pues en modo alguno dichos dictámenes tienen la virtud de resolver de manera definitiva las controversias surgidas en torno al grado de invalidez ni de producir efectos de cosa juzgada (SL3992-2019, SL2349 de 2021).

Igualmente, la misma Corporación ha advertido que para determinar la condición de invalidez de una persona, pueden coexistir 3 tipos de solicitudes de calificación que surten un mismo procedimiento -*calificación en primera oportunidad y calificaciones de instancia*-, respecto de las cuales varía su denominación, así: (i) calificación inicial de pérdida de la capacidad laboral; (ii) revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la invalidez, y (iii) calificación integral de la invalidez. Por ello, dice la Corte, adoptando el criterio establecido por Corte Constitucional en la sentencia T-518 de 2011, que dada la evolución de las patologías, la aparición de nuevos diagnósticos de un mismo origen o de una génesis diversa, pueda no solo determinarse en forma inicial un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino también revisarse en el sistema de seguridad social o por vía judicial una calificación que ya está en firme o realizarse una *calificación integral* que incluya factores comunes y laborales, con el fin de dictaminar la situación material de invalidez de una persona, lo anterior, con las características propias que supone cada uno de estos trámites de calificación (SL526- 2012, SL1987-2019 y SL3008-2022).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio no existe controversia respecto de las patologías que le fueron calificadas al afiliado, su origen y fecha de estructuración. El debate radica en el porcentaje de pérdida de capacidad que le fue asignado dado que considera tener una invalidez superior al 50%.

Al respecto, basta precisar que le correspondía a dicha parte acreditar cada uno de los aspectos que, dice, viciaron el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 06 de junio de 2018, a modo de ejemplo, los documentos aportados en el trámite de calificación que no fueron valorados o que se hizo una valoración indebida o sin pronunciamiento frente a los aspectos planteados en los respectivos recursos, circunstancias que no se observan con claridad en este caso, pues la demanda se edificó sobre la no calificación de las deficiencias causadas por las patologías de diabetes *mellitus*, apnea de sueño, la dificultad frente a la comunicación, aprendizaje y aplicación del conocimiento por la patología de trastornos adaptativos (trastorno mixto de ansiedad y depresión), la dificultad de aprendizaje y aplicación del conocimiento y en general por su estado crónico de salud.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el dictamen cuestionado tuvo su origen en la calificación en primera oportunidad realizada por COLPENSIONES el 05 de abril de 2017, (pág. 14 a 17, archivo “01Expedientedigitalizado”), donde valoró las patologías de lumbago no especificado e hipertensión esencial (primaria) sufridas por el afiliado hoy fallecido como de origen común, con una PCL de 32,07% y fecha de estructuración 08 de marzo de 2017, y en la calificación que realizó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en dictamen del 13 de octubre de 2017 (pág. 18 a 23, archivo “01Expedientedigitalizado”), con ocasión del recurso impetrado por el demandante, donde se incrementó la PCL a 46,60% y se modificó la fecha de estructuración para establecerla el 02 de agosto de 2017 (pág. 17 a 23, archivo “01Expedientedigitalizado”). Luego, no era posible que las instancias posteriores incluyeran patologías no calificadas en primera oportunidad y menos aún realizar una valoración integral de todas las enfermedades que sufre el actor e incluir, aún, hechos nuevos que no fueron debatidos al interior del trámite de calificación previo, como la aparición de nuevas enfermedades.

El hecho de que existan dictámenes en firme no afecta las prestaciones asistenciales o económicas que se puedan derivar a favor del afiliado, pues de acuerdo con la jurisprudencia citada, estos no tienen la condición de generar efectos de cosa juzgada y, por ende, la pérdida de capacidad laboral puede ser revisada con posterioridad.

En este caso, al existir otras enfermedades que padecía el demandante, como la apnea de sueño que le fue diagnosticada el 1° de agosto de 2018 (*pág. 44 a 47, archivo “01Expedientedigitalizado”*) con posterioridad al dictamen que se cuestiona, el afiliado debió solicitar directamente la calificación integral en primera oportunidad para surtir el trámite correspondiente y permitir a todos los interesados su participación, situación que no aconteció en el presente asunto.

En gracia de discusión, si se revisa la calificación cuestionada (*pág. 169 a 176, archivo “04Contestacionjuntanacionalcalificacion”*), la **JUNTA NACIONAL** se pronunció sobre los aspectos controvertidos, la historia clínica y los exámenes diagnósticos incorporados al trámite administrativo, y manifestó las razones por las cuales se debía mantener el porcentaje asignado por la Junta Regional por los conceptos de deficiencia, rol laboral y otras áreas ocupacionales.

En conclusión, luego de revisar y analizar cada uno de los documentos aportados al plenario y decretados como prueba, la Sala no encuentra elemento persuasivo que conlleve a la nulidad o modificación del dictamen, en la medida en que ninguno de ellos tiene la fuerza suficiente para destruir las conclusiones médico-científicas a las que arribó el ente calificador y no existen criterios adicionales para incrementar el porcentaje, razón por la cual se confirmará la sentencia consultada.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

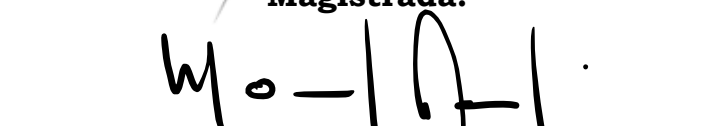
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 29-2023-00106-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por el apoderado de la **DEMANDANTE** y de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 07 de marzo de 2024 que declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual y reactivó la afiliación al RPM (min 51:25 archivo "18AudioAudienciaArticulos77y80CPT").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 18 archivo "01Demanda").**

NANCY LILIANA CASTRO MARTÍNEZ solicitó declarar la nulidad de su afiliación al RAIS, reactivar su afiliación en el RPM, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que cotizó al ISS desde noviembre de 1996, trasladándose al RAIS administrado por COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A** con la firma de un formulario de afiliación en mayo de 1999, afiliación que se llevó a cabo de manera engañosa, persuasiva, desinformada e incompleta, y posteriormente, en el año 2000 un asesor de **PORVENIR** se acercó a su lugar de trabajo y de la misma forma engañosa, persuasiva y desinformada trasladó de manera horizontal a la demandante, por lo que radicó derecho de petición ante

las demandadas solicitando la ineficacia del traslado, recibiendo en respuesta negativa.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó los hechos de la demanda relativos a la fusión entre las AFP COLMENA, SANTANDER, ING y **PROTECCIÓN**, la afiliación de la demandante al ISS, la vinculación laboral de la misma con el Hospital Universitario Clínica San Rafael y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, innominada o genérica. (pág. 3 a 25 archivo “09ContestacionColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó la fusión de COLMENA S.A a SANTANDER S.A luego a ING y luego esta con **PROTECCIÓN**, la afiliación de la demandante a COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, y el agotamiento de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de mérito, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a otras administradoras de fondos de pensiones. (pág. 3 a 40 archivo “10ContestacionProteccion”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la totalidad de las

pretensiones. Aceptó la afiliación a esa AFP y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación. (pág. 2 a 31 archivo “11ContestacionPorvenir”)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 42:22 archivo “18AudioAudienciaArticulos77y80CPT”).

El 07 de marzo de 2024 el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que hiciere la señora NANCY LILIANA CASTRO MARTINEZ identificada con C.C. N.40.387.941, ante la AFP COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. fecha de solicitud 08 de mayo de 1999 inició efectividad 01 de julio de 1999, por los motivos expuestos. En Consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante NANCY LILIANA CASTRO MARTINEZ, como cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. CUARTO: SIN CONDENA en costas. QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S. (..).”

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM efectuada al RAIS ante la AFP COLMENA, hoy administradora del fondo de pensiones y cesantías **PROTECCIÓN S.A.** con fecha de solicitud 08 de mayo de 1999, inicio de efectividad 01 de julio de 1999 y las pretensiones derivadas de tal declaratoria.

Para resolver, indicó que revisando las documentales que fueron aportadas por las demandadas, no hay duda del traslado de la demandante al RAIS, pues obra el formulario de afiliación y el historial de semanas cotizadas; sin embargo, no existe ninguna otra prueba que permita concluir que se cumplió con el deber de información en los términos dichos por la CSJ, recordando, que además del formulario de afiliación a COLMENA, fondo que no está presente porque por fusión en el año 2012 lo representa en este caso **PROTECCIÓN**, no existe ninguna otra prueba distinta, además **PROTECCIÓN** renunció al interrogatorio de parte, prueba que podría haber llevado a la confesión y, a través del interrogatorio de parte que formuló **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, no se logró confesión alguna respecto del cumplimiento del deber de información en cabeza de COLMENA, pues la demandante no confesó que se le hubiese brindado la información en los términos de la CSJ.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presenta recurso de apelación contra la condena proferida en contra de su representada, ya que la Entidad no tiene injerencia alguna en el trámite efectuado, debiéndose tener en cuenta que la AFP **PROTECCIÓN** fue el primer fondo al que se afilió la demandante sin previa asesoría por parte del ISS y, posteriormente se trasladó a la AFP **PORVENIR**, el cuál es su actual fondo, por lo que son esas demandadas quienes tienen la responsabilidad frente a los hechos que fundamentan las pretensiones, hechos que son ajenos a **COLPENSIONES**, por lo tanto, no hay mérito alguno para que ésta sea condenada a recibir los aporte, ya que solo actuó en estricto cumplimiento de su deber jurídico conforme a la Constitución y la Ley. Solicitó que, en caso de confirmar la sentencia, se adicione en el sentido de ordenar a las AFP privadas a devolver los gastos de administración, ya que estos hacen parte integral de los aportes que durante años hizo la demandante. (min. 53:44 archivo “18AudioAudienciaArticulos77y80CPT”).

El apoderado de la **DEMANDANTE** presenta recurso de apelación de forma parcial ante el numeral 4, esto es, la absolución de las costas, argumentando que las demandadas propusieron excepciones de mérito e hicieron un pronunciamiento expreso de oposición, así como **PORVENIR** y **COLPENSIONES** practicaron la prueba del interrogatorio de parte y **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación. Adicionó,

que la condena en costas y agencias en derecho no tiene una relación en la injerencia o no en el proceso del traslado, sino que las mismas por su naturaleza son objetivas, es decir, lo que se verifica es la participación judicial que operó en el transcurso de esta causa, la cual lleva en curso más de 18 meses; sin embargo, las accionadas se aferran sin ninguna razón a negarle el derecho a la demandante. Y, aun cuando **PROTECCIÓN** desistió de la prueba de interrogatorio de parte, *per se*, no significa que no hubiera actuado en las demás actuaciones procesales. (min. 56:12 archivo “18AudioAudienciaArticulos77y80CPT”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicita se confirme la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de pensiones de su representada, y se revoque en cuanto a la de la condena en costas y agencias en derecho.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo de primera instancia, para en su lugar absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas y de las condenas impuestas, por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ya que se cumplió con las obligaciones que le correspondían a la AFP en materia de información, de acuerdo a las normas vigentes para ese momento.

Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos

de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de condenar a la AFP a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas por concepto de gastos de administración y de imponer costas a las demandadas, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i*) la demandante **NANCY LILIANA CASTRO MARTÍNEZ** se afilió al RPM administrado por el extinto ISS desde el 01 de octubre de 1996 (pág. 54 a 56 archivo “09ContestacionColpensiones”); *ii*) la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLMENA a través de formulario de No. 1010466209 el día 08 de mayo de 1999, efectivo desde 01 de julio de 1999 (pág. 60 a 66 archivo “10ContestacionProteccion”), luego, trasladó horizontalmente a la AFP **PORVENIR** mediante formulario No. 01388711 del día 13 de junio del 2000, con efectividad a partir del 01 de agosto del 2000, fondo en el que se encuentra actualmente vinculado (pág. 32, 33 y 60 archivo “11ContestacionPorvenir”); *iii*) la demandante elevó solicitud de ineficacia de traslado ante las demandadas, peticiones negadas (pág. 83 a 133 archivo “01Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual y reactivó la afiliación en el RPM. Contra la anterior decisión, los apoderados de **COLPENSIONES** y de la **DEMANDANTE** interpusieron recursos de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus

afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP,

esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A** brindara asesoría completa, suficiente y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **PORVENIR S.A.** que no probó el deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que en el año 1999 recibió una visita en el lugar donde trabajaba de unos asesores de COLMENA, quienes les comentaron sobre la existencia de ese fondo, manifestando que se sintió obligada a firmar el formulario porque le dijeron de que el ISS iba a acabar y luego, en el año 2000 recibió la visita de **PORVENIR**, en donde se le dijo que esa empresa era el mejor fondo de pensiones porque tenían sucursales y tendría un buen manejo de su dinero, sin recibir información sobre rendimientos, ni de las posibilidades de pensión. (min. 10:46 archivo “18AudioAudienciaArticulos77y80CPT”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad

informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas deben devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021,

SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Del mismo modo, **COLPENSIONES** tiene la obligación de recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, lo que conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Asimismo, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

En otro giro, en cuanto al recurso de apelación de la demandante, se señala que el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el

presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en las contestaciones, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En esa medida, se revocará el numeral cuarto de la sentencia de primer grado, para en su lugar condenar en costas a las demandadas. Deberán ser tasadas por la *a quo*.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las citadas AFP deberán 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 en que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, **CONDENAR** en costas a las demandadas. Tásense.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 30-2022-00234-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la parte **DEMANDANTE** contra la sentencia del 05 de marzo de 2024, que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas y condenó en costas al demandante (min. 1:39:55 archivo “15ActaAudiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 20 archivo “01DemandaAnexos”).**

DIEGO PARRA LONDOÑO solicitó declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS, reactivar su afiliación en el RPM, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reconocer intereses moratorios, reconocimiento y pago de la pensión de vejez, indexación, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 31 de octubre de 1961 y cotizó al ISS desde el año 1980 con el empleador Seta Ltda., trasladándose al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.** a partir del 30 de junio de 1994, afiliación que se llevó a cabo de manera engañosa y desinformada, por lo que radicó reclamación ante **COLPENSIONES** solicitando dejar sin efectos el traslado de régimen, solicitud que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó la

fecha de nacimiento del demandante, el traslado al RAIS y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de en caso que se demuestre la falta de la información y buen consejo se absuelva a Colpensiones y se condene a la AFP Colfondos S.A. para que trate al demandante conforme a las reglas del RPM, 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 e innominada o genérica (pág. 3 a 29 archivo “06ContestacionColpensiones”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la fecha afiliación a esa AFP y del primer aporte efectuado. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de mérito 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 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, compensación y pago. (pág. 3 a 19 archivo “07ContestacionColfondos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:17:15 archivo “15ActaAudiencia”)

El 05 de marzo de 2024 el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: Absolver a las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES- de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por Diego Parra Londoño, conforme a lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: Condenar en costas de esta instancia a Diego Parra Londoño, por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de Un Millón de Pesos (\$1’000.000) a favor de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a favor de la Administradora Colombiana De Pensiones –COLPENSIONES-. TERCERO: Conceder el grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante, por resultar la presente decisión adversa a sus intereses. (...)”

