República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **04 2019 00451 01**
Demandante:	LUZ IVVONE LOSADA GELACIO
Demandado:	ASERVIT Y CIA S EN C y PERNINE LTDA.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de SEGUROS DEL ESTADO S.A. a la abogada ANGIE DANIELA BERNAL CABALLERO, identificada con cédula de ciudadanía 1.070.975.368 y T.P. 334.713 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ IVVONE LOSADA GELACIO formuló demanda ordinaria laboral en contra de ASERVIT Y CIA S EN C y PERNINE LTDA., con la finalidad que se declare que celebró un contrato de trabajo por obra o labor determinada el 10 de septiembre de 2015 con la demandada ASERVIT Y CIA S EN C, prestando sus servicios para la accionada PERNINE LTDA. como auxiliar de bodega, devengando

como último salario la suma de $708.000, vínculo contractual que no se fundó en las causales que permite desarrollar labores en misión, dado que la sociedad beneficiaria fue quien ejerció actos de subordinación.

En consecuencia, pretende se declare que existió un contrato realidad con la encartada PERNINE LTDA., el cual terminó por parte de las accionadas estando amparada con estabilidad laboral reforzada, en razón a la disminución en su estado de salud como consecuencia de accidente de trabajo ocurrido el 30 de noviembre de 2015, y encontrarse en tratamiento médico y con recomendaciones laborales. Igualmente, solicita se declare que ostentaba fuero por acoso laboral, al haber presentado queja, siendo despedida sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la demandada PERNINE LTDA. a cancelar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la terminación del contrato, y además reembolse los valores que asumió por concepto de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud y Pensión y que estaban a cargo de su empleador por el lapso en que ha permanecido vigente el vínculo laboral, sumas que deben ser indexadas al momento del pago, a su vez, solicita se condene al pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se ordene su reintegro y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria, pretende que en caso de estimarse que ASERVIT Y CIA S EN C es el verdadero empleador, se declare que es solidariamente responsable con la demandada PERNINE LTDA., al no realizar la contratación y el despido con los requisitos de ley y se condene a esta última a pagar la indemnización por despido sin justa causa.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que suscribió contrato de trabajo por obra o labor contratada con la demandada ASERVIT Y CIA S EN C, el 10 de septiembre de 2015 como personal en misión en la empresa usuaria PERNINE

LTDA., sin que se precisara la obra a realizar, empero, se indicó que estaría a disposición de la usuaria para realizar las labores asignadas o hasta el cumplimiento del contrato comercial, igualmente, precisó que estuvo bajo continuada subordinación de la empresa usuaria.

Agregó que el 30 de noviembre de 2015, acatando órdenes de su jefe inmediato, se encontraba organizando cajas de zapatos en una escalera, momento en cual su compañero de trabajo de nombre WILSON HERNÁNDEZ, dejó caer cajas llenas de zapatos, lo que le ocasionó un accidente, causándole lesiones en el cuello, hombro derecho, brazo izquierdo y el quinto dedo de la mano derecha.

Seguidamente, expuso que para desarrollar esa actividad la cual es considera trabajo de alturas, no contaban con los elementos de protección, por lo que al evidenciar el riesgo en que se encontraba su integridad física, advirtió a su compañero el cual hizo caso omiso, y menos aún le prestó auxilio dadas las diferencias personales que existía entre ellos, mismo proceder en el que incurrieron el empleador y la empresa usuaria, permaneciendo por espacio de 30 minutos sin recibir atención. Por otra parte, relató que en la empresa usuaria su jefe directa era la señora NANCY SÁNCHEZ, quien le dijo que no podía mencionar que el accidente había sucedido por culpa de su compañero de trabajo, por lo que sin recibir los primeros auxilios se dirigió sola en un taxi a la CLÍNICA PARTENÓN a recibir atención médica.

Refirió que su historia clínica da cuenta que presentaba dolor en cuello, en el antebrazo izquierdo con edema, y se ordenó RX cervical el cual demuestra inversión de la lordosis cervical, y se recomienda uso de collar blando y se emite incapacidad del 1º al 10 y el 15 de diciembre de 2015, además se remite a neurocirugía.

En esa medida, el 17 de diciembre de 2015 asistió a la ARL AXA COLPATRIA, con la ortopedista doctora MARTHA DURCELL, quien nuevamente emite incapacidad del 18 al 29 de diciembre de 2015 y del 30 de diciembre de 2015 al 12 de enero de 2016, la que se extendió hasta el 16 del mismo mes y año, además el 12 de enero

de 2016 fue valorada por fisiatría por parte de la ARL, la que a su vez emitió recomendaciones médicas.

Informa que le fue diagnosticada malformación de Chiari Tipo I con Sirix Cervical, por lo que se ordenó tratamiento con la EPS para completar el estudio de Chiari, y se envía a medicina laboral, además el 14 de enero de 2016 se realiza RX del hombro izquierdo, emitiendo recomendaciones médicas.
De igual manera, el 11 de febrero de 2016 el fisiatra le indica que se puede reintegrar a sus labores con recomendaciones médicas, ya que para esa fecha llevaba 10 semanas incapacitada, sin embargo, su empleador le dijo que continuara en casa; en esa medida y en aras de mantenerlo informado sobre su estado de salud, expuso que radicaba el registro de su historia clínica para demostrar su grave estado de salud, como consecuencia del accidente de trabajo y su enfermedad degenerativa.

Añadió que el 17 de marzo de 2016, la demandada PERNINE LTDA. le envió una comunicación en la que le informa que la empresa se encontraba en proceso de reestructuración y disminución de costos en diferentes áreas, entre ellas, el área de logística en la cual laboraba, por lo que debía continuar en casa, ya que le era imposible acatar las recomendaciones médicas, siendo evidente las órdenes que le impartía esa demandada, lo que la hace su verdadero empleador.

Señaló que los meses siguientes continuó asistiendo a diferentes controles médicos y que hacia el 3 de junio de 2016, la ARL deja constancia que aún no ha sido reintegrada a sus labores, además el 15 de junio de 2016 emite recomendaciones médicas por dos meses; sin embargo, en esa misma calenda la demandada ASERVIT Y CIA S EN C, le notifica la terminación de su contrato aduciendo la terminación de la obra contratada, siendo el real motivo su condición médica, no solo por el accidente que sufrió, sino por la enfermedad que le había sido diagnosticada de Arnold Chiari.

De otro lado, sostuvo que las demandadas no tuvieron en cuenta que gozaba de fuero, ya que el 16 de febrero de 2016 había presenta queja de acoso laboral ante el comité de convivencia de ASERVIT, oportunidad en la que detalló los hechos

ocurridos el día del accidente laboral, además que el 18 de enero de 2016 se había presentado a laborar, siendo devuelta para la casa por la encargada de Recursos Humanos, de nombre Martha, quien le dijo que había hablado con ASERVIT.

De esa forma, el 25 de febrero de 2016, el comité de convivencia laboral de la demandada PERNINE, confirma la recepción de la queja de acoso laboral y solicita su ampliación, misma oportunidad en la que informó de los actos constitutivos de acoso por parte de NANCY SÁNCHEZ, quien era su jefe inmediata la cual le insistía que renunciara, además le negaba permisos y usaba palabras soeces hacia ella.

Así las cosas, el 16 de marzo fue llamada a rendir descargos, en una muestra clara de persecución en su contra, y el 1º de abril de 2016 el comité de convivencia laboral de ASERVIT da cierre al proceso de acoso laboral indicando que había tomado medidas contra NANCY SÁNCHEZ y WILSON HERNÁNDEZ los cuales ya habían renunciado, por lo cual no procedía conciliación.

De igual modo, manifiesta que el 20 de mayo de 2016 presentó ante el comité de convivencia laboral de PERNINE, nueva queja de acoso laboral contra MÓNICA PEÑA, y que previamente el 12 de febrero de 2016 había solicitado al MINISTERIO DE TRABAJO su reubicación laboral, e igualmente, deja constancia del acoso laboral del que era objeto, por lo que solicitó audiencia el 5 de julio a la cual solo asistió PERNINE, quien dijo no que no era el verdadero empleador y que la terminación del contrato se debió a la finalización de la labor indeterminada del contrato de trabajo, finalmente señala que el 8 de agosto de 2016 le fueron emitidas nuevas recomendaciones médicas y el 23 de diciembre de esa misma anualidad asistió al psicólogo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada PERNINE LTDA., se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Manifestó que el contrato de trabajo que existió entre la actora y la demandada ASERVIT Y CIA S EN C., se fundó en las causales que permite el desarrollo de actividades en misión, además no celebró contrato alguno con la demandante y que la contratación obedeció a un incremento en la producción.

Formuló como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva: inexistencia de relación laboral entre PERNINE y la actora, cobro de lo no debido: legalidad del contrato comercial suscrito entre ASERVIT y PERNINE, falta de requisitos en la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prescripción, inexistencia de fuero de acoso laboral, buena fe de PERNINE y la genérica. Igualmente, formuló la excepción previa de prescripción, de la cual en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se dijo que su estudio sería diferido para el momento en que se emitiera la sentencia que pusiera fin a la instancia. (Fls. 225 a 244 archivo 01 y archivo 06).

Por su parte, ASERVIT Y CIA S EN C., contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo genitor, refiriendo que en el contrato que suscribió la demandante, se dejó claro que el objeto del contrato se extendería hasta que la empresa usuaria lo requiera, estando acreditado que la empresa usuraria solicitó la terminación del contrato de la demandante, lo cual configura la causal de terminación del contrato, además no goza de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, ya que fue calificada con una PCL del 0%.

Propuso como excepción previa la de pleito pendiente, improcedencia del proceso ordinario para los casos de acoso laboral y pleito pendiente, las cuales se declararon improcedentes en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. el 14 de septiembre de 2021. De la misma forma, señaló como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción. (Fls. 319 a 334 archivo 01 y archivo 07).

Mediante auto de 19 de marzo de 2021, se admitió llamamiento en garantía que efectuara la demandada PERNINE LTDA., a SEGUROS DEL ESTADO S.A. (Archivo 05).

SEGUROS DEL ESTADO S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que allí se elevan, aduciendo que carecen de fundamentos probatorios, jurídicos y fácticos, además no tiene obligación ante las mismas por inexistencia de los

requisitos de ley para que se configure la obligación condicional de la compañía, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Seguro, según lo dispuesto en el Código de Comercio.

Como excepciones propuso las de inexistencia de relación laboral del demandante con respecto a PERNINE LTDA., prescripción de la acción en materia laboral.
En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, dijo que la obligación condicional de la aseguradora frente a la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 21-43-101012293, se encuentra supeditas a la declaración de siniestro mediante acto administrativo emanado del Ministerio del Trabajo una vez se han verificado las circunstancias descritas en el artículo 18 del Decreto 4369 de 2006 y 1072 de 2015 para su procedencia, entre las que se encuentra el estado de iliquidez comprobado de la empresa de servicios temporales, circunstancias que no concurren en el presente caso, por lo que resulta improcedente el llamamiento en el presente proceso.

Como excepciones de mérito propuso las de falta de legitimación en la causa por parte de PERNINE LTDA. para llamar en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., imposibilidad legal de afectar en este proceso la póliza No. 21-43-101012293 expedida por mi representada, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de cumplimiento de disposiciones legales, imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo y el artículo 99 de la ley 50 de 1990, compensación, límite de responsabilidad y la genérica. (Archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de mayo de 2022, declaró que entre la demandante y la demandada ASERVIT Y CIA S EN COMANDITA se celebró un contrato de trabajo por obra o labor como personal en misión para la empresa usuaria PERNINE LTDA., del 10 de septiembre de 2015 hasta el 15 de junio de 2016, como auxiliar de bodega, con una remuneración de $708.000, prestando sus servicios personales para la empresa usuaria. De otro

lado, absolvió de las demás pretensiones a las accionadas y condenó en costas y agencias en derecho a la parte actora.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó en inicio que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si existió un contrato realidad entre la demandante y la demandada PERNINE LTDA., como verdadero empleador, y en consecuencia, declarar responsable solidariamente a ASERVIT Y CIA S EN C como empresa de servicios temporales y a PERNINE LTDA. como empresa usuaria, del pago de las prestaciones sociales, e indemnizaciones a que haya lugar como consecuencia de tal declaración. Igualmente, si la demandante goza de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, debido al accidente laboral ocurrido en el año 2015 y si la enfermedad era de origen común al momento del despido. Por último, en el evento en que las pretensiones gocen de prosperidad determinar si la llamada en garantía está obligada a responder por las condenas que se lleguen a imponer a PERNINE LTDA.

De esa forma, adujo que de acuerdo a las pruebas obrantes en el plenario, era posible establecer que entre la promotora del litigio y la demandada ASERVIT existió un contrato por obra o labor contratada a partir del 10 de septiembre de 2015 como auxiliar de bodega, con un salario de $708.000 y que dicho contrato tenía como objeto desarrollar las actividades establecidas en el contrato comercial vigente PER 002-2015, que suscribieron ASERVIT y PERNINE, cuya duración estaba determinada por la realización de la obra contratada a juicio de la empresa usuaria, o en su defecto hasta el término del contrato comercial suscrito entre esta y la empresa de servicios temporales; en consecuencia, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y ASERVIT.

En otro giro, al referirse el fallador de instancia sobre el despido sin justa causa, del que señala la demandante fue objeto el 15 de junio de 2016, aduciendo una aparente terminación de la obra contratada, el cual en realidad obedeció a motivos discriminatorios a razón de su condición médica, pues las encartadas no la reubicaron en su lugar de trabajo, a lo que se suma que no es posible extraer el objeto real del contrato de trabajo, lo que lo convierte a término indefinido. Señaló que conforme lo expuesto en sentencia SL 023-2022, en la que se citó la SL 2600-

2018; no es necesario que en el contrato de trabajo se encuentren establecidos los tiempos de duración de obra o labor contratada, sino que se puede pactar según la naturaleza de la labor.

Por ende, en el presente caso la duración estaba determinada por la realización de la obra contratada a juicio de la empresa usuaria o en su defecto hasta el término del contrato comercial suscrito entre las empresas demandadas; lo que quiere decir que la obra o labor contratada se encuentra determinada por la necesidad de la empresa usuaria, dado que el contrato realizado por las labores en misión no es posible prever la duración exacta de la obra, pues ello depende objeto de la misión a la que va a ser enviado el trabajador y la necesidad de la empresa usuaria con la que contrata la empresa temporal. Determinando así que el contrato de la accionante fue por obra o labor contratada y no un contrato a término indefinido como lo pretende.

Agregó frente al despido sin justa causa, que el artículo 61 del CST, en su literal d), permite finalizar el contrato de trabajo por la terminación de la obra o labor contratada, lo cual en el presente caso se desprende de la carta de terminación del contrato comercial que emitió PERNINE el 31 de mayo de 2016, la cual fue sustentada en lo acordado en la cláusula 3 del contrato de prestación de servicios temporales y de colaboración PER 002-2015, concluyendo que la obra o labor contratada sí terminó al momento de la finalización del contrato de trabajo de la actora. Igualmente, señaló que de acuerdo a lo reseñado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, el cargo de auxiliar de bodega podía ser permanente en la demandada PERNINE LTDA., según lo establecido en los numerales 2 y 3 de dicha norma.

Sobre el fuero de salud que reclama la actora en atención al accidente de trabajo ocurrido el 30 de noviembre de 2015 y su padecimiento genético de síndrome de Arnold Chiari, hizo alusión a la sentencia SL 256 de 2022, e igualmente señaló que el órgano de cierre de esta especialidad ha dicho que el trabajador tiene que acreditar su estado de incapacidad y comprobar que el empleador tenía conocimiento sobre esa situación, y además debe tener una pérdida capacidad laboral calificada, advirtiendo que la demandante pretendía demostrar su disminución laboral a través de la historia clínica, la que conforme sentencia SL

572 de 2021, no acredita tal aspecto. A lo que se suma, que la ARL COLPATRIA, la había calificado con una PCL de 0%, por lo que no es beneficiaria de la protección que confiere la Ley 361 de 1997, aspecto este último que confirmó en el interrogatorio de parte la actora, en la que además señaló que no había objetado el dictamen.