El Juez a quo fijó como problema jurídico, establecer si el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del RPM

administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS, está afectado de ineficacia, carece de validez y no surte efecto alguno, determinar si el demandante tiene derecho a que se le ordene el traslado de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual incluyendo rendimientos y gastos de administración, al fondo común de donde se pagan las pensiones a los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES** y, por último, verificar si prosperan las excepciones propuestas por la demandada, o alguna de las que la Ley permite al Juez de conocimiento declarar de oficio.

Para resolver, indicó que el formulario de afiliación aportado no es prueba suficiente que permita determinar que al demandante se le proporcionó la debida información sobre las implicaciones del traslado de régimen, no obstante, que en el interrogatorio de parte se encontró la confesión del demandante, en razón a que desde la demanda señaló que en el año 1994 fue contratado por **COLFONDOS** para ocupar el cargo de asesor comercial, indicando que para esa época no era posible determinar qué capital se requería a efectos de poderse pensionar, pero sí conocía cómo podría pensionarse en el RPM, de igual a que el actor tuvo la oportunidad de recibir capacitación de la información que debía retransmitir a los posibles afiliados y colaboró con la vinculación de otras personas, a quienes debía ilustrar sobre la posibilidad de pensionarse y de hacer aportes voluntarios, así como también conocía que los dineros pasaban a una cuenta de ahorro individual, el tiempo de permanencia mínima y la prohibición de no retornar al RPM faltándole menos de 10 años para pensionarse, concluyendo que el demandante contaba con los conocimientos necesarios para poder comprender las implicaciones del traslado, además que trabajaba para una empresa experta en el tema y su cargo consistía en retransmitir esa información a los posibles afiliados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión la apoderada del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicitando dar aplicación al precedente jurisprudencial de la CSJ relacionado a que el deber de información recae exclusivamente en la administradora, que para el momento del acto jurídico del traslado debe suministrar a su afiliado, esto es, darle a conocer las ventajas y desventajas de cada régimen, así como la diferencia de pensionarse en uno u otro régimen, además que, se incurrió en error al presumirse el conocimiento de su representado,

asumiéndose que los conocimientos que obtuvo con posterioridad a su traslado eran suficientes para decidir sobre el traslado. Solicita la revocatoria integral de la sentencia (min. 1:41:09 archivo “15ActaAudiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S., apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Leidy Carolina Fuentes Suárez, identificada con CC. 1.049.614.551 y TP 246.554 CSJ, quien se reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó confirmar la sentencia de primera instancia y en caso de ser revocada, se condicione el cumplimiento de la misma al previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por parte de la AFP. Por su parte, el apoderado de **COLFONDOS S.A.** pidió la revocatoria del fallo de primera instancia.

Por último, la apoderada del **DEMANDANTE** pidió se revoque la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada el 30 de junio de 1994 y declarar válida la afiliación al RPM.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la vinculación que realizó el demandante al Sistema General de Pensiones, a través del RAIS, es válida o ineficaz por faltarse al deber de información, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **DIEGO PARRA LONDOÑO** nació el 31 de octubre de 1961 (pág. 15 archivo “01DemandaAnexos”); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM

y cotizó al extinto ISS desde el 18 de julio de 1979 (hecho confesado por la demandada en la contestación y pág. 17 archivo “01DemandaAnexos”); **iii)** el demandante se trasladó a **COLFONDOS** mediante formulario No. 290819 de fecha 30 de junio de 1994 efectivo a partir del 01 de julio de 1994, fondo en el que se encuentra activo actualmente (pág. 20 a 22 archivo “07ContestacionColfondos”) **iv)** el demandante elevó solicitud de ineficacia de la afiliación al RAIS ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 47 a 50 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* absolvió a las demandadas y condenó en costas a la parte demandante. Contra la anterior decisión, el **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información

objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

Conforme con la jurisprudencia reseñada, correspondía a **COLFONDOS S.A.** acreditar que al momento de la afiliación y durante la relación con el actor, cumplió de forma oportuna dicha obligación de información, siendo de su resorte la carga de la prueba de dicho hecho, por cuanto la posición jurisprudencial de la H. CSJ ha establecido que corresponde a la AFP acreditar su diligencia del deber de información y asesoría al afiliado, demostrando que le indicó las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho y que el mismo podría no solo aumentar sino también disminuir por efectos de

rentabilidad, la normatividad relativa a la redención del bono pensional y la edad necesaria para su redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional en RAIS por la edad de los posibles beneficiarios, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la cuenta de ahorro individual por cuanto un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos.

En el presente asunto, la parte demandada allegó copia del formulario de traslado que suscribió el demandante el 30 de junio de 1994 (pág. 22 archivo “07ContestacionColfondos”), el cual, si bien relaciona una manifestación de voluntad libre, espontánea y sin presiones, la misma es genérica, por lo que no se puede tener como prueba contundente de que se brindaron los suficientes elementos de juicio para que el afiliado emitiera una decisión consciente y debidamente informada.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio de parte manifestó que en el año 1994 se vinculó laboralmente a **COLFONDOS** para ocupar el cargo de Ejecutivo de cuenta, por lo que se vio obligado a trasladarse a ese mismo fondo en pensiones obligatorias, sin recibir asesores, ni acompañamiento y sin contar con la opción de continuar en el ISS, pues la directriz de la empresa es que todos los trabajadores que no se encontraran en régimen de transición debían afiliarse en pensiones a ese fondo; también señaló, que al momento de diligenciar todos los documentos necesarios para la suscripción del contrato de trabajo recibió el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el cual firmó en un salón y en presencia de los demás trabajadores que se vincularon por la misma época; que las funciones de su cargo consistían en captar clientes para la afiliación a pensiones obligatorias y cesantías, para lo cual recibió inducción acerca del funcionamiento de la Ley 100 de 1993, aclarando que dicha inducción ocurrió con posterioridad a la firma del formulario de afiliación y que se daba a través de folletos informativos que contenían las novedades de la Ley y las condiciones de afiliación, resaltando el declarante que ninguno de los ejecutivos de cuenta recibió capacitación a cerca de cómo calcular una mesada y/o cuántos millones se deberían acumular en las cuentas de ahorro individual para poder pensionarse; a su vez, informó que recibía comisiones por cada afiliación, llegando a realizar en un mes aproximadamente 30 afiliaciones; que no debía realizar trabajo de campo

ni promocionar los servicios para captar clientes, porque la directriz a los trabajadores de todas las empresas del Grupo Santo Domingo, a la que pertenece **COLFONDOS**, consistía en su obligatoria afiliación en pensiones a esa AFP; por último, señaló que desempeñó dichas funciones durante un año y medio, pues con posterioridad ejerció como director administrativo. (min. 27:18 archivo “15ActaAudiencia”).

En ese sentido, al valorar dicha declaración rendida por el señor **DIEGO PARRA LONDOÑO**, se observa que no se obtiene confesión alguna en la cual manifieste que para el día 30 de junio de 1994, fecha de suscripción de la solicitud de vinculación a la AFP **COLFONDOS**, recibiera una asesoría calificada por la AFP demandada, pues por el contrario, se ratificó en expresar que al momento del traslado al RAIS no recibió la información suficiente por parte de la AFP para conocer las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado en apego a los presupuestos normativos del Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1994, y si bien el actor hizo referencia a algunas características del RAIS y refiere haber recibido inducción para ejercer el cargo para el cual fue contratado, lo cierto es que ello de manera alguna se puede equiparar a que hubiese recibido la información debida en los términos que ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, y mucho menos que tal asesoría fuese recibida antes de que se produjera el traslado.

Con relación al interrogatorio de parte del representante legal de **COLFONDOS** (min. 25:00 archivo “15ActaAudiencia”), huelga decir, de la misma no es mucho lo que puede extraerse frente al cumplimiento de la AFP demandada en su deber legal de información al momento del traslado, en tanto al deponente nada le consta de manera directa frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar que pudieron ocurrir al respecto, pues no estuvo presente al momento de la afiliación del demandante.

De acuerdo al anterior material probatorio recaudado, es claro que en el presente asunto no hay prueba de que al momento del traslado del demandante del RPM al RAIS, **COLFONDOS S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, pues si bien el actor aceptó haber

firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal; por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Por las anteriores consideraciones, la Sala revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del demandante, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS.

Asimismo, **COLPENSIONES** tiene la obligación de recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, lo que conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Al igual, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En otro giro, en cuanto a la pretensión de la parte demandante tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, se señala que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 condiciona el reconocimiento de dicha prestación al traslado de las sumas que debe retornar la AFP demandada, a su vez, se debe actualizar y registrar toda la historia laboral desde el RAIS al RPM y a partir de dicho instante podrán analizarse aspectos determinantes de la prestación, como el total de semanas cotizadas, periodos en mora, tasa de reemplazo, IBL, fecha de disfrute de la pensión, entre otras, motivo por el cual se absolverá a la demandada de esta pretensión incoada en su contra.

Sin costas en la instancia. Las costas de primera instancia a cargo de las s demandadas al no prosperar la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). Deberán ser tasadas por el *a quo*.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante **DIEGO PARRA LONDOÑO**, identificado con CC 14.238.429, 01 de julio de 1994 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP **COLFONDOS S.A.**, por el incumplimiento del deber de información. En consecuencia, se ordena su regreso automático sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media Prestación Definida, administrado por **COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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, sin lugar a descuento alguno y por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP. Al momento en que la AFP demandada cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos

valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, a recibir de las AFP demandadas los valores ordenados y a actualizar la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: DECLARAR que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

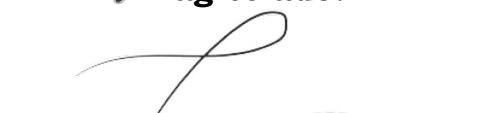
SÉPTIMO: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

OCTAVO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la demandada. Tásense.

NOVENO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.31-2013-00550-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 02 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, condenó al demandado al pago del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 25 de junio de 1990 al 15 de octubre de 1990 y al pago de aportes pensiones del 1° de octubre de 2002 hasta el 31 de octubre de 2005, junto con los respectivos intereses moratorios (*min. 2:10:59, archivo "34GrabacionAudienciaFallo"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JOSE GERMAN BERNAL SANCHEZ llamó a juicio a **JORGE ELIECER CHACON ARIZA** con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral del 25 de junio de 1990 hasta el 05 de noviembre de 2010, que el salario devengado correspondía al mínimo y que el contrato fue terminado unilateralmente y, en consecuencia, se condene al pago de aportes a seguridad social, prestaciones sociales, indemnización por despido indirecto, indemnización

moratoria, pago de dotaciones, pago de comisiones de julio a noviembre de 2010, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho

Fundamentó sus pretensiones en que trabajó para el demandado **JORGE ELIECER CHACON ARIZA**, en el establecimiento de comercio Papelería Office Time, desde el 25 de junio de 1990 hasta el 05 de noviembre de 2010 por medio de contrato a término fijo, desempeñando la labor de mensajero y vendedor, devengando un salario mínimo legal mensual vigente, cancelado quincenalmente, con un horario pactado entre las partes de lunes a sábado; afirmó que el contrato finalizó anormalmente por despido sin justa causa el 05 de noviembre de 2010, que durante la vigencia del contrato el empleador no canceló los aportes a seguridad social, tampoco le otorgó dotaciones, y canceló la liquidación sin tener en cuenta el despido injustificado y las comisiones adeudadas, por lo que citó al demandante al Ministerio de Protección Social (*pág. 3 a 10 y 50 a 58, archivo "01ExpedienteDigitalOrdinario"*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA

JORGE ELIECER CHACON ARIZA se opuso a las pretensiones, aceptó el pago de la liquidación de prestaciones sociales y la citación al Ministerio, expresó que los demás hechos no eran ciertos y propuso las excepciones de *cobro de lo no debido – pago de seguridad social pensión*, cobro de lo no debido por indemnización por despido indirecto, cobro de lo debido correspondiente a la sanción que trata el artículo 65 del C.S.T. por no cumplirse la condición, cobro de lo debido frente al pago de dotaciones de ley, cobro de lo debido frente al pago de comisiones, prescripción de la acción laboral y la genérica (*pág. 2 a 9, archivo "19ContestacionDemanda"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 2:10:59, archivo "34GrabacionAudienciaFallo")

El 02 de agosto de 2023, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre Germán Bernal Sánchez, en calidad de trabajador, y Jorge Eliécer Chacón Ariza, en calidad de empleador, por el periodo comprendido entre el 25 de junio 1990 al 05 de noviembre del año 2010. **CONDENAR** al demandado Jorge Eliecer Chacón Ariza a pagar el valor del cálculo actuarial a favor del demandante liquidado a satisfacción por Colpensiones por el periodo comprendido entre el 25 junio de 1990 al 15 de octubre de 1990, tomando como salario base de liquidación de este cálculo actuarial el salario mínimo legal mensual vigente. **CONDENAR** al pago de los aportes al sistema de seguridad social integral más los intereses moratorios por el periodo comprendido entre el 01 de octubre del año 2002 al 31 de octubre del año 2005 tomando como salario base de cotización, el salario mínimo legal mensual vigente. **CONDENAR** a la parte demandada, Jorge Eliecer Chaco Ariza al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente. **ABSOLVER** de las demás pretensiones incoadas por el demandante a la parte demandada. (...).

Como sustento de la decisión la Juez indicó que conforme a las pruebas aportadas y a los interrogatorios recaudados había plena certeza de la existencia del contrato de trabajo que existió entre las partes desde el 5 de junio 1990 al 05 de noviembre del año 2010. Además, que las prestaciones sociales se pagaron oportunamente al trabajador y que cualquier derecho derivado de estos conceptos, así como su reliquidación y demás acreencias reclamadas, se encontraban afectados por prescripción, salvo los aportes pensionales sobre los cuales evidenció que algunos periodos no fueron reportados, siendo procedente que el empleador asuma los correspondientes pagos, junto con los intereses moratorios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante **JOSE GERMAN BERNAL SANCHEZ** presentó recurso de apelación. Adujo que se debe corregir un error en la sentencia porque algunos periodos

no fueron cotizados a pensión por el empleador, los cuales están comprendidos entre el mes de octubre de 2009 hasta la terminación de contrato, toda vez que lo correspondiente a los meses de octubre del año 2009 y junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2010 fueron realizadas por el demandante en vista del no pago y la necesidad de acceder a servicios de salud (*min. 2:14:50, archivo "34GrabacionAudienciaFallo*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de las partes.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es procedente condenar al demandado al pago de los aportes de seguridad social correspondiente a los meses de octubre de 2009 al 05 de noviembre de 2010, conforme lo alegado en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en que entre **JOSE GERMAN BERNAL SANCHEZ**, como trabajador, y **JORGE ELEICER CHACON ARIZA**, como empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 25 de junio de 1990 hasta el 05 de noviembre de 2010, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de mensajero, vendedor y administrador, devengando un salario mínimo legal

mensual vigente para cada anualidad (pág. 16, archivo “01ExpedienteDigitalOrdinario”, así fue declarado en la sentencia y no fue objeto de recurso).

- **Sobre el pago de aportes pensionales**

La parte demandante se encuentra inconforme porque aduce que la condena al pago de aportes pensionales también debe cobijar los periodos de octubre de 2009 al 05 de noviembre de 2010, fecha en que se terminó el contrato de trabajo.

Está probado en el expediente la existencia del contrato de trabajo a término indefinido que tuvo ejecutó el demandante **JOSE GERMAN BERNAL SANCHEZ** desde el 25 de junio de 1990 hasta el 05 de noviembre de 2010 a favor del demandado.

Al respecto, según los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993 todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones y le corresponde al empleador realizar el respectivo aporte con base en el salario que aquellos devenguen.

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, precisando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realicé su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley, faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Al revisar la historia laboral más reciente, expedida por COLPENSIONES el 12 de abril de 2023, (pág. 2 a 8, archivo

“26RespuestaRequerimientoColpensiones1”) se observa que **JORGE ELIECER CHACON ARIZA** cotizó a nombre del trabajador **JOSE GERMAN BERNAL SANCHEZ** los periodos de octubre, noviembre y diciembre de 2009, enero, febrero, abril, mayo y junio de 2010 y un día de noviembre de 2010. Para los demás meses objeto de recurso no se adosaron pruebas diferentes que permitan acreditar el presupuesto de pago.

Por tanto, es fácil concluir que el empleador no ha cumplido correctamente con la obligación de cotizar los periodos laborados por el actor correspondientes a los meses de marzo, julio, agosto, septiembre, octubre y 4 días del mes de noviembre de 2010. Y aunque los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2010 aparecen cotizados por el actor como independiente (*pág. 7, archivo “27RespuestaRequerimientoColpensiones2”*), dicha circunstancia no exonera al empleador de su obligación legal.

De suerte que la conducta del demandado fue omisiva frente al sistema pensional al no sufragar la totalidad de los aportes pensionales para garantizarle al trabajador la protección por las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

Por ello, le asiste razón a la parte apelante, motivo por el cual se adicionará la sentencia y se condenará al demandado a cancelar los referidos periodos, junto con los respectivos intereses de mora a entera satisfacción del fondo de pensiones, teniendo como IBC el salario establecido por el *a quo*, mínimo legal, pues este aspecto no fue cuestionado.

Como quiera que los demás aspectos de la sentencia no fueron objeto de recurso, la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

Sin costas en segunda instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

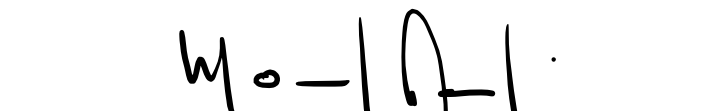
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para **CONDENAR** al demandado **JORGE ELICER CHACON ARIZA** al pago de los aportes pensionales, a nombre del demandante **JOSE GERMAN BERNAL SANCHEZ**, causados por los periodos de marzo, julio, agosto, septiembre, octubre y 4 días del mes de noviembre de 2010 junto con los respectivos intereses, a entera satisfacción del fondo de pensiones, teniendo como IBC el salario mínimo legal mensual del año 2010, por lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 31-2023-00334-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 17 de enero de 2024, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado realizado por **MARIA MARITZA GUTIERREZ MARTINEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, indexados, y a **COLPENSIONES** a recibir a la afiliada sin solución de continuidad (*min. 59:06, archivo “19GrabacionAudienciaTramiteFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARIA MARITZA GUTIERREZ MARTINEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** para que se declare la

nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS efectuado a ING el 1° de agosto de 1996 y, en consecuencia, se ordene a **PORVENIR** a trasladar al RPM la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la Cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros, y a **COLPENSIONES** a recibirla sin solución de continuidad, junto con condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 30 de junio de 1966 y se afilió al ISS el 14 de diciembre de 1987; el 1° de agosto de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de ING hoy **PROTECCIÓN** en aparente decisión libre y voluntaria puesto que no estuvo precedida de ilustración alguna por parte del fondo que la recibió; el 09 de octubre de 2001 se trasladó a **PORVENIR** y el 22 de marzo de 2023 elevó reclamación administrativa ante las demandadas solicitando la nulidad de traslado (*pág. 1 a 17, archivo “02EscritoDemanda*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su afiliación a esa AFP, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones 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 (*pág. 2 a 30, archivo “11ContestacionDemandaPorvenir”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante y la petición presentada, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso 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 la innominada o genérica (pág. 3 a 14, archivo “12ContestacionDemandaColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el traslado de régimen pensional efectuado a esa entidad, las semanas cotizadas en esa AFP y la solicitud presentada, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones; 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 derecho de terceros de buena fe; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto; traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones y la innominada o genérica (pág. 3 a 24, archivo “13ContestacionDemandaProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 59:06, archivo “19GrabacionAudienciaTramiteFallo”)

El 17 de enero de 2024, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen de la demandante María Maritza Gutiérrez Martínez, del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniéndola como válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen. **CONDENAR** a la demandada Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de capital ahorrado por la demandante junto con los rendimientos financieros, las comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima. En cuanto a las sumas de dinero que descontó PORVENIR de lo ahorrado por la demandante por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, deberán ser trasladados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

debidamente indexados. La demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por la demandante por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, debidamente indexados. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES deberá recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Se condena al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A....” Sic.

Como sustento de la decisión la Juez expresó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia - CSJ, la carga de la prueba de desvirtuar las afirmaciones indefinidas contenidas en los hechos de la demanda les correspondía a las demandadas, acreditando el deber de información, situación que no quedó demostrada al momento del traslado de la demandante, por lo que determinó viable la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, teniéndola válidamente afiliada en el RPM.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Señaló que con la decisión adoptada se afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema pensional al no respetarse la prohibición legal de traslado por edad, lo que genera la descapitalización del fondo común del régimen solidario, además viola el debido proceso de quien, sin haber participado en el trámite de traslado, debe afrontar y asumir la carga prestacional, por lo que considera que las consecuencias que se revisen de este acto jurídico solo deben repercutir a las partes que lo celebraron. Finalmente, que de llegarse a confirmar la ineficacia solicita se mantengan las condenas impuestas a las AFP y no condenar en costas a la entidad (*min. 01:00:56, archivo “19GrabacionAudienciaTramiteFallo”*).

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación. Adujo que para el momento del traslado la demandante era una persona capaz y tomó la decisión de forma libre y voluntaria luego de recibir información

clara y transparente; en el año 2004 se dio la posibilidad de retornar al RPM pero la afiliada tuvo una actitud pasiva y actualmente se encuentra incurso en la prohibición legal de 10 años prevista del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que se ordenó a la AFP a trasladar los gastos de administración, comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin tener en cuenta que los conceptos a devolver se encuentran consignados en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, además estos no financian la pensión de vejez, por lo que su devolución constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES**; finalmente, no comparte la condena por indexación al considerar que los rendimientos financieros subsanan la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el paso del tiempo (*min. 01:05:23, archivo “19GrabacionAudienciaTramiteFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR** y la apoderada de **COLPENSIONES** reiteraron los argumentos elevados en la alzada para obtener la revocatoria de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante, en última instancia, de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los

recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado de régimen pensional realizado por **MARIA MARITZA GUTIERREZ MARTINEZ** y la procedencia de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) MARIA MARITZA GUTIERREZ MARTINEZ** se afilió al ISS en diciembre de 1987 (*pág. 31, archivo “02EscritoDemanda”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con ING hoy **PROTECCIÓN** el 1° de agosto de 1996, con efectividad a partir del 1° de septiembre siguiente (*pág. 25 y 38, archivo “13ContestacionDemandaProteccion”*); **iii)** y posteriormente realizó traslado horizontal en el RAIS a **PORVENIR** el 27 de agosto de 2001 donde permanece vinculada actualmente (*pág. 73 a 75, archivo “11ContestacionDemandaPorvenir”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino

que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021,

SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto no hay prueba de que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, ING hoy **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y en el interrogatorio no hubo confesión de la demandante ya que únicamente se le indagó sobre el traslado realizado a **PORVENIR**, pero no por las particularidades que generaron el traslado de régimen pensional a ING. Y de la demanda y las contestaciones no se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por **COLPENSIONES** y **PORVENIR** en los recursos de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados en fondos administradores del RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto por **PORVENIR** en la alzada. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Además, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir a la demandante sin solución de continuidad, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación y a actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al

RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará este punto de la sentencia.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 32-2020-00327-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia del 11 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min.41:30, enlace archivo "22ActaAudienciaJuzgamiento20230811"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

ANA ISABEL TORRES DE LARIOS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se reconozca la reliquidación de la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, con el IBL previsto en esa misma norma o con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años y, en consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** al pago de las diferentes entre el valor reliquidado y el reconocido en la Resolución GNR 263060 del 28 de agosto de 2015, junto con el pago de intereses moratorios y costas procesales.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 05 de abril de 1950 y al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años y 15 años de

servicios; **COLPENSIONES** mediante Resolución VPB 4492 del 1 de abril de 2014 le reconoció una pensión de vejez bajo el régimen pensional contemplado en la Ley 71 de 1988 a partir del 1° de septiembre de 2011 en cuantía de \$1.978.070, reliquidada a través de la Resolución GNR6423 de 15 de enero de 2015 en cuantía de \$3.986.769; sin embargo, que la demandada por medio de la Resolución GNR263060 del 28 de agosto de 2015, procedió a dar cumplimiento al fallo emitido por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá y modificó la cuantía de la mesada pensional, de manera desfavorable, fijándola en \$2.335.972; motivo por el cual presentó solicitud de reliquidación, negada en Resolución SUB195317 del 14 de septiembre de 2020 y confirmada en Resolución SUB211327 del 2 de octubre del 2020 (*pág. 2 a 9, archivo 03SubsanacionDemanda*”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su calidad de beneficiaria del régimen de transición, el reconocimiento pensional, su reliquidación, la reclamación administrativa y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia de intereses moratorios*; improcedencia del cobro de intereses e indexación; cobro de lo no debido; inexistencia del derecho reclamado; buena fe de Colpensiones; prescripción y la innominada o genérica (*pág. 01 a 15, archivo 06Contestaciondemanda*”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min.41:30, enlace archivo “22ActaAudienciaJuzgamiento20230811”*)

El 11 de agosto de 2023, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado y de oficio declarar la excepción de cosa juzgada, conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante ANA ISABEL TORRES DE LARIOS. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente. **CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a la demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta. (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que a la demandante no le es aplicable el Decreto 758 de 1990 dado que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, no estaba afiliada al Instituto de Seguros Sociales, por lo que en virtud de la transición prevista en el artículo 36 de la referida Ley, únicamente podía obtener la pensión o bajo la Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988, que permite la acumulación de tiempos públicos y privados. Además, que operó la excepción de cosa juzgada dado que en el proceso 110013105032 2013 0059800 que adelantó el mismo despacho judicial se zanjó la controversia relacionada con el régimen aplicable y el monto de la mesada en sentencia del 30 de abril de 2014, modificada por esta Corporación el 27 de mayo de 2014.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó se absuelva a la entidad de todas las pretensiones.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez conforme con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con una tasa de remplazo del 90%, conforme con los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) ANA ISABEL TORRES DE LARIOS** nació el 05 de abril de 1950 (*pág. 17, archivo “01Demanda”*); **ii)** se afilió al ISS hoy **COLPENSIONES** el 1° de noviembre de 1996, donde cotizó un total de 249 semanas hasta el 31 de agosto de 2011 (*pág. 27, archivo “07ContestaciónColpensiones”*); **iii) COLPENSIONES** mediante Resolución VPB4492 del 1° de abril de 2014 le reconoció a la demandante pensión de jubilación por aportes, por favorabilidad, a partir del 1° de septiembre de 2011, en cuantía de \$1.978.070, reliquidada en Resolución 6423 del 15 de enero de 2015, en cuantía de \$3.896.769 (*pág. 19 a 24, archivo “01Demanda”*); **iv) COLPENSIONES** por medio de la Resolución GNR263060 del 28 de agosto de 2015 dio cumplimiento a un fallo proferido por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, modificado por esta Corporación, donde se reconoció la pensión de jubilación prevista en la Ley 71 de 1988, a partir del 1° de septiembre de 2011, en cuantía inicial de \$2.335.972 (*pág. 24 a 28, archivo “01Demanda”*).

- **De la reliquidación de la pensión de vejez**

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece como requisitos para acceder a la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, 55 años y un mínimo de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los beneficiarios del régimen de transición pueden consolidar el derecho a la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990 con semanas cotizadas en cajas o fondos públicos y semanas cotizadas como aportes privados al ISS hoy Colpensiones. Sin embargo, ha establecido que, para aplicar dichos presupuestos, los beneficiarios del régimen de transición deben haber realizado cotizaciones al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto de no presentar cotizaciones no consolidaron una expectativa legítima del régimen que pretenden beneficiarse (SL 4392 de 2020, SL 4165 de 2020, SL 2985 de 2021, SL 3685 de 2021, SL 2414 de 2022 y SL4122-2022, entre otras).

En el caso bajo estudio no está en discusión que **ANA ISABEL TORRES DE LARIOS** es beneficiaria del régimen de transición y goza de una pensión de jubilación por aportes reconocida vía judicial y materializada en Resolución GNR263060 del 28 de agosto de 2015 en cuantía de \$2.335.972 a partir del 1° de septiembre de 2011 (*pág. 24 a 28, archivo “0Demanda”*), por lo tanto, la inconformidad de la parte actora radica en que considera tener derecho a la reliquidación de la pensión de vejez bajo los requisitos del Decreto 758 de 1990 con una tasa de remplazo del 90%.

Tal como se explicó en líneas precedentes, para que los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se les pueda estudiar la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, sumando

tiempos públicos y privados para acceder a la pensión de vejez, así como su reliquidación, se requiere que el afiliado o pensionado se haya vinculado o realizado cotizaciones al ISS hoy **COLPENSIONES** antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Para el caso de **ANA ISABEL TORRES DE LARIOS**, de la documental obrante en el expediente se desprende que se afilió al ISS el 1° de noviembre de 1996, donde cotizó un total de 249 semanas hasta el 31 de agosto de 2011 (*pág. 27, archivo “07ContestaciónColpensiones”*).

Por tanto, al no realizar cotizaciones al ISS con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 1° de abril de 1994, no consolidó una expectativa legítima para acceder a la pensión de vejez conforme con los presupuestos del citado Acuerdo, no siendo procedente la reliquidación pensional que se reclama, razón suficiente para confirmar este aspecto de la sentencia.