Sobre el síndrome de Arnold Chiari que padece la gestora, dijo que la terminación del contrato no refiere a una justa causa, sino a un modo normal de la terminación, esto es, un modo objetivo por la terminación de la obra contratada. Finalmente, dijo que no existía prueba sobre los posibles hechos de acoso laboral, por lo que no era beneficiaria de la protección establecida en la Ley 1010 de 2016, absolviendo a las demandadas de las pretensiones que se elevaron en su contra, al igual que a la llamada en garantía.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte actora la apeló. Expuso que era claro que PERNINE actuó como verdadero empleador, lo que se prueba con las documentales que obran en el plenario, ya que el contrato laboral que suscribió la promotora no cumple con los requisitos establecidos en materia laboral, dado que no señala de forma clara, expresa, e inequívoca la obra o labor contratada, la cual no quedó especificada de acuerdo a las causales establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues dicha norma no permite que las causales de contratación se mencionen de manera generalizada, sino que debe invocarse de manera específica la razón de la contratación, pues el trabajador en misión obedece a razones excepcionales, las que reitera deben ser claramente especificadas, más aún si la labor que va a desempeñar corresponde al giro ordinario e intrínseco de los negocios de la empresa PERNINE.

Adicionalmente, el contrato comercial no demuestra que la relación entre los demandados fuera de empresa usuaria y empresa temporal, situación que desconoció el juez de instancia, pues no se cumplieron los requisitos que permiten la contratación de trabajadores en misión. Luego, al no determinarse la obra a

ejecutar, no existe una causal de finalización del contrato claramente identificada y válida, ello conlleva a que el contrato de trabajo sea a término indefinido.

De igual forma, solicita que no se tenga en cuenta como argumento para la finalización del contrato laboral, la terminación del contrato comercial que suscribieron las encartadas, pues este último finalizó el 31 de mayo de 2016 y el primero terminó el 15 de junio de 2016, es decir, quince días después de la supuesta finalización del contrato comercial, periodo en el cual la actora prestó sus servicios a PERNINE sin que esta hubiese informado de la terminación del contrato comercial, quedando así plenamente demostrado que no existió ninguna causal objetiva para la terminación del contrato de la trabajadora, pues si bien el contrato fue denominado como obra o labor, en realidad no había ninguna obra o labor, y menos aún nada tenía que ver con el contrato comercial y tampoco se acreditaron los requisitos para la contratación de trabajadores en misión, de esa forma se deben tener en cuenta las pretensiones de la demanda, las cuales deben ser reconocidas en esta instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar como problemas jurídicos a resolver, i) si la demandada PERNINE LTDA. fungió como verdadero empleador de la actora y la accionada ASERVIT Y CIA S EN C, fue un simple intermediario; y ii) si la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación del contrato de trabajo y en consecuencia proceden las demás pretensiones que se elevan en el *petitum*.

c. De la Existencia del Contrato de Trabajo y la Intermediación laboral:

Previo a abordar el asunto puesto a consideración de esta Colegiatura, se evidencia que no es objeto de controversia en esta instancia, que entre la actora y la demandada ASERVIT Y CIA S EN C se celebró un contrato de trabajo por obra o labor como personal en misión para la empresa usuaria PERNINE LTDA., el cual estuvo vigente del 10 de septiembre de 2015 al 15 de junio de 2016, desempeñando el cargo de auxiliar de bodega, devengado una remuneración de $708.000, y prestando sus servicios personales para la empresa usuaria; pues así lo determinó el juez de instancia, e igualmente se colige del contrato de trabajo de obra o labor determinada para para trabajadores en misión que suscribió la actora con la demandada ASERVIT Y CIA S EN C., la carta de terminación de la obra o labor del contratada y la liquidación del contrato. (Fls. 34, 172 y 173 archivo 01).

Bajo ese escenario, cabe recordar que las empresas de servicios temporales, pueden contratar con terceros para colaborar en forma temporal con el desarrollo de sus actividades, según se dispuso en la Ley 50 de 1990, normativa que además, señala que tal colaboración debe estar sujeta a las siguientes situaciones generales: 1) la tradicional del artículo 6º del C.S.T, esto es, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono; 2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y 3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 77 de la mencionada Ley 50 de 1990.

A su vez, el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las Empresas de Servicios Temporales como aquellas empresas que contratan servicios con terceros, para ser beneficiarias de una labor prestada por personas naturales contratadas de manera directa por la Empresa de Servicios Temporales. Es decir, que son "*empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien*

determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria", según se dijo en sentencia SL3520-2018, Radicación No. 69399 de 15 de agosto de 2018.

Adicionalmente, de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que las empresas de servicios temporales pueden ser utilizadas para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, sean o no del giro habitual de sus negocios, pero no para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente, así lo ha expuesto entre otras, en sentencia SL2451-2022, Radicación No. 89483 de 19 de julio de 2022.

En relación con este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con Radicación No. 25717 del 8 de agosto de 2006, SL5696-2014, Radicación No. 41777 del 7 de mayo de 2014, y recientemente en las sentencias SL960 de 2020, Radicación No. 77376 del 18 de marzo de 2020 y SL866-2020, Radicación No. 66300 del 10 de marzo de 2020, analizó que frente a los eventos de contratación fraudulenta, y en los casos en que se desconozca el plazo máximo permitido para la vinculación de los trabajadores en misión, de acuerdo a los artículos 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales deben ser catalogadas como un empleador aparente y un intermediario que oculta su calidad, y por tal motivo, se debe tener como verdadero empleador a la empresa usuaria que se benefició de tal intermediación.

De manera que, si el Juzgador encuentra demostrado un marco temporario que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria en el desarrollo de las actividades de la empresa, o encuentra acreditado que se ha transgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el mencionado artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es imperioso que atienda a esa precisa realidad, incluso pasando por alto la presencia de actos, que vistos de manera individual y solo en su contenido meramente formal, se exhiben con la apariencia de licitud, como son por ejemplo los contratos individuales, la

liquidación de prestaciones sociales, o las comunicaciones de terminación del contrato.

Ahora bien, es de mencionar que el órgano de cierre de esta especialidad al analizar lo atinente a la duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada, en sentencia SL023-2022, Radicación No. 83356 de 19 de enero de 2022, señaló que la duración de esta clase de vinculación puede acreditarse a través de cualquier medio de convicción e incluso se puede derivar de la naturaleza de la actividad, dado que la ley no impone la prueba del acto jurídico a través de un medio probatorio específico, al respecto expuso:

> *"En el caso del contrato de trabajo por duración de obra o labor contratada, la ley no impone un medio probatorio específico. Por ello, su existencia puede darse a través de cualquier elemento de convicción; incluso, lo acordado en ese sentido, puede colegirse de las características propias de la actividad. Bajo esta línea de pensamiento, la Corte ha explicado que «(…) la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. (CSJ SL2600-2018)."*
>
> *(…)*
>
> *"Dicho de otro modo, el Tribunal no incurrió en los errores imputados pues, a partir de las características de los trabajos desarrollados por los accionantes, con base en un análisis acertado de las evidencias recaudadas, dedujo la existencia de múltiples contratos de trabajo por duración de obra o labor contratada; como se dejó dicho, la ley lo autorizaba a inferir de «la naturaleza de la labor contratada» el tiempo de duración pactado."*

d. Del Caso en Concreto:

Descendiendo al caso de marras, se advierte que el disenso de la activa frente a la decisión del fallador de instancia, alude a que PERNINE actuó como verdadero empleador, dado que el contrato laboral que suscribió no detalla la obra o labor contratada, conforme lo normado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, ya que según el dicho de la gestora, esa norma no permite que las causales de la contratación se indiquen de forma genérica, máxime si se tiene en cuenta que la

labor a desempeñar corresponde al giro ordinario e intrínseco de los negocios de la empresa usuaria PERNINE.

De cara a lo anterior, se observa que las demandadas ASERVIT Y CIA S EN C y PERNINE LTDA., suscribieron Contrato de Prestación de Servicios Temporales de Colaboración No. PER002-2015 el 1º de enero de 2015 (Fls. 247 a 252 archivo 01), en el que en su cláusula primera señala que su objeto es:

> *"EL CONTRATISTA colaborara temporalmente en la actividad del CONTRATANTE mediante el envío de personal de colaboración a su servicio en las diferentes actividades propias de la Empresa Contratante destinado a ejercer la colaboración en las instalaciones de EL CONTRATANTE, en los términos establecidos en los artículos 71 y 77 de la ley 50 de 1990, en concordancia con el parágrafo del artículo 6º del Decreto 4369 de 2006, prestando todos aquellos servicios temporales de colaboración reseñados allí, cuando hubiere lugar a ello, en forma eficiente y oportuna y en cumplir respecto de aquel, con todas las obligaciones legales, contractuales y/o convencionales que le correspondan o pudieren corresponder en el futuro; (…) EL CONTRATANTE únicamente podrá solicitar colaboración temporal en actividad permanente, servicio que se desarrollará a través del envío de personal de colaboración para los casos contemplados en la Ley 50 de 1990, Artículo 77 o las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan. "*

Entre tanto, el contrato de obra a o labor suscrito entre la actora y la demandada ASERVIT Y CIA S EN C (Fl. 34 archivo 01), señala:

> *"Obra o Labor Contratada: Como trabajador en misión desarrollará las actividades establecidas en el contrato comercial vigente con número arriba citado entre la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales, y que el trabajador manifiesta conocer. Duración del contrato: el requerido para la realización de la obra contratada a juicio de la empresa usuaria o en su defecto hasta por el término del contrato comercial suscrito entre esta y la empresa de servicios temporales."*

Ahora bien, es de mencionar que el contrato de prestación de servicios PER002-2015 que suscribieron las accionadas el 1º de enero de 2015, finalizó de manera unilateral por parte de la demandada PERNINE LTDA, el 31 de mayo de 2016, según comunicación que remitiera esa sociedad a la encartada ASERVIT el 20 de abril de 2016. (Fl. 279 archivo 01). Igualmente, se allega correo electrónico remitido por MÓNICA MARCELA PEÑA de PERNINE a la asistente de ASERVIT, el 3 de junio de 2016, en la que la empresa usuaria indica a la temporal que el

contrato de la actora terminaría el 15 de junio de 2016, y que, además, la temporal debía liquidar esos 15 días, junto con las liquidaciones de los demás funcionarios. (Fl. 344 archivo 01).

A su vez, se recibió el interrogatorio de la parte del Representante Legal de la entidad demandada ASERVIT Y CIA S EN C., quien sostuvo que es una empresa de Servicios Temporales, y por intermedio de ellos fue contratada la actora, a quien se le mantuvo su contrato y terminó cuando la empresa usuaria les informa que debe finalizar. En cuanto al accidente de trabajo, dijo que fue atendido por esa demandada oportunamente, así como por la EPS y la ARL, la cual asignó una calificación de 0% por discapacidad laboral y que tampoco contaba con incapacidad para la fecha de la terminación del contrato, además adujo que le fueron sufragadas oportunamente las prestaciones de ley a la promotora.

Entre tanto, el Representante Legal de la demandada PERNINE LTDA., señaló en su declaración que suscribieron un contrato comercial con ASERVIT para contar con ciertas personas de forma temporal, de acuerdo a las necesidades que tienen en algunos periodos del año en temas comerciales, por lo que al existir un pico de trabajo en el año, ello conlleva a realizar contrataciones como el de la demandante, quien fue contratada para el área de la bodega, y que posteriormente terminaron la relación comercial con ASERVIT y además, al no existir ninguna incapacidad, ASERVIT terminó el contrato de trabajo de la actora.

A su turno, la demandante en el interrogatorio de parte que rindió, señaló que no estaba incapacitada para el momento de la terminación del contrato de trabajo, que fue calificada con una pérdida de capacidad laboral por parte de la ARL del 0%, decisión que fue confirmada por la Junta Regional y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez porque no tenía empleador, agregando que tampoco se le tuvo en cuenta el síndrome del Arnold Chiari que padece al momento de la calificación, pues le dijeron que debía ser tratada por la EPS al tratarse de una enfermedad común. Relató que para el momento que le fue terminado el contrato de trabajo ella presentó recomendaciones médicas expedidas por la ARL, y que había cuatro auxiliares de bodega en misión, pero que la subordinación fue ejercida por PERNINE.

Del examen de los aludidos medios de convicción, se puede inferir que en efecto la demandada prestó sus servicios personales como trabajadora en misión en la demandada PERNINE LTDA., tal como lo estableció el *a-quo,* sin que ello signifique que fuese su verdadero empleador, pues como viene de verse es posible delegar la subordinación material en la empresa usuaria en esta clase de contratos. Sin embargo, se observa que ASERVIT ejercía actos disciplinarios conforme al poder subordinante que le asistía como empleador, pues así se infiere del acta descargos que rindió la actora ante esa encartada el 1º de abril de 2016. (Fls. 137 a 138 archivo 01).

Además, conviene precisar que contrario a lo aducido por la parte actora en su impugnación, sí es posible contratar personal en misión de manera excepcional y temporal, así se trate de actividades que sean o no del giro habitual de los negocios de la usuaria, actividades que en caso de la actora aludían al cargo de auxiliar de bodega.

De otro lado, el objeto del contrato laboral que suscribió la demandante con la Empresa de Servicios Temporales establecía que el trabajador en misión desarrollaría las actividades establecidas en el contrato comercial acordado entre las convocadas a juicio; el que como ya se expuso, consistía en el suministro de personal para colaborar en las diferentes actividades propias de la empresa usuaria, solo en los casos contemplados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990; siendo su duración el tiempo requerido para la realización de la obra contratada a juicio de la empresa usuaria o hasta la terminación del contrato comercial pactado.

Por tanto, contrario a lo aducido por la impugnante, el contrato de trabajo señalaba el objeto a desarrollar, que en el caso de la actora, como ya se dijo refería actividades propias como auxiliar de bodega, cargo que fue requerido para atender picos de producción de la encartada PERNINE LTDA., vínculo laboral que término el 31 de mayo de 2016 a razón de la finalización del contrato comercial que habían suscrito las accionadas, sin que el hecho que el primero se haya extendido hasta el 15 de junio de 2016, desdiga la real intención de las encartadas, que no era otro que terminar la relación contractual de índole comercial que había

acordado entre éstas, lo que de contera se itera conllevaba a la finalización del contrato de trabajo, situación que era posible establecer con otros medios de prueba como lo ha expuesto la jurisprudencia, siendo posible entender que termina la obra contratada cuando esta resulta de imposible ejecución ante una determinación de la empresa contratante, como por ejemplo, la liquidación unilateral del contrato entre la empresa beneficiaria o contratante y la empleadora del trabajador, tal como se expuso en sentencia CSJ SL4086-2020.

Así las cosas, atendiendo los parámetros jurisprudenciales emanados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, es palmario que dentro del presente asunto se dan los presupuestos para concluir que la contratación dada a través de la empresa de servicios temporales fue realizada dentro de los pilares legales contenidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, advirtiéndose que tampoco excedió la temporalidad del año, ya que como se refirió, la contratación estuvo vigente entre la empresa temporal y la actora por el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 2015 y el 15 de junio de 2016, contrato que fue debidamente liquidado y no se avizora una trasgresión a las normativas que regulan la contratación con Empresas de Servicios Temporales, cumpliendo además el término permitido por la ley.

De modo que, no es posible entender como lo pretende la activa en el caso de marras, que tal contratación conllevara a que la empresa usuaria PERNIENE LTDA. fuese su verdadero empleador, pues lo que en realidad se evidencia es que la relación laboral se dio entre la demandante y la accionada ASERVIT Y CIA S EN C. y que la terminación del contrato obedeció a una causa objetiva como lo era el cese de la necesidad del servicio por parte de la empresa usuaria como ya se expuso..

Deviene de lo anterior, forzoso concluir que, al haber terminado la relación laboral por una causal objetiva, como lo fue la finalización de la obra o laborar contratada, ello que impide considerar que se hubiera tratado de una terminación discriminatoria en razón al estado de salud de la trabajadora que conllevara la protección solicitada, conforme se ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL091-2022, Radicación No. 86324 de 25 de

enero de 2022, en la que se memoró lo señalado sobre el particular en sentencia CSJ SL497-2021, en la que se reiteró lo expuesto en providencia CSJ SL3520-2018.

Por ello, si en gracia de discusión se ahondara en la protección que en tal sentido depreca la actora, como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 30 de noviembre de 2015, no puede perderse de vista que ésta en la declaración de parte de rindió sostuvo que no estaba incapacitada al momento de la finalización del contrato de trabajo y había sido calificada con una PCL del 0%, lo que igualmente se corrobora de las documentales de folios 339 a 342 del archivo 01, adicionalmente, se observa que la terminación del contrato laboral acaeció el 15 de junio de 2016 a la hora de las 9:00 a.m., según acta fechada en esa misma calenda y se emitieron nueva recomendaciones, ese mismo día por consulta realizada a la hora de la 11:26 a.m., es decir, con posterioridad al finiquito. (Fls. 73 y 345 archivo 01). Por ende, tampoco goza de prosperidad dicha pretensión y las demás que le son conexas.

Como corolario de lo anterior, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar en su integridad la sentencia de primer grado, por las razones aquí expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de mayo de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **04 2020 00346 01**
Demandante:	MARCELA FERNANDA OSORIO LEAL
Demandado:	YOGASPACE IPS S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARCELA FERNANDA OSORIO LEAL promovió demanda ordinaria en contra de YOGASPACE IPS S.A.S., a fin que se declare que con la encartada existió un contrato de trabajo a término fijo superior a un año, el cual finalizó sin justa causa por parte de ésta última.

Que con ocasión de lo anterior, se le condene a YOGASPACE IPS S.A.S. al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. por la falta de pago de prestaciones sociales, sanción por despido sin justa causa en los

términos del artículo 64 de la misma normativa, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el 23 de agosto de 2017 suscribió contrato de prestación de servicios con la demandada YOGASPACE IPS S.A.S. por el término de dos años, con la finalidad de desarrollar actividades relacionadas con mercadeo y ventas dentro del cargo de Coordinadora de Mercadeo y Ventas, siéndole entregada el 12 de septiembre de esa anualidad la descripción del cargo, así como que le fueron incluidas funciones adicionales a las inicialmente acordadas como lo fue la de atención al cliente.

Que como honorarios para la prestación de servicios se acordó la suma mensual de $3.000.000; posteriormente, en el mes de febrero de 2018, se le efectuó un incremento en los honorarios por valor de $600.00 para un valor total de $4.100.000, último valor que devengó durante los últimos seis meses, al igual que la labor a ejecutar la desarrolló de manera personal, atendiendo las instrucciones de la demandada, cumpliendo horario de trabajo, entre otros factores de subordinación.

Expuso que en ningún momento tuvo días de descanso como quiera que fue sometida a un cumplimiento diario de horario, incluso cubriendo jornadas laborales nocturnas, tiempo que también incluyó fines de semana y festivos, realizando por demás actividades adicionales a las pactadas en el contrato de prestación de servicios.

Que dentro de las muchas funciones que tenía a cargo se encontraban las de actividades administrativas, dirección, contratación, disposición y aseo, diseño y elaboración de cartillas y manuales de Yoga, entre otras.

Por último, refirió que la demandada el 31 de julio de 2018 y de manera intempestiva dio por finalizado el contrato bajo el argumento de una crisis económica.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada YOGASPACE IPS S.A.S. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, exponiendo en su defensa que lo suscrito con la aquí demandante fue un contrato de prestación de servicios profesionales el 23 de agosto de 2017, por lo que pretender que se declare un contrato de trabajo a término fijo superior a un año resulta improcedente teniendo en cuenta que la contratista no tuvo relación alguna de la que se derivara subordinación, horario de trabajo, entre otros elementos, máxime si la actora usaba sus propias herramientas de trabajo de conformidad con el objeto del contrato civil y comercial.

Formuló como medios exceptivos los denominados cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación, prescripción, e inexistencia de la relación laboral.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de junio de 2022 declaró que entre las partes existió una relación laboral regida bajo un contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 23 de agosto de 2017 y el 6 de julio de 2018, el cual finalizó unilateralmente y sin justa causa por parte de la empleadora.

Por consiguiente, condenó a la demandada YOGASPACE IPS S.A.S. al pago a favor de la demandante de cesantías por valor de $2.312.777, intereses a las cesantías $173.287, prima de servicios $2.312.777, vacaciones $1.656.338, indemnización por despido sin justa causa $55.486.686, indemnización

moratoria a partir del 7 de julio de 2018 y hasta que se verifique el pago de prestaciones sociales en razón de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera. Asimismo, declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada YOGASPACE IPS S.A.S., condenándola en costas en la suma de 3 S.M.L.M.V.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* manifestó en primer lugar que, de conformidad con lo estatuido en el artículo 23 del C.S.T., en concordancia con lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que se presuma un mero contrato de prestación de servicios y no una verdadera relación laboral, debe estar plenamente acreditado dentro del contrato civil una independencia y autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida por el contratante, ello con la finalidad de derrumbarse la presunción de que trata el artículo 24 de la normativa en mención.

Que teniendo en cuenta lo anterior y descendiendo al presente asunto, yace dentro del plenario el contrato de prestación de servicios suscrito el 23 de agosto de 2017 en el que se pactó que su objeto consistía en la prestación de servicios de Coordinación de Mercadeo y Ventas, el cual debía cumplirse en los lugares e instalaciones definidos por las partes y los cuales podían darse dentro y fuera del domicilio de la encartada, con una intensidad horaria de tiempo completo, aunado a que, el mismo se pactó sobre una duración de dos años, que podía terminarse por mutuo acuerdo entre las partes y de manera unilateral ante el incumplimiento de las obligaciones.

Que también se advierte un acuerdo de confidencialidad y protección de información adiada el 9 de agosto de 2017, así como que la demandada le comunicó a la actora la terminación del contrato de prestación de servicios el 3 de julio de 2018, el cual tenía como finiquito la calenda del 6 de julio de esa anualidad, situación última que fue aceptada por la pasiva cuando contestó la demanda.

Sostuvo que por tal razón se comprobaba la prestación personal del servicio de la demandante para con la demandada desde el 23 de agosto de 2017 hasta el 6 de julio de 2018, de modo que se presume que la relación estuvo regida por un contrato de trabajo según los lineamientos del artículo 24 del C.S.T., presunción que no logró desvirtuarse por la demandada YOGASPACE IPS S.A.S., en tanto, del caudal probatorio se puede concluir que la aquí demandante estuvo vinculada dentro de la estructura organizacional de la empresa, puesto que le correspondía realizar labores de coordinación de mercadeo y ventas dentro de las instalaciones de ésta con una intensidad horaria de tiempo completo, actividades que se encontraron plenamente congruentes al objeto social de la empresa, máxime si de la prueba testimonial y el interrogatorio de parte surtido por el Representante Legal de la pasiva se auscultó que la señora MARCELA FERNANDA OSORIO LEAL tenía asignado un puesto de trabajo para desarrollar las labores asignadas, actividades que por demás eran en ocasiones ajenas a las pactadas inicialmente dentro del contrato de prestación de servicios.

Seguidamente, en lo que respecta al extremo final de la relación laboral, sostuvo el operador de instancia tomar como fecha del finiquito el referido 6 de julio de 2018, en la medida que así lo probó la misma demandante con la documental allegada y que refiere que los efectos de su contratación irían hasta dicha calenda.

Adujo no declarar probada la excepción de prescripción formulada por la demandada, por cuanto la relación laboral terminó el 23 de agosto de 2017 y la demanda se presentó el 23 de septiembre de 2020, efectuándose la notificación del auto admisorio de la presente demanda el 31 de mayo de 2021, de ahí que no hubiese operado el término trienal de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Al declarar el contrato de trabajo, el fallador de primer determinó como salario de la demandante el establecido dentro del contrato de prestación de servicios,

esto es, que el valor inicial fue de $3.500.000 mensuales, monto que se extendió hasta el mes de enero de 2018 y, a partir del mes de febrero de esa anualidad y hasta el finiquito, determinó una suma mensual de $4.100.000.

Con ocasión de lo anterior, el *a-quo* dispuso que, al no existir prescripción, era procedente el pago de cesantías por valor de $2.312.777, intereses a las cesantías $173.287, prima de servicios $2.312.777, vacaciones $1.656.338.

En lo que concierne a la indemnización por despido injusto reglada en el artículo 64 del C.S.T., refirió que se acreditó que el contrato de prestación de servicios se celebró a término fijo cuya expiración sería el 22 de agosto de 2019, por lo que al haber finalizado el vínculo por la pasiva el 6 de julio de 2018, la sanción prosperaba por el periodo comprendido entre el 7 de julio de 2018 y el 22 de agosto de 2019, en tanto el mismo no cumplió con el plazo pactado dispuesto en el artículo 46 de la referida normativa laboral, condena equivalente a la suma de $55.486.666 teniendo en cuenta que el último salario mensual devengado por la demandante fue de $4.100.000.

Frente a la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T., mencionó que según los postulados emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha sostenido que la misma no es automática, por lo que debe constatarse que el demandado suministró elementos que cataloguen una conducta del empleador provista de buena fe, situación que no ocurrió dentro del presente asunto toda vez que, salta a la vista la conducta fraudulenta en la que la pasiva quiso disfrazar el contrato de trabajo a través de un contrato de prestación de servicios, precisando que no se le condenaba a la demandada a pagar un día de salario por cada día de retardo en razón a que la acción se presentó el 23 de julio de 2020, es decir, por fuera de los 24 meses señalados en la norma, disponiendo entonces que a partir del 7 de julio y hasta cuando se verificara el pago de cesantías y prima de servicios, la condena giraba en torno a la cancelación de intereses moratorios a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Financiera.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad respecto de la declaratoria del contrato de trabajo con la demandante, por cuanto según se desprende de las pruebas tanto testimoniales como documentales no se encuentra probado el horario determinado por el operador de instancia, pues si bien es cierto que dentro del contrato de prestación de servicios se indicó que el horario sería tiempo completo, la realidad probatoria no demuestra tal situación.

De otra parte, refirió que tampoco se probó el elemento subordinante en el entendido que a la demandante en ningún momento le fue impuesto un horario de trabajo y no se le imputaron sanciones.

Frente a la mala fe aducida por el *a-quo* para condenar a la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., expuso que lo que verdaderamente se evidencia es un actuar de buena fe, pues incluso la mala fe de la actora se advierte al haber allegado una certificación que si bien en primer grado se manifestó que no logró ser probada como falsa, esa situación sí se logró determinar en los interrogatorios ya que fue suscrita o entregada por el señor MARTÍN y como lo refirió el testigo GUSTAVO.

Por último, solicitó la revocatoria de la sentencia en su totalidad, puesto que al no configurarse los elementos esenciales del contrato de trabajo no puede haber declaratoria del mismo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causales de nulidad que invaliden lo actuado, en atención de los diferentes aspectos de inconformidad en el recurso de alzada por el extremo accionado, la Sala auscultará como problema jurídico principal si entre las partes se configuró un verdadero contrato de trabajo atendiendo la primacía de la realidad sobre las formalidades en los términos del artículo 53 constitucional, en concordancia con lo regulado en el C.S.T.

De prosperar lo anterior, la Sala deberá abordar como análisis las condenas impuestas por el fallador de instancia en atención del alcance interpretativo expuesto por la demandada en el recurso de alzada.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar lo del caso, sea lo primero indicar que no fue objeto de controversia que entre las partes el 9 de agosto de 2017 se suscribió un contrato de prestación de servicios con un plazo pactado de dos años, el cual tuvo como extremo inicial el 23 de agosto de 2017 y cuyos honorarios mensuales ascendieron a la suma de $3.500.000, sumado a que, la demandante en su calidad de contratista desempeñaría la actividad de Coordinadora de Mercadeo y Ventas, contratación de servicios donde también se firmó un Acuerdo de Confidencialidad y Protección de Información el mismo 9 de agosto de 2017 (Fls. 16 a 18 y 19 a 21 – PDF 01 DEMANDA, fls. 24 a 26 y 27 a 29 – PDF 07 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Tampoco el hecho que el contrato de prestación de servicios finalizó el 6 de julio de 2018 a razón del finiquito realizado por la demandada YOGASPACE IPS S.A.S. a la demandante, aspecto último que incluso se puede corroborar con la

certificación allegada por la encartada junto con la contestación de la demanda (Fl. 23 - PDF 07 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Ahora bien, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante determinó como pilar fundamental de dicho elemento lo siguiente:

*"**1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***

"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

"La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

"La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

"No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

"A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

"De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar

bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas."

Bajo este escenario, claro resulta para la Sala que la demandante con la suscripción de los contratos acreditó la prestación personal del servicio, aspecto que por demás fue aceptado por la misma demandada; circunstancia por la cual, le compete a esta última desvirtuar el elemento subordinante para la configuración o no del contrato de trabajo.

En tal sentido, en el *sub examine* y dentro del transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada YOGASPACE IPS S.A.S. señor JAMES MORRIS MARTIN, quien manifestó que es abogado y licenciado en ciencias sociales. Puntualizó que con la demandante se suscribió un contrato de prestación de servicios, pues es una persona que anteriormente ya había tenido con la compañía este tipo de contratación, máxime si fue la misma demandante quien dispuso esa modalidad por cuanto le daría más libertad en las actividades a desarrollar y la posibilidad de trabajar desde su casa, tanto así que fue ella quien cubrió los aportes al sistema de seguridad social.

Que él como Representante Legal fue quien elaboró el contrato de prestación de servicios de la demandante, cuya actividad de la actora consistía en apoyar a la empresa en áreas de mercadeo, prestando su servicio en ocasiones en la oficina de la compañía y en otras desde su casa, sin que tuviese que cumplir un horario permanente.

No tiene conocimiento si la demandante realizaba programación de agendas de pacientes y profesionales de la empresa, y si bien no se le pidió tener a su cargo la seguridad y salud en el trabajo ella sí lo llevó a cabo porque le gustaba hacerlo ya que era una pasión. La actora no estaba pendiente del cobro de cartera, tenía a cargo personas para el tema de ventas ya que estaba dentro del objeto del contrato de prestación de servicios.

Que la demandante no estuvo a cargo de la edición y redacción de textos para un curso de yoga, no manejaba la contratación de personal, pero sí podía dar su opinión acerca de esa contratación, no gestionaba arreglos locativos en las oficinas, no se encargaba de temas administrativos por lo menos bajo sus directrices, enfatizando que la demandante en ocasiones realizaba tareas que no le eran pedidas para su desarrollo.

Expuso que la principal función de la demandante era la de mercadeo porque tenía experiencia en esa área, y no fue posible seguirla contratando por falta de presupuesto en la compañía, iterando nuevamente que la demandante no tenía que cumplir estrictamente un horario.

Que la empresa es de salud y su objeto social es la prestación de esos servicios, que la demandante los asesoró para conseguir materiales como pocillos con el logo de la empresa, esferos, asistió a un evento para dar a conocer a la compañía con otras empresas y en general desarrollaba actividades de mercadeo, sin que fuese la encargada de vender los productos.

Refirió que la demandante tenía llaves dentro de la empresa, pero no porque fuese obligación de abrir o cerrar, sino porque era una persona de confianza, tanto así que normalmente cuando ella llegaba la sede ya se encontraba abierta. Adujo que, si bien el contrato de prestación de servicios se pactó por un periodo de 2 años, el mismo se podría terminar anticipadamente como así quedó consignado, más aún si las ventas no se lograron incrementar.

Que la demandante desarrollaba sus actividades derivadas de reuniones donde se acordaba lo que debía hacer, pero no le fueron impuestas órdenes. Que la demandante efectuó cartillas de políticas de seguridad en salud en el trabajo, medio ambiente y calidad, además de las elaboraciones del manual del equipo de la empresa porque le apasionaba el tema, sin que hubiese sido algo impuesto.

Por su parte, la demandante manifestó en su interrogatorio de parte que el documento que ella aportó al proceso atinente a la comunicación del finiquito del contrato de prestación de servicios fue el que se le entregó de soporte por YOGASPACE IPS S.A.S., el cual fue entregado en copia por el Representante Legal.