Sobre la excepción de cosa juzgada la Sala se releva de estudio atendiendo el carácter absolutorio de la decisión y porque no existen elementos suficientes para su determinación, al no incorporarse las piezas del proceso con radicado 11001310503220130059800 y tampoco el expediente administrativo de la accionante.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se remitirá copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No.33-2022-00132-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR, COLFONDOS, SKANDIA** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 06 de marzo de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **HUMBERTO ORTIZ ORDOÑEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, 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, a **COLPENSIONES** a recibir el traslado de las sumas, activar la afiliación del demandante y a actualizar la historia laboral, condenó en costas a las demandadas y absolvió a la llamada en garantía (*min. 31:32, archivo “26AudienciaSentenciaParte02”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

HUMBERTO ORTIZ ORDOÑEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordene a la AFP **SKANDIA** a trasladarlo a **COLPENSIONES** junto con cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y sumas adicionales, y a **COLPENSIONES** a aceptarlo como afiliado, sin solución de continuidad, junto con las condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 02 de febrero de 1964, realizó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales - ISS en mayo de 1983, fue traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir del 1º de abril de 1997, a través de **COLFONDOS** y en octubre de 2008 se trasladó a **SKANDIA**; sostiene que ninguna de las AFP le informó las características de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas y las consecuencias del traslado de régimen pensional y tampoco sobre la restricción de traslado por edad; y presentó peticiones ante **COLPENSIONES, SKANDIA** y **COLFONDOS** ante las demandadas para obtener el retorno al RPM e información del traslado (*pág. 2 a 16, archivo “02Demanda”*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones elevadas en su contra. Aceptó la afiliación del actor a esa AFP, la presentación de la petición y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones *el demandante para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado instituto de seguros sociales*; 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 en 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; buena fe y la genérica (pág. 2 a 18, archivo “04ContestacionSkandia”). Llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (pág. 55 a 62, archivo “04ContestacionSkandia” y archivo “12SubsanacionLLamamientoGarantia”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas, la petición presentada y su respuesta, señaló que los demás hechos no le constaban y 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 (pág. 3 a 42, archivo “06ContestacionColpensiones”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación a esa AFP, la petición y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; falta de legitimación de la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del 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 (pág. 3 a 18, archivo “07ContestacionColfondos”).

Mediante providencia del 14 de febrero de 2023 se vinculó como litisconsorte necesario a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (archivo

“10AutoDevuelveLlamamientoVincula”), entidad que al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, indicó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *buena fe*; ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas (pág. 3 a 23, archivo “13ContestacionPorvenir”).

En auto del 1º de agosto de 2023 se admitió el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo “14AutoAdmiteLlamamiento”) entidad que al contestar la demanda ni se opuso ni se allanó a las pretensiones expresando que no le corresponde a ella efectuar el pronunciamiento del caso. Frente al llamamiento en garantía aceptó la iniciación del proceso ordinario laboral, la suscripción de contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia entre SKANDIA y MAPFRE, las coberturas y los respectivos pagos realizados por SKANDIA, propuso las excepciones de *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 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 y reconocimiento oficioso de excepciones (pág. 2 a 17, archivo “16ContestacionMapfre”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 31:32, archivo “26AudienciaSentenciaParte02”)

El 06 de marzo de 2024, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor HUMBERTO ORTIZ ORDÓÑEZ, identificado con cédula de ciudadanía 79.296.085, afiliado el 06 de octubre de 1994 a PORVENIR. **SEGUNDO: DECLARAR** que HUMBERTO ORTIZ ORDÓÑEZ actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a SKANDIA, fondo actual del demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de HUMBERTO ORTIZ ORDÓÑEZ 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 HUMBERTO ORTIZ ORDÓÑEZ, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante. **QUINTO: CONDENAR** a SKANDIA, COLFONDOS y PORVENIR 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 justifique. **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: ORDENAR** a COLPENSIONES y a PORVENIR que de manera armónica determinen si las cotizaciones dejadas de realizar dentro del periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 1994 al 31 de mayo de 1997, corresponden a un eventual incumplimiento de las acciones de cobro del artículo 24 de Ley 100 de 1993 o a la determinación de novedades de retiro frente al empleador HALCON

*AGROINDUSTRIAL LTDA de NIT 860.532.081-1. Si es del caso COLPENSIONES deberá tomar las acciones necesarias para que PORVENIR asuma de su propio peculio los periodos en mora, recursos que financien las prestaciones a que en un futuro tenga el señor HUMBERTO ORTIZ ORDÓÑEZ. **OCTAVO: DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y demás planteadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia. **NOVENO:** Absolver a MAPFRE de las pretensiones relativas al llamamiento en garantía planteado por SKANDIA. **DÉCIMO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de SKANDIA, COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES. Agencias en derecho quedan de la siguiente manera: dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de PORVENIR, 1.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de COLFONDOS, 1.5 salarios mínimos legales a cargo de SKANDIA, un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de COLPENSIONES, estos en favor de la parte demandante...”*

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio al afiliado al momento del traslado es al fondo de pensiones, y que para el presente caso de los documentos aportados no se advierte que al demandante se la haya informado las consecuencias que traía trasladarse de un régimen a otro, y del interrogatorio del actor no hubo confesión, por lo que advirtió que es procedente la declaratoria de ineficacia. Absolvió a la llamada en garantía al establecer que no es un riesgo asegurable conforme la póliza allegada al proceso y no le pueden extender los efectos de la condena, además no participó en el traslado ni de régimen ni en la afiliación derivada del traslado horizontal.

Por otra parte, en aplicación de las facultades ultra y extra *petita*, y atendiendo que las cotizaciones por los periodos de noviembre de 1994 a mayo de 1997 no aparecen en la historia laboral, ordenó a **COLPENSIONES** tomar las acciones necesarias para que, de ser el caso, **PORVENIR** asuma de su propio peculio esos periodos en mora por el eventual incumplimiento del artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial por la condena de indexación. Adujo que la AFP trasladó todos los aportes del demandante al fondo de su escogencia; los gastos de administración no han perdido el valor adquisitivo dado que estos lograron incrementar el saldo de la cuenta individual del afiliado y se compensan con los rendimientos generados.; y que esta condena generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES** (*min. 35:51, archivo “26AudienciaSentenciaParte02”*).

La apoderada de **COLFONDOS** expresó que la devolución de gastos de administración y seguros provisionales de invalidez es inoperante para esa AFP teniendo en cuenta que las mismas ya fueron utilizadas de conformidad con la ley y en atención a que esos dineros ya no hacen parte de su haber; la destinación se cumplió y se tradujo en los rendimientos, los cuales no pueden ser obviados por las administradoras; que imponer indexación constituye una doble sanción por un mismo hecho, pues en ningún caso se causó un detrimento patrimonial a la parte actora y a **COLPENSIONES**; la devolución de estos conceptos, constituye un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES**, quien no administró dichos recursos; solicita no se condene en costas, dado que la entidad está dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 797 de 2003, pues la demandante superó la edad mínima requerida para acceder el traslado de régimen pensional (*min. 37:07, archivo “26AudienciaSentenciaParte02”*).

La apoderada de **SKANDIA** solicitó la revocatoria de la condena por la devolución de gastos de administración, seguros provisionales e indexación. Adujo que la ineficacia del traslado debe ceñirse a las normas que regulan los traslados de esos recursos, encontrando que el Decreto 3995 de 2008 señala cuáles son los emolumentos a devolver, sin que en ellos aparezca lo relacionado con gastos de administración y seguros previsionales, aspecto que guarda relación armónica con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dineros que no financian la pensión de vejez del demandante pero si cubren los gastos por la correcta administración de la cuenta de ahorro individual, los cuales han sido

debidamente utilizados, además las primas de seguros previsionales fueron entregadas a MAPFRE. También solicita se condene a la llamada en garantía por cuanto los dineros por seguros previsionales fueron girados a la aseguradora, quien debe responder por estos rubros por cuanto la ineficacia del traslado hace perder el interés asegurable. Y respecto de la indexación señaló que no fue reclamada en la demanda y los rendimientos compensan cualquier pérdida del poder adquisitivo, constituyendo una doble condena (*min. 39:11, archivo “26AudienciaSentenciaParte02”*).

Y la apoderada de **COLPENSIONES** indicó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición; para el momento en que se presentó la demanda el afiliado se encontraba en la prohibición legal de traslado por edad; los supuestos fácticos son totalmente diferentes y no compaginan con el precedente jurisprudencial; que es desproporcional imponer la carga a **COLPENSIONES** de recibir al afiliado, afectando la sostenibilidad del sistema pensional dado que el presunto engaño causado por los asesores de la AFP no se probó; y solicitó desestimar la condena en costas teniendo en cuenta el artículo 48, inciso 5, de la Constitución Política y el artículo 365 del Código General del Proceso (*min. 43:30, archivo “24AudienciaSentenciaParte02”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las apoderadas de **SKANDIA** y **PORVENIR** reiteraron los argumentos expuestos en la alzada, para obtener la revocatoria de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, la procedencia de la devolución de la totalidad del aporte pensional, la indexación, el llamamiento en garantía y costas procesales, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) HUMBERTO ORTIZ ORDOÑEZ** nació el 02 de febrero de 1964 (pág. 17, archivo “02Demanda”) y se afilió al ISS para el periodo de mayo de 1983 (pág. 67, archivo “06ContestacionColpensiones”); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con **PORVENIR** el 06 de octubre de 1994, con efectividad desde el 1° de noviembre siguiente (pág. 68 y 69, archivo “13ContestacionPorvenir”); luego se trasladó a **COLFONDOS** el 1° de abril de 1997 y posteriormente a **SKANDIA** el 20 de octubre de 2008, donde permanece vinculado actualmente (pág. 19, 34, 75 a 86, archivo “04ContestacionSkandia”).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL

2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado posea una expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisoriales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para

la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

- Sobre el llamamiento en garantía.

El artículo 64 del Código General del Proceso - CGP consagró la figura del llamamiento de garantía, a favor de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio o el reembolso total o parcial del pago que haga como resultado de la sentencia en el proceso que promueva o se le promueva, o que según la ley sustancia tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. Por su parte, el artículo 65 CGP indica expresamente que la demanda por la cual se llame en garantía debe cumplir los requisitos exigidos en el artículo 82 CGP y demás normas aplicables, a su vez, el artículo 66 CGP establece el trámite del llamamiento en garantía.

La H. CSJ ha analizado la figura del llamamiento en garantía, indicando en providencia AL2622 de 2020, que tal figura consagrada en el artículo 64 CGP, permite incorporar al debate un tercero, que por vínculo legal o contractual, en caso de que el convocante sea hallado

responsable frente al promotor del litigio, deba asumir la condena a reembolsar a éste lo pagado; adicionalmente, en providencia AC2900-2017, reiteró las reglas adoptadas en las sentencias SC Rad. 2000-00276-01 del 16 de diciembre de 2006 y SC5885 de 2016, afirmando que ésta figura tiene fundamento en una relación material de garantía de tipo personal, por la cual el llamante puede pedir que se transfieran al citado las consecuencias pecuniarias desfavorables previstas para el convocante en el litigio y que resulten ordenadas en el fallo.

CASO CONCRETO

HUMBERTO ORTIZ ORDOÑEZ en la demanda señaló que la vinculación al RAIS se llevó a cabo a través de **COLFONDOS**, AFP que no le entregó información completa, clara, oportuna y comprensible respecto de las incidencias del traslado del RPM al RAIS, de lo que se deduce que tuvo algún tipo de asesoría por parte de la AFP. Sin embargo, al absolver interrogatorio expresó que el traslado inicial se realizó por medio de **PORVENIR**, de quien no recibió asesoría porque fue el empleador quien lo afilió directamente a esa AFP.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que en casos similares el magistrado ponente se ha decantado por señalar que en aquellos eventos donde no intervino, de ninguna forma, los asesores de la AFP, no se puede hablar de una falta al deber de información del fondo de pensiones, no siendo una circunstancia equivalente a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS.

Sin embargo, esa tesis debe flexibilizarse en este asunto donde fue el propio fondo de pensiones quien aceptó que esa asesoría se llevó a cabo. En efecto, al contestar el *hecho 7°* de la demanda (*pág. 7, archivo “13ContestacionPorvenir”*), **PORVENIR** aceptó que a la parte demandante se le brindó a través del asesor los requisitos y los diferentes aspectos que se tendrían en cuenta para adquirir pensión dentro del RAIS y los beneficios del régimen, circunstancia que se armoniza con el formulario de afiliación donde aparece como asesor de la AFP Jhon Fredy Giraldo (*pág. 69, archivo “13ContestacionPorvenir”*).

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, sin que este deber se infiera del diligenciamiento del formulario de vinculación, lo que conlleva a la declaratoria de ineficacia de ese acto jurídico, circunstancia que descarta lo planteado por **COLPENSIONES** en la alzada.

Se resalta que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados entre fondos administradores del RAIS, permanecer varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento formulado en la alzada por **COLFONDOS, SKANDIA** y **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Además, la ineficacia del traslado de régimen pensional obliga a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a corregir y actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que genera que las **AFP DEMANDADAS** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

También se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó el llamamiento en garantía. En este caso, se convocó a MAPFRE para que reintegre las sumas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia. Sin embargo, no se comparte el argumento de **SKANDIA** en la medida en que no se acredita siquiera de forma sumaria una

relación material de garantía, pues si bien **SKANDIA S.A.** celebró contrato de seguro previsional con **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados de la AFP, del contenido de las pólizas aportadas se advierte que el único riesgo cubierto por la aseguradora fue la suma adicional para financiar las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin incluir ningún amparo de las consecuencias pecuniarias derivadas de la declaración judicial de ineficacia del traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados entre AFP (pág. 63 a 73, archivo “04ContestacionSkandia”).

Las pólizas aportadas no acreditan que la compañía aseguradora se obligara a cubrir el riesgo pecuniario de la devolución de gastos administrativos cobrados al afiliado durante su permanencia a la AFP ante la ineficacia del traslado al RAIS por omisión de las obligaciones de información y buen consejo, por tanto, dicho riesgo no lo trasladó el tomador al asegurador en los términos señalados en los artículos 1037, 1045, 1054, 1056 del Código de Comercio, por lo cual no hay ningún mérito para acceder al llamamiento en garantía reclamado.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los efectos patrimoniales de la ineficacia del traslado pensional por omisión de las obligaciones de información y buen consejo los debe asumir la AFP con cargo a sus propios recursos.

La Alta Corte sostiene que los gastos de administración, pólizas de seguro previsional y comisiones deben ser retornados a **COLPENSIONES** por las AFP, por el tiempo de vinculación del afiliado, conforme las sentencias SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras.

Así las cosas, es la AFP y no la compañía de seguros quien debe asumir con cargo a sus propios recursos el perjuicio económico de retornar el afiliado al RPM, sin que dicho riesgo haya sido transferido contractualmente a la aseguradora.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y frente a la inconformidad formulada por **COLPENSIONES** y **COLFONDOS** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto que se reconozca solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 34-2018-00617-01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación presentado por **EDILBERTO HINCAPIÉ CELIS** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de las entidades públicas demandadas, contra la sentencia del 19 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró como salario devengado por el actor a julio de 1992 la suma de \$397.000, ordenó a **COLPENSIONES** a corregir la historia laboral del demandante, remitir la información la oficina de bonos pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** para que éste emita el correspondiente bono pensional y absolvió de las demás prestaciones (min.41:39, *archivo* "21AudioAudienciaSentencia19092023.mp4").

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

EDILBERTO HINCAPIÉ CELIS llamó a juicio a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y BAYER S.A., con el fin de que **BAYER S.A.** reporte a **COLPENSIONES** el último salario real devengado en el mes de julio de 1990 por la suma de \$397.000, que **COLPENSIONES** realice la corrección y actualización y, en consecuencia, una vez liquidado el bono pensional conforme a dicho salario se ordene a **PORVENIR** a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2015, retroactivo, intereses moratorios, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 1° de marzo de 1953, estuvo afiliado al ISS, hoy **COLPENSIONES** con el empleador **BAYER S.A.**, desde el 1° de febrero de 1988 hasta el 03 de julio de 1990, durante el vínculo laboral se hicieron los correspondientes aportes a Seguridad Social devengando como último salario la suma de \$397.000; en la planilla de aportes del mes de julio de 1990 se reportaron 3 días y se tuvo en cuenta un salario proporcional de \$39.700; realizó traslado de régimen pensiones a **PORVENIR** en agosto de 1999; el 17 de septiembre de 2012 elevó petición ante **COLPENSIONES** mostrando sus inconformidades respecto de la liquidación del bono pensional; en el reporte de semanas cotizadas del 15 de agosto de 2013 **COLPENSIONES** tomó para los tiempos de vinculación con **BAYER** como último salario el de los días de julio de 1990 pero no el salario del mes completo, por lo que le solicitó al fondo de pensiones la corrección de su historia laboral.

Manifestó que el 3 de febrero de 2014, **PORVENIR** inició gestiones para que **COLPENSIONES** realice las correcciones y se expida el cálculo actuarial; el 12 diciembre de 2014, **COLPENSIONES** en respuesta al derecho de petición elevado por **BAYER S.A.** expresó que es improcedente realizar la corrección y actualización dado que el empleador reportó un valor de \$41.025, en vez de \$397.000; el 02 de mayo de 2017, **COLPENSIONES** señaló que luego de verificar las bases de datos se evidenció que el empleador **BAYER** reportó como salario para el mes de julio de 1990 \$65.070; el 12 de abril de 2018 radicó

ante **PORVENIR** solicitud de pensión de vejez; y el 13 de agosto de 2018 el **MINISTERIO DE HACIENDA** emitió liquidación del bono pensional tomando para el mes de julio de 1990 un salario de \$65.070 (pág. 291 a 315, archivo “02DemandaAnexos”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

BAYER S.A. se opuso a las pretensiones relacionadas con esa entidad, aceptó los pagos a seguridad social, el extremo final del contrato de trabajo, el último salario devengado por el demandante, el valor que se tuvo en cuenta para el reporte de los 03 días laborados en julio de 1990, las peticiones presentadas por el actor y sus respuestas, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, cobro de lo no debido y prescripción (pág. 373 a 385, archivo “02DemandaAnexos”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS, los aportes realizados a seguridad social, el tiempo laborado en **BAYER**, el traslado de régimen pensional, las peticiones presentadas, sus respuestas y la liquidación del bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación*, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe - principio de legalidad, prescripción y la innominada o genérica (pág. 411 a 429, archivo “02DemandaAnexos”).

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a cualquier condena que pueda ser impartida en su contra, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, el traslado de régimen pensional, las gestiones adelantadas para solucionar el caso del afiliado, las solicitudes presentadas y sus respuestas, señaló que los demás hechos no le

constaban y propuso como previa la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y como de mérito las excepciones de *inexistencia de la obligación*, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y compensación (pág. 463 a 481, archivo “02DemandaAnexos”).

En audiencia del 12 de diciembre de 2019 se ordenó vincular a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES**, como litisconsorcio necesario (pág. 603 a 605, archivo “02DemandaAnexos”), entidad a quien se le tuvo por no contestada la demanda en auto del 28 de abril de 2023 (archivo “12AutoTieneNoContestadaDemanda28042023”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.41:39, archivo” “21AudioAudienciaSentencia19092023.mp4”)

El 19 de septiembre de 2023, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR que el salario devengado por el demandante Edilberto Hincapié Celis, con base en la relación laboral a favor de su empleador Sociedad BAYER S.A., hasta el mes julio de 1990, correspondía a la suma de \$397.000 mensuales. **SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES proceder a aclarar la historia laboral del demandante Edilberto Hincapié Celis, incluyendo como Ingreso Base de Cotización, para el mes de julio de 1990, el valor de su remuneración mensual equivalente a \$397.000. **TERCERO: ORDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES que una vez haya realizado la corrección, proceda a remitir la información a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para la elaboración del correspondiente bono pensional. **CUARTO: ORDENAR** a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OFICINA DE BONOS PENSIONALES

*para que dentro de los términos de ley emita un bono pensional complementario una vez reciba información pertinente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES teniendo como ingreso el real devengado por el demandante a la fecha de terminación de su contrato de trabajo. **QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda. **SEXTO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al reconocimiento y pago de la suma equivalente a 1 SMLMV, a favor del demandante Edilberto Hincapié Celis, en que se estiman las agencias en derecho. Finalmente, y en caso de no ser apelada la presente decisión concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al serle la decisión adversa. (...).*

Como sustento de la decisión la Juez indicó que la sociedad **BAYER S.A.** fue empleador del demandante hasta el 03 de julio de 1990 y allegó soporte de pago de seguridad social con la correspondiente novedad de retiro para ese periodo, con registro de días no remunerados equivalentes a 27 y un salario de \$39.700 para esos tres días, de lo que dedujo que el Instituto de Seguros Sociales hoy **COLPENSIONES** se equivocó en la estimación del ingreso base de cotización reportado a la oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para efectos de la liquidación del bono pensional, pues a la fecha del retiro del actor su salario real devengado ascendía a la suma de \$397.000 y no la suma de \$39.700, el cual sólo correspondía a la remuneración de 3 días, lo que influyó negativamente en el monto definitivo de la liquidación del bono Tipo A categoría dos.

Por tal motivo, ordenó expedir un bono complementario por la diferencia derivada del mayor valor del salario reportado para el ciclo correspondiente a julio de 1990. Frente al reconocimiento pensional, precisó que para la pensión de vejez que va a ser financiada con un bono pensional, es necesaria su emisión y la aprobación del afiliado de la liquidación provisional, por lo que concluyó que no es posible ordenar el reconocimiento de forma prematura sin que se hayan

comprobado previamente el cumplimiento de los requisitos financieros que da derecho a percibir la prestación económica. En este caso, sostuvo que cuando el accionante solicitó la pensión de vejez no contaba con la totalidad o el capital necesario para financiar su pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual, motivo por el cual esa prestación se encuentra supeditada al cálculo actuarial que se emita con ocasión del presente proceso.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación al considerar que si es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez. Adujo que si las entidades no hubieran actuado de la forma en que lo hicieron y hubieran acogido las múltiples peticiones para ajustar el salario real reportado por **BAYER**, el bono pensional se hubiera podido redimir de forma normal, se hubiera acreditado el capital necesario y suficiente que requería el actor para que a partir del 1° de marzo de 2015 disfrutara del derecho a la pensión de vejez por parte de **PORVENIR**. Por eso, sostiene que dicho error está influyendo negativamente en los intereses pensionales de su poderdante, por lo que se debe ordenar el reconocimiento de la pensión, junto con los intereses moratorios, pues el afiliado no puede asumir dicha demora y no puede quedar inmerso en la actitud pasiva que asumió también **PORVENIR**, quien es su administradora de pensiones (min.43:38, *archivo* "21AudioAudienciaSentencia19092023.mp4").

El apoderado de **COLPENSIONES** indico que la entidad siempre ha actuado de buena fe y conforme a derecho ya que la información suministrada por parte del empleador **BAYER S.A.** para julio de 1990 corresponde a \$39.700; además, el actor no se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que no es dable imponer ninguna clase de condena (min.51:46, *archivo* "21AudioAudienciaSentencia19092023.mp4")

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **MINISTERIO DE HACIENDA** indicó que no puede realizar la corrección del salario reportado por la empleadora **BAYER S.A.** en julio de 1990, por no estar legalmente facultada para hacerlo, ya que su única obligación es liquidar, emitir y redimir el bono pensional, aspecto que realizó mediante Resolución No. 17688 de fecha 22 de febrero de 2018.

El apoderado actor y el apoderado de **COLPENSIONES** reiteraron los argumentos expuestos en los recursos.

La apoderada de **PORVENIR** señaló que le asiste razón al Juzgado cuando concluyó que cuando el demandante solicitó la pensión no contaba con el capital suficiente por lo que dicha prestación se supedita al cálculo de **COLPENSIONES** no siendo procedente reconocimiento pensional a cargo de esa AFP.

Y la apoderada de **BAYER S.A.** solicitó la confirmación de la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si procede la emisión del bono pensional complementario y si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez a favor de **EDILBERTO HINCAPIÉ CELIS**, conforme

con los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i) EDILBERTO HINCAPIÉ CELIS** nació el 1° de marzo de 1953 (*pág. 5, archivo “02DemandaAnexos”*) y se afilió al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1° de febrero de 1988 (*pág. 139, archivo “04AnexosColpensiones”*); **ii)** entre el demandante **EDILBERTO HINCAPIÉ CELIS** y **BAYER S.A.** existió un contrato de trabajo que se ejecutó del 22 de febrero de 1988 al 03 de julio de 1990 (*pág. 153, archivo “02DemandaAnexos” y pág. 39, archivo “04AnexosColpensiones”*); **iii)** el último salario devengado por el trabajador al servicio de **BAYER S.A.** ascendió a la suma de \$397.000 (*pág. 155 a 157, archivo “02DemandaAnexos”*); **iv)** conforme con la planilla de aportes de julio de 1990 **BAYER** reportó la novedad de retiro del demandante para el 03 de julio de 1990, con un salario base para efecto de cotizaciones de esos tres días de \$39.700, y señalando como no remunerados un total de 27 días (*pág. 405, archivo “02DemandaAnexos”*); **v)** **EDILBERTO HINCAPIÉ CELIS** se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de **PORVENIR**, el 10 de agosto de 1999 (*pág. 483, archivo “02DemandaAnexos”*); **vi)** en comunicaciones del 12 de septiembre de 2012 y 13 de noviembre de 2014, tanto el afiliado como la empresa **BAYER S.A.** le solicitaron a **COLPENSIONES** la corrección del último salario para que se fije en la suma de \$397.000 (*pág. 13 a 17 y 111 y 114, archivo “02DemandaAnexos”*); **vii)** el 12 de abril de 2018, el actor solicitó la pensión de vejez (*pág. 197 y 198, archivo “02DemandaAnexos”*), petición que fue negada por **PORVENIR** al advertir que el afiliado no cuenta con capital suficiente para financiar la prestación (*pág. 199, archivo “02DemandaAnexos”*); **viii)** en comunicación del 02 de agosto de 2018, **PORVENIR** al dar alcance a una solicitud de simulación de salario presentada por el accionante, informó que el bono pensional fue pagado el 28 de febrero de 2018, el cual

actualizado al 31 de enero de 2018 asciende a la suma de \$86.839.000 (pág. 211 a 2015, archivo “02DemandaAnexos”).

- **Sobre la liquidación de los bonos pensionales de personas que se trasladaron del RPM al RAIS conforme el salario de referencia del 30 de junio de 1992**

El actual Sistema General de Pensiones, adoptado en la Ley 100 de 1993, estableció la existencia a partir del 1° de abril de 1994 de dos (2) regímenes pensionales que coexisten, pero son a su vez excluyentes entre sí, conforme el artículo 12 de la precitada Ley, siendo un derecho de los afiliados la selección libre y voluntaria del régimen al cual desean pertenecer conforme indica el literal b) del artículo 13 *ibidem*.

El artículo 113 de la Ley 100 de 1993, estableció que en el evento de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS se genera el reconocimiento del bono pensional, siempre y cuando cumplan los requisitos exigidos en el artículo 115 de dicha norma. Este último artículo consagró los 4 eventos en los que los afiliados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS tienen derecho al bono pensional, los cuales constituyen aportes destinados a contribuir con la conformación del capital necesario para financiar la pensión, siendo dichos eventos los siguientes: **i)** cuando realizaron cotizaciones al extinto ISS o a las cajas o fondos de previsión del sector público, siempre y cuando al momento del traslado hubiesen cotizado al menos 150 semanas; **ii)** cuando estuvieron vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos; **iii)** que hayan sido vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tuvieran a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; **iv)** que hayan sido afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

A su vez, el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 estableció que para determinar el valor de dicho bono se tendrá en cuenta la base de

cotización del afiliado al 30 de junio de 1992 o, en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para entonces estuvo cesante.

En desarrollo de las precitadas disposiciones, el artículo 1 del Decreto 1748 de 1995, compilado en el artículo 2.2.16.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, definió el bono A como aquel expedido a favor de quienes se trasladan al RAIS, indicando que son de modalidad 1 si la primera vinculación del trabajador fue después del 30 de junio de 1992 y modalidad 2 si la primera vinculación fue antes del 1º de julio de 1992. A su vez, el artículo 27 del Decreto 1748 de 1995, compilado en el artículo 2.2.16.2.3.2 del Decreto 1833 de 2016, reafirmó que la fecha base para el cálculo del bono es el 30 de junio de 1992, lo que concuerda con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, por cuanto para liquidar el bono se considera la base de cotización del afiliado al 30 de junio de 1992 o el último salario devengado antes de dicha fecha si esta cesante para entonces.

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha determinado de forma pacífica y reiterada, que para efectos de liquidar el bono pensional ha de considerar como salario de referencia aquel con el cual se realizaron los aportes al extinto ISS al 30 de junio de 1992, sin que pueda ser superior a la categoría máxima de aportes asegurable adoptada en las tablas del Acuerdo 048 de 1989 aprobado con el Decreto 2610 de 1989. La anterior postura ha sido reafirmada en las sentencias SL Rad. 32.349 del 22 de septiembre de 2009, SL Rad. 36.340 del 09 de mayo de 2010, SL15601 de 2016, SL4946 de 2018, SL4605-2020, entre otras.

Ahora, respecto de bonos complementarios su regulación se encuentra en el artículo 2.2.16.7.17. del Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, modificado por el Decreto 790 de 2021, que establece que cuando el valor de un bono emitido aumente, por efecto de una reclamación, se expedirá un bono complementario por la diferencia, siguiendo las

mismas reglas contenidas en el citado Decreto (artículo 2.2.16.7.8.) Para efectos del bono complementario, la diferencia se establecerá entre el valor de un bono que utilice la totalidad de la información, calculado a la fecha de emisión del bono complementario, menos el valor del bono anterior, actualizado y capitalizado hasta dicha fecha.

A su vez, el artículo 2.2.16.7.8. del Decreto 1833 de 2016, señala que para la liquidación y emisión del bono solo se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o por el contribuyente, si es diferente, o aquella certificada que no haya sido negada por alguno de estos dos. El parágrafo 2° del mismo artículo consagra que el emisor tendrá la posibilidad en cualquier momento, mientras el bono no haya sido expedido, de revisar la información laboral utilizada y reliquidar de oficio, de lo cual se dejará constancia en la liquidación.