Que en inicio de su contrato tenía que asistir a YOGASPACE IPS S.A.S. 3 días, pero en el transcurrir de la contratación la Directora Médica solicitó que ella debía explicar cuál era su horario de atención, de ahí que terminó asistiendo tiempo completo, recibiendo órdenes a través de chats, correos electrónicos y llamadas, precisando que la función para la que se le contrató fue de Coordinadora de Mercadeo y Ventas.

El testigo GUSTAVO MOLINA manifestó que es Asesor de Empresas, que conoce a la demandante porque asesoraba a YOGASPACE IPS S.A.S. a través de un intercambio de asesoría por clases, en la actualidad como declarante no le presta algún servicio a la demandada, pero su servicio lo prestó en el año 2017 hasta que cerraron como consecuencia de la pandemia.

Que la demandante estaba a cargo de brindar servicios de mercadeo y ventas, teniendo conocimiento que la actora no cumplía horario para YOGASPACE IPS S.A.S. puesto que iba cuando podía. Que vio a la demandante en varias reuniones pues era la encargada de dar asesoría en mercadeo y ventas.

Que el comité o en el grupo estaba compuesto por el señor JAMES MORRIS MARTIN, él como declarante, la actora, la persona que manejaba redes sociales y otras personas de acuerdo al tópico que se discutía en la semana. No tiene conocimiento si la demandante estaba autorizada para hacer llamados de atención a los empleados de la encartada.

Que él como declarante no tuvo ninguna vinculación legal con la demandada, sino únicamente un intercambio de asesoría, por lo que su pago era como

consecuencia de algunas clases de yoga que realizaba, no fue jefe de la demandante, como tampoco le impuso algún tipo de función. Dijo que no estuvo presente cuando a la actora se le comunicó la terminación de su contrato de prestación de servicios.

Tiene conocimiento que la contratación de la demandante era de prestación de servicios, siendo enfático que las funciones de la actora eran de mercadeo y ventas.

La testigo MARÍA ISABEL MORENO ARAMENDIS indicó que conoce a la demandante desde aproximadamente en el año 2016 o 2017 por referencias de la esposa del señor JAMES MORRIS MARTIN, ya que fue a colaborar en la casa de la actora. Que ella como declarante prestó servicios en YOGASPACE IPS S.A.S. y en la casa del señor MORRIS MARTIN, desarrollando servicios de mensajería.

Que como declarante no puede manifestar que la demandante fuese empleada de YOGASPACE IPS S.A.S., aunado a que, como testigo indicó que iba todos los días a YOGASPACE IPS S.A.S. ya que tenía que pagar recibos y hacer diligencias personales del señor MORRIS MARTIN y cosas de la oficina. Que ocasionalmente observó a la demandante en YOGASPACE IPS S.A.S., no le consta que la actora hubiese cumplido algún horario al servicio de la demandada.

La testigo AMINTA ESTHER VÉLEZ AVENDAÑO manifestó que es médica, que conoce a la demandante cuando estuvo en YOGASPACE IPS S.A.S. haciendo parte de labores dentro de la rama del mercadeo de la empresa, ya que uno de los objetivos importantes del contrato de la actora fue ayudar a tener más visibilidad en las redes sociales y en la parte de mercadeo tanto en la parte de yoga como en el área de medicina.

Que para ese momento ella como declarante hacía parte de la coordinación administrativa de la IPS y también de la parte asistencial atendiendo pacientes, así como que a la demandante se le vinculó a través de un contrato de prestación de servicios. La demandante no estaba sujeta a horarios y tenía total disponibilidad de su tiempo para cumplir con el objeto del contrato.

Indicó que la demandante era totalmente autónoma en ejecutar los proyectos y los aspectos que eran necesarios para el cumplimiento del objeto de su contratación por servicios. Que la actora no estaba autorizada para hacer llamados de atención a los trabajadores de YOGASPACE IPS S.A.S. o para comunicarles que habían sido merecedores de premios, sin embargo, los propios trabajadores se quejaban en indicar del porqué recibían llamados de atención por parte de ella.

Que ella como declarante en la actualidad no trabaja para YOGASPACE IPS S.A.S., pero sí estuvo vinculada laboralmente, siendo también la representante legal suplente, sin que la demandante recibiera órdenes de ella. Relató que la demandante frecuentaba seguidamente las instalaciones de YOGASPACE IPS S.A.S. ya que vivía en frente, pero no asistía todos los días ya pues no tenía que cumplir horario.

Que el contratante de la demandante fue el señor JAMES MORRIS MARTIN quien es su esposo, así como que la actora en muchas ocasiones realizó un poder subordinante que nunca se le autorizó ni se encontraba dentro de su contrato de prestación de servicios.

En tal sentido, si bien las declaraciones del Representante Legal de YOGASPACE IPS S.A.S., así como de los testigos GUSTAVO MOLINA, MARÍA ISABEL MORENO ARAMENDIS y AMINTA ESTHER VÉLEZ AVENDAÑO refieren que la demandante no tuvo una subordinación respecto de la demandada en el entendido de que no estuvo atada a órdenes ni cumplimiento de horario alguno, puede colegirse lo contrario como pasa a exponerse.

En principio, no puede perderse de vista que las declaraciones del señor GUSTAVO MOLINA y la señora MARÍA ISABEL MORENO ARAMENDIS no se deben entender como testigos directos de la falta de subordinación que pretende desvirtuar el extremo accionado, pues nótese que el señor GUSTAVO MOLINA además de indicar que en algunas ocasiones asistió a reuniones grupales que se llevaron a cabo dentro de YOGASPACE IPS S.A.S., no fue un trabajador directo de la encartada, pues como él mismo precisó, lo único que llevó a cabo en algún momento fue compartir cierta información con la pasiva a través de unas clases de yoga, aspecto por lo que la Sala no lo considera como una persona de conocimientos directos sobre las actividades desarrolladas por la demandante.

Aunado a lo anterior, la testigo MARÍA ISABEL MORENO ARAMENDIS tampoco dio detalles precisos de la actividad desarrollada por la demandante dentro de YOGASPACE IPS S.A.S., toda vez que además de hacer precisión que en algunas ocasiones permanecía en las instalaciones de la demandada y otras en la casa de la misma demandante, toda su declaración fue enfática en resaltar no tener conocimiento sobre cuáles eran las funciones precisas de la actora dentro de YOGASPACE IPS S.A.S.

Al unísono, en lo que atañe a la declaración de la señora AMINTA ESTHER VÉLEZ AVENDAÑO, quien es cónyuge del señor JAMES MORRIS MARTIN, Representante Legal de la demandada, si bien fue Representante Legal suplente de YOGASPACE IPS S.A.S. en alguna ocasión, como ella misma expuso en su declaración en ningún momento tuvo relación directa con la actora, aspecto por el que a juicio de la Sala sus dichos de la falta de cumplimiento de horario y demás actividades desempeñadas por la demandante no pueden gozar de credibilidad atendiendo el restante acerbo probatorio que reposa dentro del plenario.

Ahora bien, frente a la prueba documental recaudada dentro del trámite surtido en primera instancia, vale la pena aterrizar la discusión al contrato de

prestación de servicios, ya que debe tenerse en cuenta que yace un documento adicional atinente a la función principal del cargo de la demandante y sus responsabilidades, documental que no se refutó por ninguna de las partes y que contiene lo siguiente (Fls. 232 a 23 – PDF 01 DEMANDA):

1. ***FUNCIÓN PRINCIPAL:***

   Desarrollar y coordinar estrategias de Mercadeo y Ventas que permitan posicionar a la Organización como la mejor propuesta de calidad y valor dentro del mercado de Yoga en Colombia.
   Responsabilidad directa por las ventas de YS y PYI.

2. ***RESPONSABILIDADES:***
   _ Desarrollar plan de mercadeo y ventas para cada unidad de negocio (YS, PYI y Medicina).
   _ Definir objetivos de ventas anuales para las Unidades de negocio y desarrollar un sistema de medición para monitorear resultados.
   _ Fortalecer el posicionamiento de la imagen tanto de YS y PYI.
   _ Planificar, elaborar y gestionar el presupuesto anual para actividades de Mercadeo y Ventas.
   _ Diseñar estrategias digitales de comunicación en redes sociales y página web.
   _ Desarrollar plan de relaciones públicas.
   _ Desarrollar un plan de visitas Corporativas para ofrecer nuestros servicios.
   _ Asegurar la presencia de YS y PYI en los eventos externos más importantes en Bogotá.
   _ Manejo de presentación de PyG trimestral.
   _ Supervisar el equipo de Servicio al Cliente para que se cumplan los objetivos acordados.
   _ Coordinar eventos internos.
   _ Redactar boletines para la comunidad de YS y PYI.
   _ Liderazgo SST."

Es de advertir que, si bien el Representante Legal de la encartada expuso en su interrogatorio de parte que a la demandante no se le asignó como funciones lo concerniente al liderazgo del sistema de salud en el trabajo, sus dichos se desbordan de la realidad, ya que tal función se determinó por escrito como lo advierte el documento de responsabilidades anteriormente expuesto, actividad que apremia una responsabilidad netamente de trabajadora directa de la empresa.

De otra parte, la Sala precisa que tampoco se encuentra congruencia entre el objeto del contrato de prestación de servicios y sus proporcionadas responsabilidades, frente a las verdaderas funciones desarrolladas por la demandante, puesto que no puede perderse de vista aspectos tan relevantes como es el hecho que la demandante señora MARCELA FERNANDA OSORIO LEAL durante su permanencia con la encartada desarrolló labores propias de un cargo subordinante para con trabajadores de la misma YOGASPACE IPS S.A.S.

Ello por cuanto, yacen diferentes documentos que evidencian que la actora firmó en representación de la YOGASPACE IPS S.A.S. una evaluación de periodo de prueba de una señora de nombre SONIA VIVIANA RUSSI RANGEL el 19 de septiembre de 2017, memorandos No. 01 del 7 de noviembre de 2017, 02 del 12 de junio de 2018 y 03 del 22 de enero de 2018 con destino a las señoras NUBÍN DAYANA JIMÉNEZ y SONIA ESPERANZA CARABALLO, comunicación adiada el 10 de noviembre de 2017 a la señora NUBÍN DAYANA JIMÉNEZ donde se le informa a ésta última un cambio de modalidad contractual, llamado de atención a la señora YEIMY VALVUENA el 12 de junio de 2018, así como diferentes documentos relacionados con bonos extra salariales que le eran otorgados a trabajadores al servicio de la encartada (Fls. 28 a 42 – PDF 01 DEMANDA).

Tales aspectos resultan incongruentes con una contratación de servicios de la demandante, ya que aparte de estar totalmente desorientados a la naturaleza propia de objeto del contrato civil, la Sala puede colegir que la demandante tuvo atribuciones propias de trabajadora directa de YOGASPACE IPS S.A.S. para poder desarrollar funciones subordinantes con empleados de la encartada, tópico que incluso fue respaldado con la firma del Representante Legal como así lo denotan las documentales anteriormente reseñadas; circunstancia por la cual, puede concluirse que la pasiva no logró desvirtuar el elemento subordinante y, por consiguiente, la presunción de que trata el

artículo 24 del C.S.T. sobre un verdadero contrato de trabajo, lo que conlleva a que este puntualísimo aspecto sea confirmado en esta instancia.

Ante lo expuesto aquí, se procede a analizar las condenas impuestas por el operador de instancia atendiendo los planteamientos esbozados por la encartada en el recurso de alzada.

d. De la condena por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones.

Como ya se refirió, las condenas impuestas por el operador de instancia fueron con ocasión de la declaratoria del contrato de trabajo, por lo que al no haberse especificado por la apelante entrar a reprochar alguna de estas, las mismas se mantendrán incólumes.

e. De la indemnización por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T.

Valga la pena advertir que con relación a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como las sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL999-2022, Radicación No. 88534 del 30 de marzo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

Bajo esta égida, como lo sostuvo el operador de instancia, se aprecia que la prueba del finiquito contractual está demostrada, como quiera que obra

dentro del plenario la carta que YOGASPACE IPS S.A.S. le comunicó a la demandante el 3 de julio de 2018, donde se le manifestó que el contrato de prestación de servicios finalizaría el a partir del 6 de julio de 2018 como consecuencia de la crisis económica atravesaba (Fl. 22 – PDF 07 CONTESTACIÓN DEMANDA).

En tal sentido, como lo dispuso el operador de instancia, al configurarse un verdadero contrato de trabajo en atención a la primacía de la realidad sobre las formalidades, es evidente que el finiquito ocurrido por la encartada no se ajusta a una terminación justa de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del C.S.T.; circunstancia por la cual, este aspecto de condena dispuesto en la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse, dejando de presente además que al no haber existido reparo en la alzada en lo concerniente al monto impuesto como condena, la Sala mantendrá incólume tal situación.

f. De la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T.

Tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de

2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, SL1229-2022, Radicación No. 85137 del 5 de abril de 2022, entre otras.

Ahora bien, en tratándose de contratos de prestación el órgano de cierre también ha expuesto que la simple suscripción de contratos de prestación de servicios no es suficiente para probar la buena del empleador, así lo ha sostenido en decisiones tales como la SL3068-2022, Radicación No. 81680 del 31 de agosto de 2022, SL3092-2022, Radicación No. 80668 del 31 de agosto de 2022, SL3171-2022, Radicación No. 85563 del 22 de agosto de 2022.

Por tal razón, al existir plena prueba dentro del plenario que en todo momento a la demandante le fueron pagados honorarios a razón del contrato de prestación de servicios que suscribió con la encartada, es por lo que el asunto de marras se rigió bajo la égida de una mala fe del empleador la cual, *a contrario sensu* de lo alegado por pasiva, no fue desvirtuada.

Por último, si bien la demandada hizo alusión en el recurso de alzada que la comunicación de la terminación del contrato de trabajo que aportara la demandante era falsa (Fl. 27 – PDF 01 DEMANDA), tal argumento se desborda de la realidad, toda vez que auscultado el interrogatorio de parte que rindiera el Representante Legal de YOGASPACE IPS S.A.S., el Juez le puso de presente el documento con el que se le comunicó a la demandante la terminación del contrato de trabajo, siendo aceptado por este por cuanto contenía su firma, de allí que no goce de prosperidad su argumento.

Es así como la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada toda vez que el recurso de alzada no gozó de prosperidad.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada y a favor de la actora. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **05 2020 00460 01**
Demandante:	RODRIGO ANTONIO QUINTERO DUQUE
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, así como por COLPENSIONES y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en contra de la sentencia proferida el 22 de junio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RODRIGO ANTONIO QUINTERO DUQUE promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare el traslado automático de régimen consagrado en las sentencias C 789 de 2002, C 1024 de 2004, SU 062 de 2010, SU 130 de 2013 y la Circular Externa 006 de 2011 y demás concordantes, al sumar más de 15 años de cotizaciones o servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En subsidio de lo anterior, se declare la ineficacia o nulidad del traslado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., de ahí que se le condene a esta última trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del ahorro por las cotizaciones a pensión, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración que haya deducido, pólizas y demás rubros a los que tenga derecho, retornando las cosas a su estado inicial de afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida del cual nunca debió migrar.

Asimismo, se declare que tiene derecho a la pensión de vejez causada desde el 6 de mayo de 2015 o, en subsidio, a partir del 6 de mayo de 2017.

Por consiguiente, se le condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez desde la fecha de efectividad ya sea desde el 6 de mayo de 2015, 6 de mayo de 2017, o en últimas a partir del 3 de abril de 2020 como acto de devolución de retiro del sistema atendiendo el radicado de pensión ante la referida COLPENSIONES, en un 80% sobre el IBL de los últimos 10 años o toda la vida laboral según le sea más favorable, junto con el pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

Como pretensión subsidiaria, pretende se determine competente a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de su pensión pagada de forma correcta tomando el IBL de los últimos 10 años o el de toda la vida laboral, o bajo los cálculos actuariales que correspondan.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 6 de mayo de 1955, iniciando cotizaciones de manera ininterrumpida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde febrero de 1974 hasta agosto de 1995, siendo el primer periodo al servicio del MINISTERIO DE DEFENSA y luego al extinto ISS, generando un total de 903.14 semanas cotizadas, así como que al 1º de abril de 1994 contaba con 890 semanas.