Y el Parágrafo 5° *ibidem* consagra que “Cuando por cualquier causa se genere un bono pensional complementario y deba ser emitido a favor de un pensionado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, habiendo transcurrido sesenta (60) días calendario, desde que la Administradora de Pensiones le ha comunicado que es necesaria la confirmación y/o aceptación de la nueva historia laboral para la emisión del bono, y el pensionado no haya hecho uso de cualquier medio verificable para su aprobación, la AFP certificará tal situación al emisor del bono pensional, procediendo en razón del nuevo valor del bono a solicitar la emisión del bono complementario, adjuntando copia de la anterior autorización de emisión firmada por el afiliado o beneficiario. En el evento que, con posterioridad al término señalado en el presente parágrafo; el pensionado acceda a firmar la nueva historia laboral, la misma se adjuntará en el expediente pensional y la entidad administradora deberá contar con la constancia de comunicación al pensionado”.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró como último salario devengado por **EDILBERTO HINCAPIÉ CELIS** al servicio de **BAYER S.A.** la suma de \$397.000, ordenó a **COLPENSIONES** a realizar la corrección de la historia laboral y reportar la correspondiente novedad a la oficina de bonos pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** para que esta última emita un bono pensional complementario.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia porque considera que la entidad ha actuado de buena fe y, además, no se le puede imponer ninguna clase de condena dado que el demandante no se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para resolver dicho recurso es pertinente señalar que está demostrado en este juicio que el último salario devengado por **EDILBERTO HINCAPIÉ CELIS** en vigencia del contrato de trabajo que ejecutó a favor de **BAYER S.A.**, desde el 22 de febrero de 1988 al 03 de julio de 1990 ascendió a la suma de \$397.000, aspecto que fue aceptado por el empleador al contestar la demanda, se informó a **COLPENSIONES** en diferentes peticiones y no fue objeto de alzada. También se acreditó y no es objeto de reproche que al estar inicialmente el actor afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde febrero de 1988 y al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en agosto de 1998, le asiste derecho a la emisión de bono pensional Tipo A modalidad 2 teniendo en cuenta la base de cotización del afiliado al 30 de junio de 1992 o, en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para entonces estuvo cesante.

De acuerdo con la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** el 14 de enero de 2017 (*pág. 139, archivo "04AnexosColpensiones"*), al 30 de junio de 1992 el demandante no registra periodo cotizado,

motivo por el cual, para todos los efectos, se debe acudir al último salario devengado antes de esa fecha, esto es, al 03 de julio de 1990, último día que laboró al servicio de **BAYER S.A.**, por lo que al estar demostrado que para esa momento el salario ascendía a la suma de \$397.000 sería suficiente para tener ese monto como base de cotización al 30 de junio de 1990.

Sin embargo, al revisar la planilla de aportes de julio de 1990, BAYER reportó la novedad de retiro del demandante para el 03 de julio de 1990, con un salario base de cotización de esos tres días de \$39.700, y señalando como no remunerados un total de 27 días (pág. 405, archivo “02DemandaAnexos”), es decir, que en este caso el empleador reportó el monto que devengó el actor para los días laborados en julio de 1990, esto es, 39.700, pero no el salario total \$397.000.

Nótese que esa actuación administrativa adelantada por **BAYER S.A.** desconoció los postulados de los artículos 19, 20 y 21 del Acuerdo 044 de 1989, expedido por el Instituto de Seguros Sociales, y aprobado por el Decreto 3063 de 1989, que obligaba a esa empresa a reportar el salario real devengado por el trabajador, sin importar los días objeto de cotización, lo que generó que el Instituto de Seguros Sociales registrara en la historia laboral del afiliado un cambio de salario muy inferior a lo que realmente devengaba, que en ultimas terminó perjudicando al accionante puesto que este valor fue el que comunicó el fondo de pensiones a la Oficina de Bonos Pensionales, en cumplimiento del artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

Por ende, es evidente que el único responsable de ese reporte inicial fue el empleador. No obstante, antes de la fecha de emisión y redención del Bono Pensional tipo A modalidad 2, efectuado por el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO** mediante Resolución No. 17688 de fecha 22 de Febrero de 2018, como lo informó **PORVENIR** en comunicación del 02 de agosto de 2018 (pág. 211 a 2015, archivo “02DemandaAnexos”) y fue aceptado por el apoderado

del Ministerio en los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, tanto el demandante como la empresa **BAYER S.A.**, en diferentes oportunidades, le advirtieron al ISS y a **COLPENSIONES** la inconsistencia presentada respecto del salario devengado por el trabajador, sin que el administrador del Régimen de Prima Media realizara el control respectivo y ajustara la historia laboral, aspecto que lo permitía el Decreto 1748 de 1995, lo que condujo a que **COLPENSIONES** reportara en el archivo laboral masivo como salario base a 30 de junio de 1992 la suma de \$65.070, monto que tuvo en cuenta la Oficina de Bonos Pensionales para la emisión del respectivo bono.

Por tal motivo, la entidad responsable de ajustar la novedad del salario en la historia laboral del actor sigue siendo **COLPENSIONES**, quien es la única autorizada para actualizar el archivo masivo que se remite al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, lo que descarta el planteamiento expuesto en la alzada, por lo que este aspecto de la sentencia se confirmará.

Con todo, el expedirse ya un bono por parte del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, lo que procede es la reliquidación del título pensional a través de un bono complementario, en los términos del artículo 2.2.16.7.17. del Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, modificado por el Decreto 790 de 2021, cuyo trámite inicial le corresponde adelantar la administradora de fondo de pensiones donde se encuentre actualmente vinculado el afiliado, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 2.2.16.7.8. del referido Decreto (parágrafo 5°, por remisión del artículo 2.2.16.7.17.). En este caso **PORVENIR**, pese a estar enterada de dicha circunstancia, no desplegó ninguna acción para obtener el ajuste del archivo masivo por parte de **COLPENSIONES** y posteriormente solicitar el bono complementario y así darle solución al afiliado respecto del derecho pensional que se reclama, es decir, también se ha presentado por parte de dicho fondo

un actuar negligente y lento en este trámite, en perjuicio del afiliado quien aún no se le ha otorgado la pensión petitionada años atrás.

En tal sentido, al someterse a escrutinio judicial la situación particular del demandante, lo procedente y adecuado es que, una vez **COLPENSIONES** actualice el archivo masivo y remita la información oficina de bonos pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, dicho Ministerio emita el correspondiente bono pensional complementario, en los términos ordenados por el *a quo*, razón suficiente para confirmar este aspecto de la sentencia.

Se advierte que, aunque no fue objeto de litigio, la consecuencia de la modificación del salario base de cotización de los 3 días del mes de julio de 1990 podría conllevar la reliquidación del respectivo aporte pensional de ese periodo a cargo de **BAYER S.A.**, motivo por el cual de ser necesario **PORVENIR** puede ejercer las acciones correspondientes en caso de existan diferencias a favor del sistema pensional.

- **Pensión en de Vejez en el RAIS**

Para resolver la apelación presentada por la parte demandante, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 define que *“los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar”*.

Al efecto es pertinente citar el contenido del literal a) del artículo 4° del Decreto 1889 de 1994, norma que define que las pensiones de vejez en el RAIS se financian con los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros, el bono o título

pensional, si hubiere lugar, o con el aporte de la Nación para obtener una pensión mínima.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que mientras no esté consolidado el bono pensional, incluyendo las inconsistencias que sobre el mismo se presenten, no se tiene total certeza de cuál es el saldo de la cuenta de ahorro individual del afiliado y si esta permite el cumplimiento de los condicionamientos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993 para el acceso a la pensión de vejez, por lo que no es posible ordenar a la administradora de pensiones el reconocimiento de la prestación, sin que se haya comprobado previamente el cumplimiento del requisito financiero, hacerlo atenta contra el mandato contemplado en el artículo 48 de la CN (CSJ SL3151-2023).

La misma Corporación precisa que en el en el RAIS no puede hablarse de una fecha de causación y disfrute de la pensión, estrictamente fijada, pues, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, todo depende de la voluntad libre del afiliado y de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual. Y *aunque en el RAIS no es posible identificar una regla fija e invariable de causación y disfrute de la pensión, lo cierto es que la figura del retroactivo pensional no es del todo ajena a su naturaleza y reglas, pues, en todo caso, existe una fecha cierta a partir de la cual se empieza a pagar la prestación, en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente. En ese sentido, una vez reconocida la pensión desde determinada fecha, es a partir de allí que se puede entender configurado el derecho a cualquier pago relativo a la prestación* (SL1168-2019, SL2188-2021 y SL715-2024, entre otras).

Dicho lo anterior, se entiende que el reconocimiento de una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sólo procede cuando la cuenta de ahorro individual del afiliado tiene cierto y definido el valor del capital necesario para financiar la

prestación, esto es, el que define de manera clara el citado artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

Por ello, teniendo en cuenta el fundamento normativo y jurisprudencial referido se confirmará la sentencia de primera instancia que negó el reconocimiento de la pensión, por cuanto el bono complementario no ha sido emitido y redimido, lo que pone en duda de cuál será el saldo de la cuenta de ahorro individual del afiliado, circunstancia que impide el reconocimiento previo, lo que descarta el planteamiento elevado en la alzada. Además, de acuerdo con la AFP, los recursos actuales que reposan en la cuenta del afiliado son insuficientes para financiar la prestación, aspecto que no se cuestiona en esta acción, así como tampoco la negativa al reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez, plasmada en el oficio del 07 de junio de 2018 (*pág. 547, archivo "02DemandaAnexos"*).

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 36-2022-00639-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 26 de febrero de 2024, que declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, reactivó la afiliación al RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN** (min. 1:14:18 archivo “20GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 3 a 20 archivo “01DemandaAnexos”).**

OLGA MARINA BOTERO LIZARAZO solicitó declarar la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, reactivar su afiliación en el RPM, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reconocer intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 18 de julio de 1964 y cotizó al ISS un total de 287,43 semanas, trasladándose al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** a partir del 12 de junio de 1995, afiliación que se llevó a cabo de manera engañosa y desinformada, por lo que radicó derecho de petición ante la demanda **COLPENSIONES** solicitando el traslado de régimen, solicitud que fue negada y luego volvió a presentar petición ante **COLPENSIONES** solicitando la nulidad de la afiliación, recibiendo respuesta negativa.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad del demandante, la afiliación al ISS, la densidad de semanas cotizadas en el RPM, el traslado al RAIS y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de mérito de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica (pág. 2 a 39 archivo “06ContestacionColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y edad del demandante, la cantidad de semanas cotizadas, la afiliación a esa AFP, la solicitud elevada de proyección pensional y su respuesta. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de mérito de Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, Aprovechamiento Indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica (pág. 3 a 27 archivo “07ContestacionProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 32:40 archivo “17Audiencia”).

El 26 de febrero de 2024, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por OLGA MARINA BOTERO LIZARAZO, desde el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 12 de junio de 1995, con efectividad a partir del 1 de julio del mismo año, a través de Protección. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN, normalizar la afiliación del actor en el SIAF y trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo 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 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 PROTECCIÓN liquidando como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000). SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES. (...)”.

La Juez a quo fijó como problema jurídico, determinar si viable declarar la ineficacia del traslado al régimen pensional efectuado por la señora **OLGA MARINA BOTERO** el 12 de junio de 1995 efectivo a partir del 01 de julio de 1995 y si a consecuencia de ello, **PROTECCIÓN** debe reintegrar a **COLPENSIONES** todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la aquí demandante, si **COLPENSIONES** debe recibir la afiliación son solución de continuidad, lo que resulte probado ultra y extra *petita* y las costas y agencias en derecho.

Para resolver, indicó que para cuando se trasladó de régimen la demandante en el año 1995 ya existía una disposición normativa con fundamento en la cual AFP debía brindarle a la afiliada los elementos de juicio claros y objetivos para que tomara la mejor decisión en materia pensional, conforme lo prevé la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, considerando que dentro del plenario no se encuentra evidencia contundente que permita corroborar si a la demandante se le brindó toda la información legal necesaria para que ésta tomara la mejor decisión en materia pensional, razón por la cual, al no cumplir la AFP con la carga probatoria que se le impone, debe declararse la ineficacia del traslado del régimen pensional..

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Venció en silencio el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, conforme a los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **OLGA MARINA BOTERO LIZARAZO** nació el 18 de julio de 1964 (pág. 21 archivo “01DemandaAnexos”); *ii)* la demandante se afilió al extinto ISS, en donde cotizó 287,43 semanas desde el 17 de abril de 1989 hasta abril de 1995 (pág. 46 a 47 archivo “06ContestacionColpensiones”); *iii)* la demandante se trasladó a **PROTECCIÓN** mediante formulario No. 0479676 el 12 de junio de 1995 efectivo a partir del 01 de julio de 1995, fondo en el que se encuentra activa actualmente (pág. 30 a 31 archivo “01Demanda”) *iv)* la demandante elevó solicitud de proyección pensional ante **PROTECCIÓN** (pág. 22 a 29 archivo “01Demanda”). *v)* la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante **COLPENSIONES**,

petición que fue negada (pág. 43 a 45 archivo “06ContestacionColpensiones”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, reactivó la afiliación al RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN**.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la

opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que su traslado de fondo de pensiones en el año 1995 obedeció a que a su esposo le informaron que el ISS se iba acabar y que era importante hacer el cambio a un fondo privado, por lo que se contactó con un asesor de la AFP, quien le dijo que en el fondo privado podría pensionarse antes, que si quería reclamar el bono pensional lo podría hacer y que daba mejor rendimiento, sin recibir explicación acerca de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, ni modalidades para pensionarse por vejez, la forma de calcular el monto de la pensión, el funcionamiento de pólizas,

ni del derecho de retracto de aseguramiento, eso sí aclarando que diligenció el formulario. (min. 8:43 archivo “17Audiencia”). Manifestaciones que no benefician a la demandada, puesto que si bien la actora aceptó haber firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** tiene la obligación de recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, lo que conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Por las anteriores consideraciones, la Sala prohijará la decisión de primer grado; no obstante, se adicionará en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba

asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 41-2022-00129-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por **JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO** contra la sentencia del 05 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada **COLPENSIONES** de todas las pretensiones (*min. 09:36, archivo "12GrabacionAudiencia"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO, llamó a juicio al **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con fin de que se reconozca la reliquidación de la pensión de vejez aplicando el Acuerdo 049 de 1990 y una tasa de reemplazo del 90%, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 24 de octubre de 1957, cotizó al sistema pensional más de 1.700 semanas, le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB18706 del 22 de

enero de 2020, conforme Ley 797 de 2003, con un IBL de \$20.026.283, tasa de remplazo del 67% y una mesada de \$13.417.610 a partir del 1° de febrero de 2020; presentó demanda para que le fuera reconocida una mesada pensional y posteriormente radicó solicitud de reliquidación, la cual le fue negada por medio de Resolución SUB 27397 del 2 de febrero de 2022 (*pág. 1 a 5, archivo “01Demanda”*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante y el reconocimiento de la pensión de vejez, expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *carencia de causa para demandar*; prescripción; buena fe; inexistencia de intereses moratorios e indexación; compensación y la innominada o genérica (*pág. 2 a 9, archivo “07ContestacionColpensiones”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 09:36, archivo “12GrabacionAudiencia”*)

El 05 de febrero de 2024, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO: RELEVARSE** del estudio de las excepciones elevadas por la parte demandada. **TERCERO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho, al demandante y a favor de la demandada en la suma única de \$3.000.000. **CUARTO: REMITIR** copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **QUINTO:** En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante. (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que si bien el demandante a la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005

tenía acreditadas 750 semanas, cumplió 57 años de edad en el año 2014, por lo que perdió el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en la medida que no acreditó el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, es decir, contaba con una mera expectativa de adquirir el derecho pensional, la cual no se consolidó al no tener al 31 de diciembre de 2014 60 años de edad, no siendo procedente la reliquidación y tampoco la aplicación del principio de favorabilidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se acceda a la reliquidación. Adujo que, si bien el demandante al 31 de diciembre de 2014 no había cumplido la edad, los requisitos pensionales no son concurrentes, sino que basta con que se cumpla uno de los dos. Y así no sea beneficiario del régimen de transición, se debió reliquidar la pensión teniendo en cuenta las facultades extra y ultra *petita* dado que el actor cotizó 1700 semanas, por lo que le correspondería una tasa de reemplazo del 76%.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó la confirmación de la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a resolver el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el actor acredita los requisitos para acceder a la reliquidación de la pensión de vejez bajo el

Acuerdo 049 de 1990 y si es viable la aplicación de las facultades extra y ultra *petita*.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO** nació el 24 de octubre de 1957 (*pág. 6, archivo “01Demanda”*) y durante toda su vida laboral cotizó al sistema pensional un total de 1.734.29 semanas (*historia laboral, archivo “07.1ExpedienteAdministrativo”*); **ii) COLPENSIONES** mediante Resolución SUB18706 del 22 de enero de 2020, le reconoció al actor la pensión de vejez, bajo los requisitos de la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$13.417.610, a partir del 1° de febrero de 2020 (*pág. 7 a 13, archivo “01Demanda”*); **iii)** El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 17 de febrero de 2021, radicado 2020-00187, reconoció a favor del accionante la mesada causada en el mes de enero de 2020, junto con intereses moratorios, decisión modificada por esta Corporación en providencia del 30 de abril de 2021 (*archivo “GDJ-SEN-SI-2021_11308986-20210927041933”, carpeta “07.1ExpedienteAdministrativo”*), cumplimiento que se materializó a través de la Resolución SUB299282 del 10 de noviembre de 2021 (*pág. 27 y 28, archivo “01Demanda”*); **iv)** y el pensionado presentó solicitud de reliquidación el 06 de octubre de 2021 reclamando la aplicación del Decreto 758 de 1990, petición negada a través de la Resolución SUB27397 del 02 de febrero de 2022 (*pág. 27 a 37, archivo “01Demanda”*)

- Sobre el régimen de transición y la pensión de vejez.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Sala advierte que por regla general las normas que se aplican en materia pensional a una situación concreta son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema.