Que de las semanas cotizadas con anterioridad al traslado de régimen pensional, para el fondo privado se encuentran pendientes de acreditar un total de 888.03; sin embargo, ante la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO sí se encuentra acreditado el tiempo cotizado ante el extinto ISS, además de existir certificación del MINISTERIO DE DEFENSA sobre el periodo laborado ante dicha entidad por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1974 y el 1º de septiembre de 1977, por lo que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 computó 890 semanas.

Refirió que, al ostentar más de 15 años de servicios, es procedente su traslado automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de según las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, SU130 de 2013 y la Circular Externa 006 de 2011, situación que a su vez conlleva a retornar al régimen público sin pérdida alguna de prerrogativas pensionales, en especial el régimen de transición.

Al unísono, sostuvo que si bien perdió dicho régimen transicional bajo la aplicación exegética del Parágrafo 4º Transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 en tanto cumplió 60 años de edad en el año 2015, debe dejarse de aplicar dicha disposición normativa en atención de lo preceptuado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, lo que conllevaría a que le fuese aplicado el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

De otra parte, expuso que el 1º de mayo de 2004 efectuó traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., la cual se encuentra viciada en la medida que no se le suministró una información pormenorizada sobre los aspectos de ambos regímenes pensionales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que el demandante realizó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, razón por la cual el contrato de afiliación es plenamente válido y no se encuentra inmerso en causal alguna que conlleve a la nulidad o ineficacia de su afiliación, máxime

si en la actualidad el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373-2021 y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. refirió no ser cierto que el traslado realizado por el demandante ante sus dependencias sea ilegal, nulo o ineficaz, como quiera que la misma versa sobre un contrato existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues su suscripción se llevó a cabo de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato para con el demandante por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, 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, 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.

Luego que el Juzgado *a-quo* dispusiera la vinculación de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO mediante proveído adiado el 19 de octubre de 2021, el ente ministerial contestó la demanda manifestando

en términos generales no constarle ninguno de los aspectos planteados por el demande por cuanto lo discutido versa a aspectos que deberán ventilarse dentro del transcurrir del trámite procesal.

Frente al bono pensional del actor, refirió que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. el 5 de marzo de 2004, administradora pensional donde se encuentra actualmente afiliado, así como que tiene derecho que se emita en nombre suyo un Bono Pensional Tipo A – modalidad 2, por haberse traslado al régimen privado a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y tener una historia laboral de cotización al ISS o a cajas públicas superior a 150 semanas, bono pensional donde concurre como emisor y único contribuyente la Nación.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, el desconocimiento de la Ley no genera un vició en el consentimiento, en caso de existir nulidad alguna la misma ya se encontraría saneada, y el estudio de validez y eficacia del traslado de régimen debe respetar el principio de irretroactividad de las normas jurídicas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de junio de 2022 ordenó el traslado automático e inmediato del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Fue por ello que ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, bonos pensionales, ordenándole a su vez a COLPENSIONES recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

Absolvió a COLPENSIONES y a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICA de las demás pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó no encontrarse en discusión que el 1º de abril de 1994 el aquí demandante contaba con más de 15 años de servicios, de allí que al tenor de los postulados emanados por la honorable Corte Constitucional, en especial la sentencia SU-130 de 2013, tenía derecho a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo, aspectos por los que refirió no ser menester efectuar un análisis exhaustivo sobre si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado en el año 2004 gozaba de ineficacia o no al tenor del deber de información adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que si bien el actor puede retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no puede pretender que el régimen de transición perseguido dentro del petitum le sea favorable, toda vez que atendiendo lo preceptuado en el Acto Legislativo de 2005, el mismo extinguió la expectativa legítima de este régimen transicional al 31 de julio de 2010, ampliando como máximo su temporalidad hasta el 31 de diciembre de 2014, ostentado el actor a dicha calenda 59 años de edad, de ahí que se hubiese extinguido a su favor lo regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, acceder a una posible prestación por vejez en los términos de la Ley 797 de 2003, sin que este último aspecto fuese óbice del beneficio del traslado automático con destino a COLPENSIONES.

En lo que concierne al reconocimiento de la pensión de vejez, el *a-quo* sostuvo que existe prueba documental que demuestra un inicio de trámite de emisión de bono pensional, sin que se encuentre concretado el derecho o estatus de la pensión del demandante, pues basta revisar su historia laboral para advertir que en la actualidad sigue cotizando y PROTECCIÓN S.A. sigue recibiendo sus aportes pensionales, aunado a que, no existe prueba de que esté recibiendo pensión ni ingreso en nómina de pensionados, por lo que en caso de que LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO haya girado algún recurso, son contingencias que la AFP tiene en su poder y hacen parte de la cuenta de ahorro individual del actor, y al retornar nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tales rubros también correrán la misma suerte, más aún si en la actualidad sigue cotizando, aspectos todos por los adujo que debía declararse probada la excepción de petición antes de tiempo.

Que a razón de la absolución del reconocimiento de la pensión de vejez en esta oportunidad, absolvió respecto de la pretensión del reconocimiento y pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que conllevó a su vez a absolver a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de cualquier súplica.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó su alzada que la pensión de vejez debe ser reconocida en los términos de la Ley 797 de 2003, bajo el entendido que si bien se indicó la falta del retiro del sistema, también es que no se continuó cotizando con la finalidad de mejorar el ingreso base de liquidación, sino porque no se tenía conocimiento sobre lo procedente ante la situación de estar afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o si tenía la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de COLPENSIONES y así tener un mejor monto de la pensión de vejez.

Que atendiendo todo lo anterior, sostiene que al 30 de agosto de 2019 contaba con 1310 semanas teniendo en cuenta lo cotizado durante toda su vida laboral, de ahí que la prestación deba ser reconocida desde el mes de agosto de 2019 o, en subsidio, desde la fecha que se hizo la petición a COLPENSIONES que lo fue el 3 de abril de 2020, reiterando que la continuidad en sus cotizaciones se llevó a cabo ante la incertidumbre sobre la procedencia o no del traslado de régimen pensional.

Que debe prosperar la condena en costas de primer grado respecto de las entidades COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, pues como lo dispone la norma, esta condena procede para la parte vencida en juicio.

COLPENSIONES expuso en su apelación que no ha tenido injerencia alguna en la decisión de que el demandante se hubiese trasladado en su momento al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aunado a que, la responsabilidad de que el demandante hubiese ostentado más de 15 años de

servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 es de PROTECCIÓN S.A., pues estaba en cabeza de esta el debido asesoramiento claro, preciso y oportuno para con el demandante, de ahí que debe ser la referida PROTECCIÓN quien asuma el estudio del reconocimiento pensional pretendido bajo los mismos parámetros que ofrece el Régimen de Prima Media, así como que en caso de que proceda el traslado automático, debe garantizarse el reintegro de la totalidad de las cotizaciones incluida la completitud de contingencias que yacen en la cuenta individual del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, rendimientos, bono pensional, seguros provisionales, cuotas de administración, entre otros factores, ello con el fin de garantizar el financiamiento de la prestación.

Que debe tenerse en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que como entidad es un tercero en el acto jurídico, por lo que independiente de la decisión judicial no se le puede perjudicar o favorecer respecto de la misma.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO indicó en el recurso de alzada que en lo que respecta al bono pensional objeto en su responsabilidad de emisión, dentro del plenario se aportó copia de la Resolución No. 1668 del mes de mayo de 2017, a través de la cual se prueba la emisión y redención del bono pensional objeto de reproche, por lo que se ordenó el pago de la suma de $77.873.000 y que en la actualidad reposa en la cuenta de ahorro individual del demandante, suma que se canceló conforme a la liquidación provisional que se le puso de presente al actor, de manera que en Régimen de Prima Media con Prestación Definida las pensiones no se financian con bono pensional tipo A, ya que esta catalogación financia únicamente las pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que por tal razón, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, modificado por el Decreto 1833 de 2016, cuando se presenta un traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de existir un bono tipo A que se encuentre pago, debe realizarse su correspondiente anulación y regresar los dineros a la Nación debidamente indexada o con la actualización monetaria a la fecha de pago.

De otra parte, expuso que en la actualidad el demandante ostenta la calidad de pensionado en el régimen privado bajo la garantía de pensión mínima, por lo que resulta improcedente su retorno a COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, así como COLPENSIONES y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en concordancia con el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en los términos de que trata el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos.

(i) Se determinará si al aquí demandante señor RODRIGO ANTONIO QUINTERO DUQUE, es merecedor del traslado automático del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizara a través de PROTECCIÓN S.A., al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de COLPENSIONES.

(ii) De prosperar lo anterior, deberá auscultarse si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, responsabilidad que también se analizará respecto de PROTECCIÓN S.A. en atención de los argumentos esgrimidos por COLPENSIONES en su recurso de alzada.

(iii) La cancelación y/o anulación del Bono tipo A que arguye LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO emitió a favor del demandante en su cuenta de ahorro individual administrada en el régimen privado por PROTECCIÓN S.A., en caso de que el actor

deba permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

(iv) La condena por concepto de costas procesales a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los anteriores problemas jurídicos, debe la Sala puntualizar en primera medida que no fue objeto de discusión lo siguiente:

_ Que el demandante nació el 6 de mayo de 1955, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, al igual que el cumplimiento de los 60 años los ostentó el 6 de mayo de 2015.

_ Que el demandante al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 199, contaba con más de 15 años de servicios, como quiera que laboró al servicio del MINISTERIO DE DEFENSA por el periodo comprendido entre el 14 de febrero de 1974 y el 1º de agosto de 1978 arrojando 180.29 semanas de cotización, aunado a que, según da cuenta la certificación de tiempos del bono pensional, el actor entre el 14 de marzo de 1980 y el 31 de marzo de 1994 ostentó 716.29 semanas (Fls. 50 a 51 – PDF 010 – CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A., fl. 3 PDF 003 – PRUEBA DEMANDANTE).

_ Tampoco el hecho que el demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 1º de mayo de 2004 (Fl. 37 – PDF 010 – CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.).

En lo que respecta a la solicitud del retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es menester precisar que atendiendo las diferentes sentencias emanadas por la honorable Corte Constitucional tales como la C-789 de 2002, C-062 de 2010 y SU-130 de 2013, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que para el retorno a

este régimen proveniente del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el requisito piramidal es el hecho que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994 para el caso del aquí demandante, debiese acreditar 15 años o más de servicios, así lo rememoró en la sentencia SL12447-2015, Radicación No. 43278 del 15 de septiembre de 2015, traída a colación en la sentencia SL1115-2021, Radicación No. 74348 del 24 de marzo de 2021, última donde se indicó:

> *"En segundo lugar, se precisa que la doctrina jurisprudencial traída a colación al decidir el primer ataque establece que la condición necesaria para conservar el régimen de transición, para quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y luego retornaron al régimen de prima media con prestación definida, consiste en que el afiliado contara con al menos quince años de servicios al momento de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como se aprecia en las providencias CSJ SL12447-2015, CSJ SL6438-2015 y CSJ SL609-2013.*
>
> *En las decisiones referidas también se precisa que la conservación del régimen de transición no está condicionada a que «el traslado del capital del fondo privado no haya sido inferior al monto de los aportes que se hubiesen alcanzado de permanecer en el ISS o a que el traslado no se haga en el año siguiente de vigencia de la Ley 797 de 2003».*
>
> *En efecto, la primera providencia mencionada dice literalmente lo que sigue:*
>
> *En efecto, sobre esta temática, en la sentencia SL6438-2015, que retomó las consideraciones de la providencia CSJ SL 609- 2013, esta Sala dijo:*
>
> *"…Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL 609-2013, al estudiar una situación semejante a la presente, se puntualizó:*
>
> *(…)*
>
> *La controversia jurídica en esta acusación, se centra entonces en definir, si al haber retornado el demandante al Régimen de Prima Media recuperó el beneficio de la transición que había perdido con su traslado al Régimen de Ahorro Individual.*
>
> *Para el Tribunal en cuanto el actor a 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones tenía acumulados más de 15 años de servicios, podía recuperar el beneficio de la transición «con la única condición de que al momento del cambio de régimen trasladara a éste la totalidad del ahorro existente en la cuenta individual, sin que pueda exigírsele que el monto de los aportes efectuados sean equivalentes a los que se habrían cotizado de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, por tratarse de una condición imposible de cumplir, dadas las diferencias de manejo y distribución de la cotización establecidas legalmente y ajenas a la voluntad del asegurado, razón por la cual se inaplica el Decreto 3800 de 2003».*

El casacionista por su parte estima que el Juzgador Ad quem interpretó erróneamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002 cuando se pronunció sobre la exequibilidad de los incisos 4° y 5° de dicho precepto, debía exigirse para la recuperación del régimen de transición que el ahorro efectuado el Régimen de Ahorro Individual «no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media».

Al respecto se ha de precisar que el tema de la equivalencia del aporte legal entre el ahorro realizado en el Régimen de Ahorro Individual respecto del que se hubiere efectuado en el Régimen de Prima Media si el afiliado hubiere permanecido en éste, para efectos de recuperar el régimen de transición, no ha tenido un tratamiento pacífico en la jurisprudencia por la complejidad que presenta.

Lo primero que se impone precisar es que de conformidad con lo previsto en el inciso 4° de la Ley 100 de 1993, y en armonía con la hermenéutica impartida por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, el régimen de transición se pierde cuando sus beneficiarios voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, "caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen".

Sin embargo, está prevista su recuperación, para aquellas personas que decidan retornar al Régimen de Prima Media, siempre y cuando a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieren 15 o más años de servicios o su equivalente en cotizaciones.

Ahora bien, el tema de la equivalencia de los aportes en uno y otro régimen como condición para la recuperación del régimen de transición fue contemplada por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, tuvo tratamiento normativo en el Decreto 3800 de 2003, y ha sido objeto de pronunciamientos por parte de esta Sala, como pasa a explicarse:

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

(…)
Cumple advertir que en la sentencia SU 130-13 la Corte Constitucional consciente de la disparidad de criterios sostenida en sus decisiones de tutela sobre el tema, y en un esfuerzo por trazar un derrotero para abordar el problema jurídico en sus distintas Sala de Revisión concluyó que:

«Bajo ese contexto, y con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este tema, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1 ° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse 'en cualquier tiempo' del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición. Para tal efecto, deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva

cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, conforme quedó definido en la Sentencia C-062 de 2010, el afiliado tiene la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con dicha exigencia, lo cual debe hacer dentro de un plazo razonable».

El Decreto 3800 de 2003:

El Gobierno Nacional mediante el Decreto 3800 de 2003 que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, estableció en el artículo 3° que para recuperar el régimen de transición era menester:

a) Trasladar a prima media el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual, y

b) Que dicho saldo no fuera inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.

Ese precepto fue objeto de una medida de suspensión provisional en auto de 5 de marzo de 2009, dictado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el proceso Rad. N° 1975-08, por ser manifiesta su inconformidad con la Constitución y la Ley al introducir nuevas condiciones para el cambio de régimen pensional.

Después, la misma Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en un proceso distinto, el radicado bajo el número 1095-07, declaró la nulidad parcial del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, mediante sentencia de 6 de abril de 2011, donde en la parte resolutiva dispuso:

«DECLÁRASE la nulidad de las expresiones 'cumplan con los siguientes requisitos:', 'a)', 'y b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último", así como del inciso final que dispone que 'Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional' contenidas en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 expedido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993».

Señaló el Consejo de Estado:

«… con las exigencias allí previstas, el ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Carta, en consideración a que la norma reglamentada y el decreto no están referidos al mismo tema y el reglamentario no se ciñe en un todo a la materia regulada. Tampoco el artículo reglamentado ni la jurisprudencia constitucional que hace tránsito a cosa juzgada se refieren a la equivalencia entre el saldo y

los rendimientos entre ambos regímenes pensionales para que pueda proceder legalmente el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de aquellos afiliados señalados en el decreto, como sí se hizo en los apartes objeto de la demanda».

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

La Corte Suprema de Justicia sobre este tema ha mantenido una línea jurisprudencial uniforme, que tiene el carácter de reiterada. Ha considerado entre otras en sentencias de 31 de enero de 2007, rad. 27465; 1° de diciembre de 2009, rad. 36301; 9 de marzo de 2010, rad. N° 35406; y 14 de noviembre de 2012, rad. 38366, que los beneficiarios del régimen de transición que migraron al régimen de ahorro individual con solidaridad y posteriormente deciden regresar al de prima media con prestación definida, recuperan los beneficios de la transición siempre que a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones, el 1º de abril de 1994, tuvieren 15 o más años de servicios cotizados.

No ha exigido el requisito de la equivalencia de aportes, porque ha considerado que se trata de condicionamientos no establecidos por la ley. En la sentencia rad. 35406 ya citada, dejó esta Corporación las siguientes enseñanzas:

«En realidad, la solución que se pretendió ofrecer a las personas que se encontraron ante un panorama como el descrito, a través de la sentencia C-789 de 24 de septiembre de 2002, se tradujo, prácticamente, en la imposibilidad de recuperar los beneficios del régimen de transición, pues al exigir que, además de retornar al régimen de prima media, y de trasladar todo el importe efectuado en el régimen de ahorro con solidaridad, dicho ahorro debía ser, por lo menos, igual 'monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media', pretextando proporcionalidad y salud financiera del sistema, introdujo unos condicionamientos no establecidos por la Ley.

Tan es así, que la propia Corte Constitucional en un pronunciamiento posterior en sede de tutela, reconoció la imposibilidad comentada, al concluir que siempre será mayor el porcentaje destinado a financiar la pensión de vejez en el régimen de prima media, que en el de ahorro individual (T-818/07)».

El anterior panorama permite a la Sala concluir, que no resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del régimen de ahorro individual al de prima media, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador." *(negrillas por esta Sala).*

En tal sentido, como lo advirtió este cuerpo Colegiado en precedencias, no fue objeto de discusión que el aquí demandante efectuó un total de aportes con anterioridad al 1º de abril de 1994 de 896.58 semanas de la siguiente manera:

TIEMPOS EMITIDOS POR EL MINISTERIO DE DEFENSA	
DESDE	**HASTA**
14/02/1974	1/08/1977
TOTAL SEMANAS	**180,29**

TIEMPOS BONO PENSIONAL	
DESDE	**HASTA**
14/03/1980	31/03/1994
TOTAL SEMANAS	**716,29**

Es por ello, que como lo dispuso el operador de instancia, al haber ostentado el actor más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es procedente el retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en la medida que PROTECCIÓN S.A. para el año 2004 cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debió estimar dicho aspecto de asesoramiento, máxime si ya se había dado inicio a las diferentes posturas emanadas por la Corte Constitucional, más exactamente la sentencia C-789 de 2002.

Lo anterior implica a su vez, que al haber estado el actor inmiscuido en el análisis contenido en la sentencia SU-130 de 2013, la situación de ineficacia que alegó desde el inicio del *petitum* como lo precisó el *a-quo*, no debió analizarse a la luz de la ineficacia del traslado ante la presunta falta del deber de información de PROTECCIÓN S.A. a razón del traslado acaecido en el año 2004, pues se itera, lo que ocurre en el caso de marras es un retorno automático al tenor de la jurisprudencia constitucional, el cual por demás fue avalado por nuestro órgano de cierre.

Ahora bien, como también lo precisó el fallador de primer grado, aspecto que tampoco fue reparo por las partes en primer grado, claro es para la Sala que al actor no podía analizársele prerrogativas pensionales contenidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, toda vez que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 36 de dicha disposición normativa, en concordancia con Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante cumplió 60 años de edad el 6 de mayo de 1955, de ahí que perdiera el régimen

transicional que tuvo una ampliación máxima hasta el 31 de diciembre de 2014; circunstancia por la cual, este tópico habrá de confirmarse, situación que también conlleva a que el análisis de la pensión se realice al tenor de lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual adicionó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

d. Del reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003:

El artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

> ***"ARTÍCULO 9o.*** *El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> 1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> 2. *Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> *(…)"*

Palmario resulta entonces que el demandante nació el 6 de mayo de 1955 como da cuenta su cédula de ciudadanía (Fl. 23 – PDF 01 – DEMANDA Y ANEXOS), por lo que cumplió 62 años de edad el mismo día y mes de 2017, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, confrontada la totalidad de semanas acreditadas por lo menos a la presentación de esta acción, el aquí demandante ostenta un total de 1432.58 semanas, las cuales se cotizaron al

servicio del MINISTERIO DE DEFENSA por el periodo comprendido entre el 141 de febrero de 1974 y el 1º de agosto de 1977, las que se reflejan del bono pensional emitido por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO por el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 1980 y el 31 de marzo 1994, así como las que se desprenden de la historia laboral emitida por PROTECCIÓN S.A. comprendidas entre el mes de mayo de 1995 y el mes de junio de 2021 de la siguiente manera:

TIEMPOS EMITIDOS POR EL MINISTERIO DE DEFENSA	
DESDE	**HASTA**
14/02/1974	1/08/1977
TOTAL SEMANAS	**180,29**

TIEMPOS BONO PENSIONAL	
DESDE	**HASTA**
14/03/1980	31/03/1994
TOTAL SEMANAS	**716,29**

HISTORIA LABORAL PROTECCIÓN S.A.	
PERIODO	**DÍAS**
may-95	16
jun-95	30
jul-95	30
ago-95	16
may-04	30
jun-04	30
jul-04	30
ago-04	30
sep-04	30
oct-04	30
nov-04	30
dic-04	30
ene-05	30
feb-12	30
mar-12	30
abr-12	30
may-12	30
jun-12	30
jul-12	30
ago-12	30
sep-12	30
oct-12	30
nov-12	30
dic-12	30
ene-13	30
feb-13	30
mar-13	30
abr-13	30
may-13	30
jun-13	30
jul-13	30
ago-13	30
sep-13	30
oct-13	30
nov-13	30
dic-13	30
ene-14	30
feb-14	30
mar-14	30
abr-14	30
may-14	30
jun-14	30
jul-14	30
ago-14	30
sep-14	30
oct-14	30
nov-14	30
dic-14	30
ene-15	30
feb-15	30
mar-15	30
abr-15	30
may-15	30
jun-15	30
jul-15	30
ago-15	30
sep-15	30
oct-15	30
nov-15	30
dic-15	30
ene-16	30
feb-16	30
mar-16	30
abr-16	30
may-16	30
jun-16	30
jul-16	30
ago-16	30
sep-16	30
oct-16	30
nov-16	30
dic-16	30
ene-17	30
feb-17	30
mar-17	30
abr-17	30
may-17	30
jun-17	30
jul-17	30
ago-17	30
sep-17	30
oct-17	30
nov-17	30
dic-17	30
ene-18	30
feb-18	30
mar-18	30
abr-18	30
may-18	30
jun-18	30
jul-18	30
ago-18	30
sep-18	30
oct-18	30
nov-18	30
dic-18	30
ene-19	30
feb-19	30
mar-19	30
abr-19	30
may-19	30
jun-19	30
jul-19	30
ago-19	30
sep-19	30
oct-19	30
nov-19	30
dic-19	30
ene-20	30
feb-20	30
mar-20	30
abr-20	30
may-20	30
jun-20	30
jul-20	30
ago-20	30
sep-20	30
oct-20	30
nov-20	30
dic-20	30
ene-21	30
feb-21	30
mar-21	30
abr-21	30
may-21	30
jun-21	30
TOTAL SEMANAS	536

TOTAL DE SEMANAS COTIZADAS	
TIEMPOS EMITIDOS POR EL MINISTERIO DE DEFENSA	180,29
TIEMPOS BONO PENSIONAL	716,29
HISTORIA LABORAL PROTECCIÓN S.A.	536
GRAN TOTAL	**1432,58**

Por tal razón, al ostentar el demandante por lo menos hasta el mes de junio de 2021 un total de 1432.58 semanas, es por lo que se configura el tiempo requerido para acceder a la prestación por vejez, que en el caso del actor por cumplir 62 años de edad el 6 de mayo de 2017 debía acreditar como mínimo 1300 semanas, situación última que superó a creces conforme hasta lo aquí expuesto, por lo que es notorio que le asiste el derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez a la luz de lo preceptuado en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

A pesar de lo anterior, se recalca que el aquí demandante como lo confesó en el interrogatorio de parte y según se aprecia de la historia laboral emitida por COLPENSIONES, no presenta novedad de retiro; por el contrario, sigue efectuando cotizaciones al sistema general de pensiones, por lo que la pensión de vejez aquí reconocida deberá pagarse a partir de la novedad del retiro en comento.

A unísono, y en lo que respecta a la forma de liquidar la prestación, atendiendo que el demandante acredita más de 1250 semanas de cotización, el IBL a tener en cuenta será con el promedio de salarios de los últimos 10 años cotizados o, el de toda su vida laboral, según le sea más favorable de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

En atención de lo expuesto y abordando los recursos de apelación interpuestos tanto por COLPENSIONES como por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en el sentido de que no es procedente la pensión aquí reconocida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, máxime si el actor le fue expedido un bono pensional tipo A, sus argumentos no resultan de asidero como quiera que, confrontado en su totalidad el caudal probatorio, se aprecia que al demandante no le fue reconocida pensión alguna dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y si bien en algún momento se trató de efectivizar una prestación, lo cierto es que tal actuar no tuvo una finalización, de allí que atendiendo la procedencia del traslado automático al

régimen público y ante la legalidad de la norma en los términos de la sentencia SU-130 de 2013, viable resulta este reconocimiento prestacional por parte de COLPENSIONES.

e. Del bono pensional tipo A pagado por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A.

Como lo demostró LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, yace la certificación No. 16668 del 22 de mayo de 2017 por la cual se acredita que emitió y redimió bono pensional con destino a PROTECCIÓN S.A. respecto del aquí demandante señor RODRIGO ANTONIO QUINTERO DUQUE por valor de $77.273.000 (Fls. 47 a 50 – PDF 016 – CONTESTACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA).

En tal sentido, es menester traer a colación de preceptuado en el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, el cual fue modificado por el artículo 2.2.16.7.18:

> *"**ARTÍCULO 2.2.16.7.18.** Traslados. Cuando un servidor público, que con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones se haya trasladado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y posteriormente, dentro de los plazos legales, se haya trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, se expedirán dos bonos pensionales tipo A: uno por el tiempo comprendido hasta la fecha de traslado al ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), expedido de conformidad con las reglas generales establecidas en el Decreto-ley 1299 de 1994, y un bono tipo A modalidad 1, expedido por el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y correspondiente a los aportes efectuados a dicha administradora con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones y hasta el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Si eventualmente se hubiere emitido un bono B, este se anulará.*
>
> *Cuando un afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que cuenta con tiempos como servidor público, anteriores a su afiliación con el régimen de ahorro individual con solidaridad, decida trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, (ISS), hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), se expedirá un bono pensional Tipo B, o se realizará el reconocimiento de la cuota parte pensional según el caso, de conformidad con lo dispuesto en los Capítulos 1 y 2 del Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del presente decreto, por el tiempo como servidor público*

comprendido hasta la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones el traslado al ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), de los recursos abonados en la cuenta de ahorro individual y de la historia laboral del afiliado mes a mes, durante el tiempo en que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual. Si eventualmente se hubiere emitido un bono tipo A, este se anulará.

Para los empleadores que, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 2.2.2.1.11 del presente decreto, hubieren vinculado a sus trabajadores al ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y, posteriormente, estos seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que se haya expedido el respectivo título pensional o trasladado el valor de la reserva actuarial, el empleador deberá emitir el bono pensional tomando como fecha de corte la fecha de traslado al Instituto de Seguros Sociales, (ISS), hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). Corresponderá al ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), dentro de los cuatro meses siguientes al traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, transferir a la administradora seleccionada por el trabajador el monto de las cotizaciones correspondientes al riesgo de vejez efectuadas desde su afiliación al ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) hasta el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, actualizadas con una tasa equivalente al rendimiento generado por las reservas de vejez del ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). En el evento de agotamiento de las reservas de vejez del ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), las cotizaciones se actualizarán de conformidad con la rentabilidad mínima de que trata el inciso 1º del artículo 54 de la Ley 100 de 1993.

En el caso de los bonos emitidos por empresas privadas que no hubiesen emitido el respectivo título pensional o trasladado el valor de la reserva actuarial, para casos contemplados en el literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la fecha de corte será el 1º de abril de 1994, salvo que a esa fecha el trabajador ya se hubiere retirado de la empresa.

En el caso de los bonos emitidos para servidores públicos del orden territorial, que hubiesen seleccionado régimen con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, la fecha de corte más tardía será el 1º de julio de 1995, con excepción de los bonos de los servidores que se trasladen de entidades que estaban autorizadas para administrar el régimen de prima media y de aquellos que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 2.2.2.1.13 de este decreto, se deban emitir a los servidores que estuvieron vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial declarada insolvente hasta el corte de cuentas, caso en el cual la fecha de corte más tardía será el 1º de enero de 1996.

En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a

hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, solo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Capítulo 4 del Título 4 de la Parte 2 del Libro 2 del presente decreto.

En cualquier caso, la fecha de corte de los bonos pensionales será la del primer traslado o selección de régimen efectuado después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, aunque posteriormente se produzcan traslados entre los diferentes regímenes.

Para las entidades públicas que no cumplieron con lo ordenado por el numeral 1.3 del artículo 2.2.2.1.1 del presente decreto, en concordancia con lo dispuesto en el literal d) del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es decir, que no afiliaron al sistema general de pensiones a los servidores que se vincularon con posterioridad al 1º de abril de 1994, deberá calcularse una reserva actuarial según lo ordenado por el artículo 2.2.4.4.3 de este decreto por el tiempo transcurrido entre el 1º de abril de 1994 y la fecha de afiliación del servidor al sistema general de pensiones.

Cuando para efectos de reconocer una prestación se le solicite a la entidad emisora el pago de un bono, la Administradora de Pensiones deberá indicar las normas aplicables para otorgar la prestación, para que la entidad emisora pueda verificar que el bono corresponde al régimen pensional con el cual se otorgó la prestación.

(Decreto número 1748 de 1995, artículo 57, modificado por el Decreto número 1474 de 1997, artículo 15 y el Decreto número 3798 de 2003, artículo 17)".

Como lo dispone la norma en comento, claro es que para el asunto que ocupa a la Sala en efecto el bono pensional objeto de reproche por parte de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO es un bono tipo A, de ahí que su naturaleza legal se circunscribe a su emisión cuando aquel afiliado pensional, como en el caso del actor, se traslada con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, al ordenarse el traslado automático del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se debe dar aplicación al artículo 2.2.2.3.1 del Decreto 1833 de 2016, el cual consagra:

"ARTÍCULO 2.2.2.3.1. Traslado de régimen pensional. Una vez efectuada la selección de cualquiera de los regímenes pensionales mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido cinco años contados desde la fecha de la selección anterior.

"Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media se aplicará lo siguiente:

"1. Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales.

"2. Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ***y el bono pensional cuando sea del caso****. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado".*

Así las cosas, no le asiste razón a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO al pretender se le retorne a dicha entidad el bono pensional.

f. De las costas procesales:

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte demandante frente a la absolución por concepto de costas procesales por parte de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que tanto COLPENSIONES como PROTECCIÓN gozan de responsabilidad sobre las condenas impuestas, se les condenará en costas de primera instancia, situación que no ocurre con relación a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en tanto, no recayó ninguna responsabilidad sobre este.

COSTAS en esta instancia a cargo de los apelantes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez de en los términos de que trata el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que el actor demuestre su desafiliación del sistema de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, prestación que para su liquidación deberá realizarse teniendo en cuenta el promedio del IBL de los últimos 10 años o, el de toda su vida laboral según le sea más favorable como así lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de instancia, para en su lugar condenar en costas procesales de primera instancia a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. según los argumentos esbozados en esta decisión.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas apelantes y a favor del actor. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $1.000.000 para cada una, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **05 2018 00418 01**
Demandante:	BEATRIZ PRIETO HENAO
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 1º de junio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BEATRIZ PRIETO HENAO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.; además, se declare que PORVENIR S.A. debe trasladarla al régimen de prima media con prestación definida, junto con los aportes y gastos de administración que realizó a ese régimen pensional,

se declare que COLPENSIONES debe aceptarla y debe recibir los rubros antes referidos a PORVENIR S.A.