No obstante, para preservar expectativas legítimas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró un régimen de transición pensional a favor de quienes a la entrada en vigencia del actual Sistema General de Pensiones tuvieran una edad de 40 años para los hombres, 35 años para las mujeres o 15 años o más de servicios cotizados. El Acto Legislativo 1° de 2005 limitó la vigencia de dicho régimen ya que estableció que perdería vigencia el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo tuvieran 750 o más semanas cotizadas, a quienes la norma extendió el régimen de transición hasta el 2014, siendo la fecha límite el 31 de diciembre de 2014 (CSJ SL4040 de 2019, SL4816 de 2020, SL5114 de 2020, entre otras).

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el cumplimiento de los requisitos para beneficiarse del régimen de transición pensional no constituye un derecho adquirido para el afiliado, ya que esa situación corresponde a una probabilidad cierta pero eventual de consolidar un derecho bajo las condiciones que establezca determinada ley, y siempre que no se produzcan cambios en el sistema, puesto que los regímenes de transición tienen un límite temporal, sin que el legislador esté obligado a mantener en el tiempo tales expectativas (CSJ SL7039-2017 SL2387-2020 SL2665-2020 SL2547-2020 SL059-2021 SL969-2023 SL337-2023).

En este asunto, **JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO** pretende la reliquidación de la pensión de vejez según los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 al considerar que se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Al verificar los requisitos previstos en la referida norma se constata que para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el actor contaba con 36 años de edad, por haber nacido el 24 de octubre de 1957 (*pág. 6, archivo “01Demanda”*), y para ese momento había cotizado a pensión un total de 789.14 semanas, de suerte que conservó la expectativa de pensionarse con un régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993,

hasta el 31 de diciembre de 2014, en cumplimiento del Acto Legislativo 01 de 2005, en este caso Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establece como requisitos para acceder a la pensión de vejez, para el caso de los hombres, 60 años de edad y un mínimo de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida, es decir, la pensión de vejez bajo este esquema se consolida con el requisito de edad y de semanas cotizadas, requisitos indispensables y concurrentes que se deben reunir para consolidar el derecho prestacional, contrario a lo afirmado por la parte actora en la alzada.

Al revisar el expediente se tiene que **JAIME RAFAEL ARCINIEGAS RICARDO** pese a tener más de 1.000 semanas cotizadas, cumplió los 60 años de edad el 24 de octubre de 2017 (*pág. 6, archivo “01Demanda”*), esto es, más allá del plazo de expiración del régimen de transición, por lo que su expectativa pensional en este régimen feneció.

Sobre la reliquidación de la pensión aplicando un 76% de tasa de reemplazo bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, tampoco es procedente. Al respecto, no puede desconocer que los juicios laborales deben surtir cada una de las etapas y garantizar el derecho de defensa y contradicción pues, en caso contrario, generaría la vulneración del debido proceso de los usuarios que acuden a la administración de justicia.

Lo anterior se justifica en el presente asunto porque la pretensión relacionada con la referida pretensión no se presentó en la demanda, donde no existe ni siquiera un fundamento jurídico o fáctico que permite inferir que esa fue la intención de la parte actora cuando puso en funcionamiento el aparato jurisdiccional. Tampoco fue objeto de fijación del litigio en la audiencia del artículo 77 del CPTSS (*min. 26:15, archivo “15AudienciaArticulo77Cptss”*), por lo que estudiar de fondo la reliquidación de la pensión concedida bajo Ley 797 de 2003 se estaría soslayando el principio de congruencia que debe existir entre las

pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial y la resolución en la sentencia.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que *“toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia”* (SL2808-2018, SL2604-2021), y que este principio tiene excepciones precisas en el ordenamiento jurídico, como cuando: (i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 *ibidem* (CSJ SL2014-2023).

Y sobre esto último, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que dichas facultades radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia C-968-2003 (CSJ SL5863-2014, SL2808-2018, SL3850-2020, SL2510-2021 y SL2266-2022).

Por tal razón, al ser las facultades extra y ultra *petita* de aplicación excepcional en segunda instancia, en este caso no se cumplen los presupuestos para su práctica, ni siquiera estaban dadas las condiciones para que el Juez de primer grado estudiara la pretensión en uso de esta prerrogativa, motivo por el cual no se acoge el planteamiento realizado por el recurrente.

Bajo el anterior análisis es acertada la decisión adoptada por el *a quo*, por lo que se confirmará.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

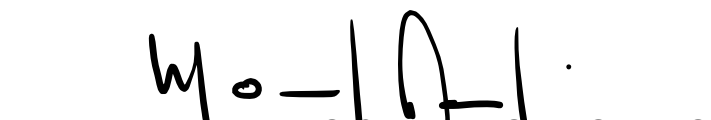
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 42-2023-00173-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por la apoderada de **COLFONDOS S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra el fallo del 22 de febrero de 2024, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual con cargo a recursos propios y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó la actualización de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a **COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** (min. 1:03:38 archivo “16AudioAudienciaFallo20240222”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 7 a 10 archivo “01Demanda”).**

ALCIRA CORTÉS BUITRAGO solicitó declarar nula su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 09 de febrero de 1966, que se afilió al ISS desde 01 de enero de 1991, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLMENA S.A. hoy **PROTECCION S.A.** el 30 de mayo de 1994, afiliación que se llevó a sin recibir información clara y completa por parte de la AFP, caso igual al traslado realizado el 08 de septiembre de 2000 con **COLFONDOS S.A.**

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, la afiliación al RPM y traslado al RAIS. Expresó que no le constan o no son ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de la nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y buena fe de Colpensiones (pág. 2 a 20 archivo “06SustitucionPoderContestacionHistoriaLaboralColpensiones”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó el hecho relativo a la edad de la demandante. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A. (Pág. 9 a 29 archivos “07ContestacionDemandaColfondos”).

PROTECCIÓN S.A. guardó silencio, por lo que por auto dictado en audiencia del 22 de febrero de 2024 el despacho tuvo por no contestada la demanda (min. 6:00 archivo “16AudioAudienciaFallo20240222”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:03:38 archivo “16AudioAudienciaFallo20240222”).

El 22 de febrero de 2024, el Juzgado 42 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…)PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que realizó la demandante ALCIRA CORTES BUITRAGO, identificada con la cedula de ciudadanía No. 51.800.470 del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colpatria hoy PROTECCIÓN S.A el 30 de mayo de 1994, así como el traslado hecho

posteriormente de ING hoy PROTECCIÓN S.A a COLFONDOS S.A el 23 de febrero de 2002, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a PROTECCION S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúen las AFP Colfondos S.A y Protección S.A para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas. **QUINTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva, así como los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso. **SEXTO: CONDENAR** en costas junto con agencias en derecho a COLFONDOS y PROTECCIÓN, las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de 1 SMLMV que deberán pagar a prorrata en favor de la demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES. **SEPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S. (...)."

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar la validez del traslado de régimen pensional que realizó la demandante del RPM administrado hoy por **COLPENSIONES** al RAIS administrado en su momento por **COLFONDOS S.A.** el 23 de febrero de 2002, a la luz de lo previsto en la ley y la jurisprudencia, o si éste es ineficaz.

Para resolver, la Juez indicó que no se controvierte dentro del presente asunto que la demandante estuvo afiliada al RPM y con posterioridad se trasladó al RAIS mediante una vinculación realizada a la AFP COLPATRIA, quien aceptó realizar de forma libre y voluntaria la escogencia de régimen, no obstante, tal información no demuestra de manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente y nada diferente se puede concluir del interrogatorio de parte, pues al efecto solo manifestó que en el año 1994 trabajaba en el Colegio Hispano Inglés, a donde asistió un asesor de la AFP y fueron reunidos todos los docentes y

administrativos de la institución para que recibieran una charla por parte del asesor del fondo, aclarando que dicha reunión fue corta manifestación de la cual no se tiene confesión alguna relacionada con el cumplimiento de la información por parte de la AFP **PROTECCIÓN**, pues el dicho de la demandante resulta insuficiente para entender que la entidad cumplió con el deber de la información, adicionalmente, dijo que como no obra prueba tendiente a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP y como no se tiene acreditado que al momento mismo en que se efectuó el traslado de régimen, la AFP hubiera brindado a la demandante una asesoría e información objetiva, suficiente y clara, considera que se configuró una vulneración del deber de información como requisito esencial del traslado lo que incide en la validez del cambio de régimen.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLFONDOS S.A.** interpone recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando que esa AFP respetó la decisión libre, consciente y voluntaria de la parte actora al haber suscrito formulario de afiliación a la entidad en el año 2002, a tal punto que ella misma indicó que diligenció el formulario, además que, no es de recibo que después de un poco más de quince años de estar afiliada al RAIS manifieste que no recibió información suficiente, máxime que tenía conocimiento sobre los rendimientos y sustitución pensional, adicionalmente, a que informó que no se acordaba de los requisitos del RAIS, lo que no implica que no se le haya hablado de ello, además, que dijo que su inconformidad con el RAIS era por su calidad económica.

De otra parte, manifestó que no es viable la condena al traslado del porcentaje de garantía de pensión mínima, seguro previsional y gastos de administración, toda vez que la demandante no se vio afectada por el cobro de estos conceptos y por último, se opone a la indexación de tales rubros en razón a que la actuación de su representada siempre estuvo precedida de buena fe y los parámetros legales de la época (min. 57:16 archivo “16AudioAudienciaFallo20240222”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó se confirme la sentencia de primera instancia. Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES**, en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo.

Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLMENA S.A.** hoy **PROTECCION S.A.**, así como del traslado horizontal a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la condena impuesta a esa AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, primas de seguro previsional y porcentaje de garantía de pensión mínima, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **ALCIRA CORTÉS BUITRAGO** nació el 09 de febrero de 1966 (pág. 219 archivo “01DemandaAnexos”); **ii)** la demandante se afilió al ISS el 01 de enero de 1991 (pág. 22 a 26 archivo

“06SustitucionPoderContestacionHistorialaboralColpensiones”); **iii)** la demandante se afilió **COLFONDOS S.A.** el 01 de abril de 2004, AFP en la cual permanece vinculada (pág. 54 archivo “07ContestacionDemandaColpensiones”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual con cargo a recursos propios y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó la actualización de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a **COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** Contra la anterior decisión **COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información

objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, debe comenzar la Sala por advertir que en el caso de marras no hay duda alguna acerca del traslado de la demandante del RPM al RAIS, acaecido el 01 de junio de 1994, mediante afiliación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, pues aun cuando esa AFP no contestó la demanda, lo cierto es que en el expediente milita el histórico SIAFP expedido por ASOFONDOS (pág. 54 archivo “07ContestacionDemandaColfondos”), así como el formulario de afiliación a COLMENA con radicado 1010015394 del 30 de mayo de 1994 (pág. 337 archivo “01DemandaAnexos”), documentos en los cuales consta la

solicitud de traslado realizada por la señora **ALICIA CORTÉS BUITRAGO** a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 30 de mayo de 1994, materializada el 01 de junio de 1994.

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si en el presente asunto se cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, en verdad no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, pues en la medida que ésta optó por no contestar la demanda, no milita ninguna prueba a su favor; por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional. Situación idéntica ocurrió con la AFP **COLFONDOS** que no probó el cumplimiento del deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS por que se le aseguró que el ISS iba a desaparecer y que en el RAIS obtendría mejores beneficios (min. 11:24 archivo “16AudioAudienciaFallo20240222”); manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino

que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la AFP demandada deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual

reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primer grado; no obstante, se adicionará en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 42-2023-00177-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 05 de febrero de 2024, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual con cargo a recursos propios y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó la actualización de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la demandada **PORVENIR S.A.** (min. 37:55 archivo “13AudioAudienciaFallo20240205”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 6 a 8 archivo “01DemandaAnexos”).**

HERNÁN ROBERTO ÁVILA VÁSQUEZ solicitó declarar la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS ante **PORVENIR**, reactivar su afiliación en el RPM sin solución de continuidad, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que estuvo afiliado al ISS entre el 29 de junio de 1995 hasta el 30 de marzo de 1999, acumulando un total de 421,75 semanas cotizadas, trasladándose al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** a partir del 01 de abril de 1999, afiliación que se llevó a cabo de manera desinformada y engañosa por parte del asesor de la AFP, por lo que el 26 de septiembre de 2022 radicó petición ante las demandadas solicitando declarar la nulidad del traslado de régimen, recibiendo respuesta negativa por parte de **COLPENSIONES**.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación del demandante al ISS, pero señalando que esta ocurrió en el año 1986, la densidad de semanas cotizadas y la respuesta negativa brindada a la petición elevada el 26 de septiembre de 2022. Expresó no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso 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 (pág. 2 a 15 archivo “05ContestacionDemandaColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación del demandante a esa AFP y la radicación de derecho de petición el 26 de septiembre de 2022, indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda y formuló las excepciones de deber de información a cargo de las AFPS - no hay retroactividad en la norma para exigir obligaciones no existentes en el momento del traslado, efectos de la ineficacia de un acto jurídico, restituciones mutuas, enriquecimiento sin causa si no se dan las restituciones mutuas, improcedencia de devolución de gastos de administración y prima de seguros previsionales, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, prescripción. (pág. 3 a 32 archivo “06ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 32:22 archivo “13AudioAudienciaFallo20240205”).