Consecuencialmente, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. acepte la nulidad de su vinculación al régimen que administra; se ordene a PORVENIR S.A. la retorne al régimen de prima media con prestación definida, junto con los aportes, rendimientos financieros y los gastos de administración que le fueron descontados en ese fondo. De la misma forma, pretende se ordene a COLPENSIONES la reciba en el régimen que administra como si nunca se hubiera trasladado, con los emolumentos antes mencionados a PORVENIR S.A., más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida por medio de diferentes empleadores hasta el 15 de marzo de 2000, calenda en la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la demandada PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA AIG, la que por medio de sus asesores la indujo de manera equivocada a vincularse a ese régimen, sin suministrar información idónea, objetiva, veraz sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional, y además se le prometió que no perdería los beneficios del régimen de prima media, agregando que no realizó una proyección pensional, lesionando así sus derecho de libre elección de régimen y el principio de irrenunciabilidad de beneficios laborales.

Añadió, que posteriormente se trasladó al fondo de pensiones PORVENIR S.A., en el que permanece en la actualidad, y que COLPENSIONES no desvirtuó el argumento que esa administradora se liquidaría. De la misma forma, señaló que solicitó a los fondos privados su traslado de régimen, petición que fue despachada de manera desfavorable, y que el 9 de marzo de 2018 solicitó a COLPENSIONES su afiliación a esa administradora sin que a la fecha de presentación de la demanda haya recibido respuesta. (Fls. 41 a 56 archivo 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que la demandante es una persona con capacidad, por tanto, los actos jurídicos que realiza tienen plena validez, y a su vez no se evidencian vicios en el consentimiento, siendo la decisión de traslado libre y voluntaria.

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y la genérica. (Archivo 008).

Por su parte, PORVENIR S.A. se opuso a la nulidad de la afiliación que se depreca, argumentando que se hizo de manera libre, espontánea, voluntaria y además cuenta con los requisitos que exige la ley, por tanto, la afiliación es válida y carece de nulidad o vicio en el consentimiento.

Como excepciones formuló las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (Archivo 011).

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

Como excepciones, formuló las 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 y la innominada o genérica. (Archivo 013).

Mediante auto de 7 de noviembre de 2019, el Juzgado de origen ordenó integrar al contradictorio por pasiva a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. En esa medida, una vez corrido el traslado de ley, en proveído de 3 de mayo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda a dicho fondo. (Archivos 016 y 025).

En cuanto a la nulidad que propuso COLFONDOS S.A., junto con el escrito de contestación, ante la anterior decisión, se observa que esa administradora desistió de la misma en audiencia de 1º de junio de 2022. (Archivo 030).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de junio de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora BEATRIZ PRIETO HENAO, a través de COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., traslade a COLPENSIONES el valor de 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. (…).*
>
> *CUARTO: Absolver de todas y cada una de las pretensiones a COLFONDOS S.A. declarando de oficio probada la excepción de inexistencia de la obligación."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* refirió que el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad ha sentado una línea jurisprudencial en torno al tema de la nulidad del traslado de régimen desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008 con Radicación No. 31989, hasta las más recientes como la SL1421 de 2019, la SL1688 de 2019 y SL5686 de 2021 en las que se ha precisado que en estos asuntos no procede la declaratoria de la excepción de prescripción, la carga de la prueba radica en cabeza de las administradoras de pensiones las cuales tienen el deber de demostrar en estos juicios la información que se le brindó al afiliado respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, lo cual no se prueba con los formatos pre-impresos.

De otro lado, mencionó que la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que las personas sean o no beneficiarias del régimen de transición, aspecto que en el presente asunto hace más gravosa la situación de las demandadas, dado que la demandante nació el 13 de febrero de 1958, es decir, que para el 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad, luego se le impidió acceder a un derecho pensional bajo una normativa que le era más beneficiosa, aspectos que ha tenido en cuenta el órgano de cierre de esta especialidad.

Consideraciones que conllevan a acceder a la ineficacia deprecada, agregando que de la declaración de parte de la actora no se desprende confesión alguna, pues si bien habló de algunas características del sistema, fue enfática en mencionar la desinformación de la que fue objeto por parte de los asesores de COLMENA. Adicionalmente, PORVENIR S.A. no le informó que con el traslado a ese fondo no podría retornar al régimen de prima media, siendo evidente la falta de información. Así las cosas, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación a favor de COLFONDOS y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES manifestó su disenso frente a la sentencia de primer grado, sosteniendo que la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 establecen la libre escogencia de régimen el cual es una decisión libre y voluntaria, advirtiendo que en el presente caso la demandante se trasladó en el año 2000 y posteriormente se trasladó en el año 2003 hacía PORVENIR S.A., fondo en el que actualmente se encuentra afiliada; luego, ese fondo debió indicarle manera clara y específica el proceso para que pudiese obtener la pensión y además debió de advertirle de la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, acotando que esa administradora nada tuvo que ver con el traslado de régimen de la actora el cual se efectuó de manera libre y voluntaria y en el que permaneció por más de diecinueve años y solo hasta que verificó el monto de su mesada en el RAIS, es que decide regresar al RPM.

Añadió que la que los actos de relacionamiento que llevó a cabo la gestora demuestran su deseo de permanecer afiliada al RAIS y el desconocimiento de

la ley no es excusa para aplicar la misma, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia.

Por su parte, la demandada PORVENIR S.A. en su apelación, solicita se revoque totalmente la sentencia de primera instancia, dado que la actora desde 2003 a 2018 no tuvo ninguna interacción con ese fondo, pues solo hasta 2018 acudió al fondo para informarse sobre los trámites a seguir para obtener la pensión de vejez, requisitos que se encuentran consagrados en la Ley 100 de 1993, siendo diferente la mesada pensional en uno y otro régimen, y además existen otros factores que influyen en su reconocimiento.

Respecto a la prohibición de traslado, señaló que durante el año 2003, ese fondo brindó información en diferentes medios de comunicación de amplia circulación y solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 se impone a esas administradores la doble asesoría, sin que previamente la actora buscara a la administradora para obtener más información, la que pudo obtener a través de los otros fondos privados en los que estuvo afiliada, lo que se soporta con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que solicita se le absuelva de las pretensiones elevadas en su contra.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 15 de marzo de 2000, con COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A. (Fl. 25 archivo 013), efectiva a partir del 1º de mayo de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fl. 26 archivo 013), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya

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

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso señaló que en el año 2003 estando al servicio del Banco Cafetero, arribaron a su lugar de trabajo los asesores de los fondos privados, quienes le mencionaron que se debía trasladar por cuanto el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y sus aportes se perderían; además que en ese régimen recibiría una mejor pensión, también expuso que su traslado a PORVENIR obedeció a que le ofrecieron una corrección de una semanas que le faltaban en el ISS.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2000, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los

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

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

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

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

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media

con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo

de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia proferida el 1º de junio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberán proceder las demandadas COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras, aclarando que en el caso de PROTECCIÓN S.A. se debe incluir igualmente el lapso en que estuvo afiliada a COLMENA y a ING. Sumas de deberá recibir COLPENSIONES.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **07 2021 00262 01**
Demandante:	MYRIAM VICTORIA CAMACHO JIMENEZ
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada DIANA MARÍA VARGAS JERÉZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.090.449.043 y T.P. 289.559 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MYRIAM VICTORIA CAMACHO JIMENEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 18 de enero de 1995, junto con los posteriores traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual que llevó a cabo el 1º de febrero de 1996 a COLFONDOS S.A., el 3 de enero de 2000 a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y el 1º de enero de 2005 nuevamente a COLFONDOS S.A. Igualmente, solicita se declare que está en libertad de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida como consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia.

Pretende se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, asimismo, se condene a COLMENA ahora PROTECCIÓN S.A., a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., a liberarla de sus bases de datos y devolver a COLPENSIONES todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 23 de diciembre de 1965, y que al inicio de su vida laboral en agosto de 1990, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por intermedio de CAJANAL y luego con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, en donde permaneció hasta el 18 de enero de 1995, calenda en la que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la administradora de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. Agregó, que posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. el 1º de febrero de 1996, más adelante, se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 3 de enero de 2000 y finalmente regresó a COLFONDOS S.A. en enero de 2005.

De otra parte, expuso que los asesores de los diferentes fondos privados le ofrecieron la posibilidad de pensionarse a temprana edad y con una mesada superior a la que le otorgaría el I.S.S., entidad que sería liquidada por lo que sus aportes estarían en riesgo; también le indicaron que podía solicitar la devolución del capital ahorrado, empero, no le explicaron cuál sería el capital que necesitaría para pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia o retiro programado, no le dijeron que contaba con un plazo para retornar al RPMPD, ni elaboraron una proyección de su mesada en ambos regímenes.

Narró que COLFONDOS el 6 de agosto de 2020 efectuó un comparativo de su pensión en ambos regímenes pensionales, siendo evidente que la que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida le convenía más. En esa medida, solicitó el 22 de julio de 2020 a COLPENSIONES el traslado de régimen, petición que fue denegada por la entidad. Misma respuesta que recibiera de parte de los fondos privados, ante la solicitud de nulidad del traslado de régimen que elevara. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, sosteniendo que brindó al demandante una asesoría integral y completa sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes. Por tanto, las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico y fáctico, pues no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a ese fondo se realizó bajo algún vicio del consentimiento, y la suscripción del formulario de vinculación demuestra que el traslado se surtió de manera libre y voluntaria.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Archivo 11).

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

Como excepciones, formuló las 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Archivo 12).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que no obra prueba en el expediente que permita colegir que efecto a la demandante se le hizo incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco elevó inconformidad al respecto. Al contrario, de las pruebas que militan en plenario, se advierte que el traslado de régimen está sujeto a derecho, y que se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, igualmente la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, y además se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito 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. (Archivo 13).

A su vez, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado de régimen pensional de la demandante se dio en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, ya que brindó información pertinente y necesaria, luego, al reunir los requisitos exigidos para la época, es propio afirmar que la afiliación es plenamente válida, máxime cuando no aporta prueba alguna que sustente la nulidad o ineficacia que se reclama.

Como excepciones formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora:*
>
> *(…) con la AFP COLMENA hoy PROTECCION el 18 de enero de 1995 contenida en el formulario No. 90549.*
>
> *(…) con COLFONDOS el 1° de febrero de 1996 contenida en el formulario No. 717094.*
>
> *(…) con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 3 de enero de 2000 contenida en el formulario No. 0364112.*
>
> *(…) con la AFP COLFONDOS el 14 de diciembre de 2004 contenida en el formulario No. 8722987.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante MYRIAN VICTORIA CAMACHO JIMÉNEZ dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos efectuados a la demandante desde 1995 cuando se dio el traslado de régimen, tales como por el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede a los fondos demandados el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente todos los conceptos objetos de devolución con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, y el valor de la indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS.

SEXTO: SE CONDENA en costas a las demandadas."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que el actor solicita la nulidad o ineficacia del traslado que realizó en 18 de enero de 1995 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. y los posteriores traslados horizontales que efectuó, ante su omisión al deber de información frente al cambio de régimen pensional; deber que deben garantizar las administradoras de fondos de pensiones al momento de efectuar el traslado de los afiliados, según lo ha expuesto el órgano de cierre de esta jurisdicción desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008, con Radicado 31989 y 31314, posición que se mantiene en la actualidad.

Igualmente, sostuvo que desde la creación la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP como lo ha enseñado la jurisprudencia, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1600 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso del gestor toda vez que su

traslado del régimen pensional se realizó en 1994, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

Luego, el alcance de ese deber de información consistía en ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que recaía en cabeza de fondo privado, situación que debía acreditarse dentro de este proceso, posteriormente se introdujo el deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA, al momento de vincular a la demandante le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose ineficaz la vinculación y el traslado que realizo la gestora el 18 de enero de 1995 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y los consecuentes traslados horizontales que efectuó.

En consecuencia, señaló que era procedente ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales deben incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros que se causen hasta la fecha de entrega de los mismos, junto con los gastos de administración y primas de seguros de previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínimo, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexada, junto con la información relevante que lo justifique.

Por último, refirió que no tiene vocación de prosperidad la excepción de prescripción propuesta por los fondos demandados de acuerdo con la

reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES la apeló. Al respecto, refirió que en el presente proceso no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento y que el error de derecho no tiene la entidad suficiente para repercutir sobre el acto de traslado. Además, existe una indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., ya que se impone la carga de la prueba en cabeza del RAIS, convirtiéndola en objetiva. De otra parte, señaló que existen obligaciones a cargo de los afiliados al Sistema General de Pensiones, entre las cuales se encuentra la de informarse sobre las condiciones del sistema, luego, el silencio en el transcurso del tiempo hace que se entienda que la demandante es consciente de su permanencia en el RAIS, máxime cuando esta Corporación ha dicho que en estos casos no puede alegarse un perjuicio económico.

Agregó que la decisión de instancia vulnera el principio de la Sostenibilidad Financiera de ese régimen, ya que pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados. Igualmente, solicita se le absuelva de la condena en costas, pues va en contravía del inciso 4º del artículo 48 de la Constitución Política, más aún cuando se trata de un tercero de buena fe, por ende, solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado.

Por su parte, la demandada PORVENIR S.A. en su alzada, expuso que, si bien existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado por falta al deber de información, solo es aplicable de manera diferenciada y verificando las particularidades de cada caso, lo cual no sucede en el presente asunto, ya que la actora se afilió de manera libre y voluntaria a ese fondo, producto de un traslado horizontal.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración, adujo que no están destinados a financiar la pensión de vejez y se debe reconocer a ese fondo los gastos en que incurrió, por la gestión que llevó a cabo para generarle rendimientos a la afiliada, por lo que no ordenar las restituciones mutuas

genera un enriquecimiento sin causa a favor del RPMPD, más aún cuando tal concepto también es descontado por COLPENSIONES. En cuanto a los seguros previsionales, sostuvo que ya fueron traslados a las aseguradoras, por lo que la actora gozó de cobertura frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, de modo que cumplieron la finalidad de ley, sin que sea admisible su devolución, por lo que no puede retrotraerse tal actuación. También solicita no se ordene la indexación las condenas, pues se están retornando los rendimientos financieros, los cuales incluyen los frutos e interese que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP, de modo, que los rendimientos son excluyentes con la indexación ordenada y al realizar el traslado, remitió esos rendimientos, por tanto, solicita se revoque la sentencia de instancia y se absuelva de las condenas impuestas en su contra.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 18 de enero de 1995, con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (Folios 14 archivo 02 y Folios 41 y 42 archivo 12), efectiva a partir del 1º de febrero de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Folio 43 archivo 12), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares,*

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

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso, señaló que en el año 1995 los asesores comerciales de COLMENA le manifestaron que el ISS sería liquidado, le hablaron de algunos beneficios como que podía obtener una pensión más alta, y que además podía reclamar sus aportes cuando quisiera, lo que a su vez eran heredables, sin suministrar más información sobre los regímenes pensionales; misma situación que persistió con los otros fondos de pensiones a los cuales se trasladó.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar

	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1995, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN antes COLMENA no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora, *contrario sensu* a lo sostenido por las accionadas en su apelación.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada PORVENIR S.A. en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en

sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego,

al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

De ese modo, luce acertada la decisión del juez de primer grado de ordenar la indexación de los conceptos a los cuales se hizo alusión en la sentencia de

primera instancia. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de septiembre de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **11 2020 00051 01**
Demandante:	BLANCA YANED GARCÍA BARÓN
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA ALEJANDRA ALMANZA NÚÑEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.018.456.532 y T.P. 273.998 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 28 de julio de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BLANCA YANED GARCÍA BARÓN promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse que la solicitud

de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo viciada de nulidad por las omisiones en que incurrió el fondo de pensiones, así como que se presentó una falta de información veraz, clara y concisa por parte de dicho fondo que la indujo al error para trasladarse de COLPENSIONES, por lo que existió una ausencia en su voluntad de trasladarse.

Por consiguiente, solicita se le condene a PROTECCIÓN a disponer su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, trasladando todos sus aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y a esta última aceptarlos y registrarla como afiliada sin solución de continuidad.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 5 de septiembre de 1965, afiliándose al antiguo ISS desde el mes de mayo de 1988.