En audiencia celebrada el 05 de febrero de 2024, el Juzgado 42 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: **DECLARAR** LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que realizó el demandante HERNÁN ROBERTO ÁVILA VÁSQUEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la vinculación que realizó a Porvenir S.A., el día 04 de febrero de 1999 conforme se expuso en la parte motiva. SEGUNDO: **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de*

*invalidéz y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúe la AFP PORVENIR S.A para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si éste nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de su historia laboral en semanas cotizadas. CUARTO: **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por las demandadas. QUINTO: **CONDENAR** en costas a la demandada PORVENIR S. A. Se fija como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV el cual deberá ser cancelado en favor de la parte demandante, sin costas a cargo de COLPENSIONES. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES consúltese con el Superior en los términos que define el artículo 69 del C.P.T y de la S.S. (...)."*

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer la validez del traslado de régimen pensional que realizó el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante la vinculación que se realizó a la AFP **PORVENIR S.A.** el 04 de febrero de 1999 y establecer si dicho acto de traslado cumple con los requisitos previstos en la ley y en la jurisprudencia.

Para resolver, indicó que verificadas las pruebas del expediente se observa el formulario de traslado que suscribió el demandante, de éste se deduce que aceptó realizar en forma libre y voluntaria en la escogencia de régimen de ahorro individual; no obstante, tal afirmación no demuestra el tipo de asesoría que recibió y en el interrogatorio de parte el demandante solo manifestó que para el momento del traslado acudieron asesores de **PORVENIR** a la empresa donde laboraba, quienes hicieron una reunión corta donde informaron que el ISS se iba a acabar y que tendrían ciertas garantías y beneficios en los fondos privados, pruebas de las cuales no se puede obtener confesión alguna respecto al cumplimiento del deber de información por parte de la AFP demandada, pues al efecto, el actor nada manifestó de forma particular para entender que dicha AFP hubiera cumplido, brindando la información en los términos previstos en la jurisprudencia. Agregó, que no obran más pruebas susceptibles de valoración y tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP **PORVENIR**, así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado dicha AFP le hubiera brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara, tendiendo su situación personal sobre los efectos del traslado. Concluyó, que se configuró una vulneración al deber de información como requisito de la

esencia del traslado, lo que incide necesariamente en la validez de ese cambio de régimen pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia, en cuanto al pago de gastos de administración e indexación de tales rubros, considerando que las sumas correspondientes a gastos de administración son diferentes a los aportes obrantes en la cuenta individual del actor y no han perdido poder adquisitivo, pues contrario a ello, estos lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor, adicional a que los gastos administrativos no hubiesen generado en el RPM ningún tipo de rendimiento en favor de la parte actora. Por último, se opuso a la condena en costas, indicando que la AFP se somete a un proceso que no puede evitar, toda vez que lo rige la prohibición del artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003, en virtud del cual no puede autorizar el traslado de régimen de aquellos afiliados que se encuentren a 10 años o menos de adquirir la edad de pensión y, además, no puede acceder materialmente al mecanismo de solución de conflictos toda vez que también depende del ánimo conciliatorio de **COLPENSIONES**. (min. 39:55 archivo “13AudioAudienciaFallo20240205”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia y conceder todas las pretensiones invocadas.

Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de

apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la condena impuesta a esa AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración debidamente indexados y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **HERNÁN ROBERTO ÁVILA VÁSQUEZ** estuvo afiliado y cotizó al ISS (pág. 35 a 40 archivo “05ContestacionDemandaColpensiones”); *ii)* el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de vinculación No. 01137897 del 04 de febrero de 1999, efectivo a partir del 01 de abril de 1999, AFP en la cual permanece vinculado (pág. 102, 112, 126 archivo “06ContestacionPorvenir”); *iii)* el 26 de septiembre de 2022 el demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, petición que fue negada por **COLPENSIONES** (pág. 49 a 62 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual con cargo a recursos propios y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó la actualización de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la demandada **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley

100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008,

SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria; por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó que se afilió a **PORVENIR S.A.** porque un asesor de ese fondo fue a la empresa y realizó una reunión de no más de 10 minutos aproximadamente, quien le informó que el ISS desaparecería y que en ese momento afiliarse a **PORVENIR** era una ventaja porque no perdería la pensión y tendría ciertas garantías y beneficios con el fondo; por otro lado, negó haberse acercado a algún canal de información de **COLPENSIONES** (min. 8:52 archivo “13AudioAudienciaFallo20240205”). Manifestaciones que no benefician a la demandada, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del demandante por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se

ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la AFP demandada deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo

propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad expuesta por **PORVENIR S.A.** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

En consecuencia, la Sala prohijará la decisión de primer grado; no obstante, se adicionará en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 43 2023 00464 01

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a favor de la entidad pública, contra la sentencia del 15 de diciembre de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual ordenó a **COLPENSIONES** a realizar el cálculo actuarial por el tiempo laborado por **GILMAR LOZANO GONZÁLEZ** del 8 de febrero de 1988 al 2 de diciembre de 1992 y condenó a **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** a pagar dicho cálculo (*min. 33:00, enlace primera parte archivo "13ActaFallo202300464"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

GILMAR LOZANO GONZÁLEZ llamó a juicio a **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** y a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo en la modalidad aprendizaje SENA con **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** del 08 de

febrero de 1988 al 15 de enero de 1990 y un contrato a término indefinido con la misma empresa desde el 16 de enero de 1990 al 8 de septiembre de 1999, que desde el 08 de febrero de 1988 al 2 de diciembre de 1992 el empleador no realizó aportes a pensión y, en consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** a expedir el respectivo cálculo actuarial y a **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** a realizar su pago, junto con las condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico señaló que con **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** existió un contrato de trabajo en la modalidad aprendizaje SENA como Mecánico de Taller, desde el 08 de febrero de 1988 hasta el 15 de enero de 1990, sin que el empleador lo afiliara al sistema pensional; posteriormente, existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 16 de enero de 1990, desempeñando el mismo cargo; **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** lo afilió a pensión el 03 de diciembre de 1992; el contrato de trabajo terminó el 08 de septiembre de 1999, sin que la empresa pagara los aportes a pensión por el periodo del 8 de febrero de 1988 al 2 de diciembre de 1992 (*pág. 1 a 3, archivo “01DemandaAnexos”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. se opuso a las pretensiones, salvo la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, afirmando que la afiliación del demandante al Sistema de Seguridad Social se realizó a partir del 03 de diciembre de 1992 cuando se implementó la extensión de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, dado que para la época de la celebración del contrato de trabajo suscrito entre las partes ésta no aplicaba para los trabajadores de Puerto Wilches (Santander). Frente a los hechos aceptó la existencia del contrato de aprendizaje y el contrato de trabajo en los extremos señalados, los cargos desempeñados y la afiliación al sistema pensional. Propuso las excepciones de *prescripción*, inexistencia de la obligación – cobro de lo no debido, buena fe de la

empresa y la innominada o genérica (pág. 2 a 15, archivo “06ContestacionPalmas”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de afiliación del accionante al sistema pensional y la terminación del contrato de trabajo, expresó que los demás hechos no le constaban y 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 la innominada o genérica (pág. 3 a 17, archivo “09ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 33:00, enlace primera parte archivo “13ActaFallo202300464”)

El 15 de diciembre de 2023, el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a realizar el cálculo actuarial que se genere en favor del demandante GILMAR LOZANO GONZALEZ, por los aportes a pensión causados por el periodo del 8 de febrero de 1988 al 2 de diciembre de 1992, para lo cual deberá tomar los siguientes valores por concepto de IBC: para el año 1988 \$25.637, 1989 \$32.560, 1990 \$60.000, 1991 \$78.250 y 1992 \$90.900. **SEGUNDO: CONDENAR** a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS a pagar ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el cálculo actuarial que se genere en favor del demandante GILMAR LOZANO GONZALEZ, por los aportes a pensión causados por el periodo del 8 de febrero de 1988 al 2 de diciembre de 1992, representados en un título pensional con destino a COLPENSIONES, previo cálculo efectuado por dicha AFP y su recepción a conformidad. **TERCERO:**

DECLARAR no probados los supuestos de hecho que soportan las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido propuestas por PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., y las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, cobro de lo no debido propuestas por COLPENSIONES. **CUARTO: COSTAS** de esta instancia estarán a cargo de la demandada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S y en favor del demandante. Líquidense incluyendo la suma de \$1.160.000 por concepto de agencias en derecho. No se condena en costas a COLPENSIONES. **QUINTO:** Remítase el presente proceso al H Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES”.

Como sustento de la decisión la Juez indicó que, acogiendo el precedente de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde al empleador que no afilie a los trabajadores al sistema pensional por falta de cobertura, asumir el correspondiente título pensional en un 100% para un eventual reconocimiento de la pensión de vejez. En este caso, sostuvo que el empleador demandado tiene la obligación de pagar el cálculo actuarial que se genere a favor del demandante por el periodo del 08 de febrero de 1988 al 02 de diciembre de 1992, cálculo que debe liquidarse por **COLPENSIONES** y consignarse al mismo fondo, teniendo en cuenta los salarios efectivamente devengados por el trabajador.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** adujo que la obligación se predica de quien estando obligada no asume esa carga en el tiempo, caso que considera no se cumple en este asunto puesto que la empresa no estaba en la obligación de afiliar y cotizar al sistema pensional en los periodos señalados (*min. 34:58, enlace primera parte archivo “13ActaFallo202300464”*).

El apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** solicitó la revocatoria de la sentencia al señalar que la entidad no contó con la documental que pruebe la relación laboral entre el demandante y PALMAS, razón por la cual considera que no es procedente ordenar a esa entidad realizar el cálculo actuarial, dado que es un tercero de buena fe que no le consta la actividad contractual de la empresa y la relación que tuvo con el actor. Además, que carece de legitimación en la causa por pasiva al no estar presente en la relación contractual que celebraron las partes (*min. 02:00, enlace segunda parte archivo "13ActaFallo202300464"*)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de las partes.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante, en última instancia, de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si existe la obligación de la demandada **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** de pagar el cálculo actuarial por el tiempo laborado por el demandante desde el 08 de febrero de 1988 al 2 de diciembre de 1992 y si **COLPENSIONES** debe liquidar y expedir el respectivo cálculo, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales y jurisprudenciales para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) GILMAR LOZANO GONZALEZ** laboró al servicio de **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** entre el 08 de febrero de 1988 hasta el 12 de mayo de 2003, inicialmente con contrato de aprendizaje y posteriormente con contrato de trabajo a término indefinido (*pág. 39, archivo “11ExpedienteAdministrativo”*); **ii) PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** afilió al demandante al Instituto de Seguros Sociales a partir del 03 de diciembre de 1992 (*aceptado por la demandada y se acredita en la historia laboral expedida por COLPENSIONES el 26 de julio de 2023, pág. 110, archivo “11ExpedienteAdministrativo”*).

- Sobre la procedencia del cálculo actuarial.

Para resolver la controversia la Sala seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico como juez de casación laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide. En la sentencia del 16 de julio de 2014, radicación 41745 (SL9856-2014), y copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad, esa Corporación dispuso la responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no hubo cobertura de los

riesgos de Invalidez Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales, máxime cuando se tratan de períodos en que aquellos riesgos estaban a su cargo y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente (SL5790-2014, SL4072-2017, SL14215-2017, SL1342-2019, SL5109-2019, SL1551-2021, SL3476-2022, SL2477-2023, entre otras).

Bajo este lineamiento jurisprudencial el Tribunal confirmará el análisis realizado en la sentencia de primera instancia en la medida que no fue objeto de controversia en el proceso la prestación de servicios del actor a favor de **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** entre el 08 de febrero de 1988 hasta el 12 de mayo de 2003, inicialmente con contrato de aprendizaje y posteriormente con contrato de trabajo a término indefinido (*pág. 39, archivo “11ExpedienteAdministrativo”*) y que dicha entidad no afilió al trabajador al sistema de pensiones por el periodo del 08 de febrero de 1988 al 02 de diciembre de 1992 por no existir obligación de afiliación al no existir cobertura del ISS en el lugar donde prestaba el servicio el demandante, tiempos laborados que no pueden ser desconocidos para un posterior disfrute pensional o el acceso a alguna de las otras prestaciones que establece el régimen contributivo, siendo este un derecho irrenunciable e imprescriptible, no pudiendo el empleador beneficiarse o exonerarse de dicho pago.

Y pese a que el vínculo contractual que unió a las partes se generó inicialmente con ocasión de un contrato de aprendizaje, en vigencia de la Ley 188 de 1959¹ este constituye una modalidad especial de contrato de trabajo, que, de darse los presupuestos propios de la relación laboral, debe ser tenido en cuenta para la existencia de una única relación (CSJ SL Rad. 36102 de 2008 y SL Rad. 42731 de 2012) como sucede en este asunto, circunstancia que no fue objeto de controversia.

¹ Por la cual se regula el contrato de aprendizaje.

Se advierte que desde la Ley 90 de 1946 se definió para los empleadores la obligación de hacer las provisiones necesarias para el cubrimiento de las pensiones de sus trabajadores o para una subrogación posterior del riesgo de invalidez, vejez y muerte, luego aun cuando no existía la obligación de afiliación si estaba la de hacer las provisiones para cubrir o financiar el futuro derecho pensional en proporción del tiempo servido por un trabajador.

Además, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que el cálculo actuarial es el instrumento financiero genuino para validar los periodos en los que la prestación del servicio estuvo a cargo de los empleadores, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura (CSJ SL1342-2019, SL1551-2021 y SL2263-2022, entre otras), en la medida en que la ley que regula las consecuencias por la falta de afiliación es la vigente al momento de la consolidación del derecho pensional y no la que regulaba el pago de los aportes durante el tiempo en que se prestó el servicio (SL14388-2015, SL1041-2021, SL3470-2022, entre otras).

La misma Corporación ha precisado que de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 es el empleador quien debe trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de estos dineros (SL3154-2022, SL3847-2022 y SL1493-2023, entre otras).

En consecuencia, el pago del cálculo actuarial con ocasión de la falta de afiliación del trabajador al ISS corresponderá en un todo al empleador, previa elaboración por parte del fondo de pensiones teniendo en cuenta los salarios devengados por el trabajador durante el tiempo objeto de validación, lo que descarta los argumentos expuestos por los recurrentes, motivo suficiente para confirmar la sentencia.

Al no ser objeto de reproche los salarios obtenidos por el *a quo* y al no afectar los derechos del fondo de pensiones público, la Sala se releva de su revisión en aplicación del principio de consonancia.

Finalmente, sobre la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, la misma no es procedente en atención a que en el presente asunto la condena en contra de dicha entidad es por la expedición del cálculo actuarial por lo que, al tratarse de aportes pensionales estos tienen el carácter de irrenunciables e imprescriptibles, según el artículo 48 Constitucional. Además, es imprescriptible el pago del cálculo actuarial a transferirse, tal y como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL941-2018, SL738-2018 y SL2340-2022), toda vez que el citado pago hace parte de los aportes que formarán el capital indispensable para un posible derecho pensional del afiliado.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá a remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

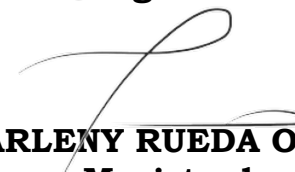
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.