Que fue trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su caso por PROTECCIÓN S.A. en el mes de marzo de 2000, sin que se le hubiese informado las consecuencias positivas o negativas de trasladarse de régimen y, por tanto, de la posible pérdida de beneficios y garantías con las que contaba en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que la información brindada por el asesor de PROTECCIÓN S.A. de la época solo se basó en el hecho de indicarle que al trasladarse de régimen de pensiones podía pensionarse a cualquier edad y un monto de mesada superior a la del régimen público, no se le efectuó una proyección pensional de ambos regímenes, no se le indicó sobre el retorno de régimen a la luz de lo preceptuado en la Ley 797 de 2003, entre otros aspectos desinformativos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que dentro del proceso no existe prueba que advierta que a la demandante al momento de su traslado al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. se le hizo incurrir en error alguno ante la falta de un deber de información, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento como lo es el error, la fuerza o el dolo, como tampoco se advierte dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por la actora.

Formuló como medios exceptivos los denominados 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, innominada o genérica, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria.

PORVENIR S.A. no allegó escrito de contestación alguna, por lo que se le tuvo por no contestada la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de julio de 2022, resolvió:

> *"**PRIMERO. - DECLARAR** la ineficacia del traslado celebrada por la ciudadana **Blanca Yaneth García Barón** a la AFP Porvenir de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> ***SEGUNDO. – DECLARAR** que para todos los efectos legales la ciudadana **Blanca Yaneth García Barón**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida de conformidad con las consideraciones en la presente providencia.*
>
> ***TERCERO. – CONDENAR** a **AFP Porvenir S.A.** trasladar a **Colpensiones** todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante Blanca Yaneth García Barón tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses que se hubieren causado, gastos de administración, seguros provisionales de invalidez o muerte, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.*

CUARTO. – DECLARAR *no probados los hechos sustento de las excepciones formuladas por la pasiva de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*

QUINTO. – CONDENAR *en costas a la demanda* ***AFP Porvenir S.A.*** *liquídense por secretaria inclúyanse en ellas la suma de setecientos mil pesos mcte* ***($700.000)****, valor en que se estiman las agencias en derecho, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia, adicionando el acuerdo 10554 de Agosto del 2016.*

SEXTO. - CONSULTAR *esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de la demandada Colpensiones en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia."*

Para arribar a dicha conclusión el operador de instancia manifestó que, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP brindar una debida asesoría para con sus afiliados, entendida esta como el buen consejo sobre las diferencias entre cada régimen pensional y demás condiciones que componen en su legalidad a los mismos, características, beneficios, ventajas y desventajas, situación que dentro del presente asunto no logró demostrar PORVENIR S.A. en atención de la carga de la prueba que le asiste al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., máxime si esta AFP ni siquiera contestó la demanda, al igual que la demandante no confesó asesoría alguna al momento del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que la demandante para el momento de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contaba con 47 años de edad, de allí que se encontraba dentro de la prohibición legal de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que en lo que respecta al traslado, el mismo goza de plena validez y no precede de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, al igual que en el transcurso del tiempo la demandante ratificó de manera tácita su afiliación en el régimen privado pues cumplió a cabalidad el contrato civil que fue la suscripción del formulario de afiliación.

Que el deber de información adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia surgió con posterioridad al año 2014, por lo que entre el año de 1993 y el 2014 no se exigía nada distinto al formulario de afiliación que daba constancia de la plena intención del afiliado de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aspecto que ocurrió en el especialísimo caso de la demandante, máxime si tal decisión quebrantaría el principio de la seguridad jurídica.

Que en atención del principio de la sostenibilidad financiera, en caso de proceder la ineficacia del traslado se vería afectado el sistema financiero del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al igual que en caso de que se confirme la decisión de primer grado, debe condicionarse el cumplimiento de la sentencia previo a la devolución total de las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante por parte de PORVENIR S.A., incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar, los cuales deben ser devueltos debidamente indexados durante el periodo en que permaneció afiliado la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como que no se le condene en costas, puesto que es un tercero que no participó en la afiliación ante PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A. adujo en su alzada que no goza de prosperidad ninguna de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que el traslado de régimen pensional de la actora fue eficaz y válido ya que dentro del presente asunto no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento al no demostrarse la configuración de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, más aún si el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 244 del C.G.P. y del parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S., además que el mismo contiene la exigencia del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es viable imponerse cargas adicionales a las ya existentes legalmente.

Frente a la devolución de los gastos de administración, expuso que tal condena no resulta procedente en la medida que el traslado de este rubro con destino a COLPENSIONES configuraría un enriquecimiento sin causa ya que no existe

norma que determine lo pertinente, contrario a ello, el literal b del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 determina que los únicos dineros a trasladar son el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos financieros.

Que en lo que concierne a la devolución de porcentaje por concepto de seguro previsional ya causado, indicaría el desconocimiento de los descuentos que se encuentran habilitados por la ley con claro desmedro a su patrimonio, vulnerándose así el derecho a la igualdad, aspecto que guarda congruencia con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, expuso que en el evento de que se confirme la ineficacia del traslado, debe tenerse en cuenta la figura de la compensación con la finalidad de que los rubros se compensen con los rendimientos que se generaron a la demandante, y que exceden incluso a los establecidos en la norma ante la buena gestión realizada con el capital de la actora.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es

libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las

operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso ni si quiera fue aportado el formulario de afiliación por parte de PORVENIR S.A., ya que no allegó contestación alguna, pero atendiendo la respuesta que suministrara esta encartada a la aquí demandante señora BLANCA YANED GARCÍA BARÓN a través de la radicación 0100222103582300 (Fls. 30 a 33 – PDF 001 – SCANNER PROCESO FÍSICO), claro es que la afiliación se solicitó en el mes de agosto de 1994.

En gracia de discusión, aún a pesar de la existencia del formulario, se tiene que no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara,

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

Por otra parte, la demandante en el interrogatorio de parte que rindió si bien señaló que trabaja desde el 2014 en el área de Reconocimiento de la demandada COLPENSIONES por cuanto es contadora pública, en ningún momento manifestó que a la fecha del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se le haya efectuado una debida asesoría por parte de PORVENIR S.A.; por el contrario, lo que indicó fue que en su momento los asesores le expusieron que el ISS se extinguiría y de ahí la presunta necesidad del traslado; circunstancia por la cual, dentro del presente asunto es evidente la carencia probatoria PORVENIR S.A. para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., máxima si se le tuvo por no contestada la demanda.

También es menester que la Sala ponga de presente que a pesar de que la demandante en la actualidad trabaje directamente en COLPENSIONES, de lo que se podría colegir que goza de algunos conocimientos sobre las diferencias de cada régimen pensional, esa situación no implica que no sea destinataria del deber de información para el año de 1994.

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

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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento

del deber de información en el momento del traslado de régimen, *a contrario sensu* a lo aducido por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en su disenso.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto que igualmente fue objeto de inconformidad por parte de PORVENIR en su alzada, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera que alega COLPENSIONES en su impugnación al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia*

que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 28 de julio de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto

a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **13 2020 00476 01**
Demandante:	GUILLERMO ENRIQUE GUERRERO TORRES
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2022 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GUILLERMO ENRIQUE GUERRERO TORRES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare que estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - I.S.S., desde octubre de 1978 hasta agosto de 1998, alcanzado un total de

837.57 semanas; y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A. a partir de septiembre de 1998.

Igualmente, pretende se declare que al momento del traslado de régimen contaba con una expectativa legítima de causar su derecho pensional en el RPMPD, acorde con lo normado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; y que PROTECCIÓN S.A. omitió su deber de informar y asesoraría de manera suficiente, sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, previo a su afiliación al RAIS. Además, solicita se declare que fue inducido a error por parte de PROTECCIÓN S.A., al no cumplir con su obligación de entregar información clara, veraz y suficiente sobre los efectos del traslado, causando un grave perjuicio frente a las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional, en consecuencia, se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó del RPMPD al RAIS en septiembre de 1998.

Consecuencialmente, pretende se ordene su retorno automático al régimen de prima media con prestación definida, se reactive su afiliación a ese régimen atendiendo la declaratoria de nulidad y se ordene a PROTECCIÓN S.A., devuelva a COLPENSIONES todos los valores que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; Y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que nació el 16 de diciembre de 1958 y que estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida por medio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, desde octubre de 1978 hasta agosto de 1998, alcanzando un total de 837.57 semanas.

Asimismo, relató que en el mes de agosto de 1998, asesores de PROTECCIÓN S.A., le ofrecieron la opción de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad que administra esa entidad, asegurándole que ese fondo contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, que podía acceder a su pensión con antelación a la edad mínima de pensión requerida en el RPMPD y que podría acceder a una pensión en cuantía superior a la que recibiría en el RPMPD.

Adicionalmente, el asesor del fondo privado, le indicó que el I.S.S. sería reformado y que se incrementarían los requisitos para acceder a la prestación de vejez, además, se reduciría la tasa de reemplazo, siendo riesgosa su permanencia en ese Instituto. Narró que no le realizó una proyección de su mesada, pese a conocer sus condiciones personales y laborales, tampoco le informó que debía efectuar aportes voluntarios para completar el capital mínimo requerido para acceder a una pensión de vejez, y menos aún le brindó información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, entre ellas, las modalidades pensionales del régimen de ahorro individual con solidaridad.

De esa forma, y ante la errada expectativa generada por el asesor del fondo de pensiones PROTECCIÓN, suscribió el formulario de afiliación con el cual se trasladó de régimen en septiembre de 1998, encontrándose viciado su consentimiento por el error en que inducido por los asesores del fondo privado.

Añadió, que su primera mesada en el RAIS ascendería a $2.121.449 y en el régimen de prima media con prestación definida sería de $4.806.797, siendo así, aún más evidente el error en el que fue inducido. De otro lado, sostuvo que el 11 de agosto de 2020 solicitó a COLPENSIONES su traslado de fondo de pensiones, con fundamento en la nulidad de la afiliación que realizó al RAIS por vicio del consentimiento, pedimento que fue denegado por esa entidad. (Fls. 1 a 20 archivo 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones relacionadas con la declaratoria de nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, aduciendo que el actor se encuentra válidamente afiliado a ese régimen, y cualquier vicio en el consentimiento debe ser acreditado por el actor, aunado a que no es posible acceder al traslado deprecado, dado que se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (Archivo 012).

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

Como excepciones, formuló las 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, 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 y la innominada o genérica. (Archivo 015).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere el señor demandante Guillermo Enrique Guerrero Torres, a la AFP Colmena hoy Protección S.A., el 17 de septiembre de 1998, por las razones antes expuestas.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a Protección S.A a devolver Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, por lo expuesto precedentemente.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliado al actor, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral del demandante, conforme a lo antes visto.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.*
>
> *QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Protección S.A., incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia y en favor del señor demandante, la suma de $1.000.000."*

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* que teniendo en cuenta lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional y por ende, se encuentran en la obligación de brindar sus servicios de forma oportuna y eficiente, donde además le competen suministrar una debida información durante todas las etapas del proceso, esto es, desde la ante sala de la afiliación y hasta la determinación de las condiciones particulares para el disfrute pensional, debiendo indicar de manera completa y comprensible todos los pormenores que conlleve el traslado, entendidos como los beneficios y los aspectos negativos que puedan soportal tal decisión, pues de lo contrario se estaría afectando el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Asimismo, la operadora de instancia puntualizó que le corresponde a las AFP demostrar probatoriamente el suministro de un información clara, suficiente y comprensiva de las diferencias y demás preceptos para con sus potenciales afiliados entre uno y otro régimen pensional, situación que no se logró probar dentro del asunto de marras por parte de PROTECCIÓN S.A. en su momento COLMENA, puesto que la suscripción del formulario de afiliación de traslado no es suficiente para demostrar una debida asesoría y además el actor no confesó haber recibido esa debida información, lo que conlleva a declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la parte el demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque parcialmente el numeral quinto de la sentencia de primer grado, y en su lugar se condene en costas a la demandada COLPENSIONES. Al respecto, adujo que dicha condena corresponde a una disposición de carácter objetivo, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., dado que la parte que es vencida en juicio debe ser condenada en costas, máxime cuando esa demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y salió vencida en juicio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración

completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones*

deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones,

independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si, se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aporta el formulario de afiliación que efectuó el actor el 17 de septiembre de 1998, con COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A., efectiva a partir del 1º de noviembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 27 a 28 y 29 - archivo 015), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el gestor en la declaración de parte que depuso que la asesora del fondo privado llevó a cabo una reunión en la que le manifestaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, por lo que se tenía que trasladar a ese fondo, ya que si no lo hacían perderían los aportes que había efectuado, dicho esto, suscribió el formulario de afiliación, pero no recuerda que la información que contenía ese documento; agregó que no le explicaron nada más sobre el particular, y que se afilió a ese fondo porque no habían más opciones.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierta una información de PROTECCIÓN S.A. antes

COLMENA, al momento del traslado del demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda

		emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

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

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

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

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

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte actora, frente a la absolución a la demandada COLPENSIONES de condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión

del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a recibir los dineros producto de la declaratoria de la ineficacia del traslado, y se dispuso que debe afiliar al actor al régimen que administra y actualizar la historia laboral de éste; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia no solo a cargo del fondo privado, sino también de COLPENSIONES, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, en tal sentido se adicionará el numeral quinto de la sentencia de primer grado.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores*

cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y quinto de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2022 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje

destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia deberán estar igualmente a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte actora.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **13 2021 00002 01**
Demandante:	JORGE ORLANDO GAITÁN MAHECHA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORGE ORLANDO GAITÁN MAHECHA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a fin de declararse la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de las AFP privadas ya referidas.

Por consiguiente, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a la devolución de los dineros con motivo de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con sus respectivos rendimientos y gastos de administración con desino a COLPENSIONES, así como que se le ordene a esta última a actualizar su historia laboral en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que nació el 11 de junio de 1952, afiliándose al antiguo ISS desde el 15 de abril de 1980. Sostuvo que el 30 de enero de 2001 fue afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.

Que el asesor de PROTECCIÓN S.A. no cumplió con el deber objetivo de información al momento de su traslado, de lo que se colige que no eligió su derecho de libre elección de régimen pensional pues no se le informó sobre las diferencias de los regímenes, el derecho de retracto, las diferencias para acceder a cualquiera de las modalidades pensionales en cualquiera de los dos regímenes, no se le realizó una proyección pensional en el régimen privado, no se le indicó sobre la posibilidad de retornarse al régimen público en los términos de la Ley 797 de 2003, entre otros aspectos desinformativos.

De otra parte, refirió que el 30 de septiembre de 2001 realizó un traslado horizontal con destino de PORVENIR S.A., AFP que tampoco le suministró una debida información al momento de su traslado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la afiliación realizada por el demandante el 30 de septiembre de 2001 ante sus dependencias se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplio y oportunamente informado sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de sus condiciones pensionales tal como se desprende del correspondiente formulario de afiliación.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES indicó en su contestación que la afiliación realizada por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez, máxime si se tiene en cuenta que en la actualidad ya se encuentra vencido el plazo establecido en la norma para realizar dicho retorno.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. expuso que la afiliación del demandante a sus dependencias conllevó a que se le asesorara respecto a todo el sistema general de pensiones colombiano, donde se le explicaron las características de ambos regímenes pensionales, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias y efectos del traslado y todos los aspectos necesarios para que el mismo pudiera tener claridad respecto de su panorama pensional, esto con el fin de tomar libremente la decisión de vincularse o no al régimen privado, por lo que una vez asesorado en forma clara y objetiva sobre las características de ambos regímenes, correspondió al demandante elaborar su propio juicio de conveniencia o favorabilidad según sus expectativas y situación personal, juicio que además solo le corresponde hacer al afiliado con sus valoraciones internas y no a la AFP cuyo único deber legal es brindar asesoría completa, adecuada, suficiente y oportuna el cual fue cabalmente cumplido.

Propuso 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 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, innominada o genérica y la denominada traslado de aportes.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de junio de 2022, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que hiciere el demandante Jorge Orlando Gaitán Mahecha a la AFP Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A., en enero de 2001 con fecha de efectividad del 1º de febrero del mismo año, y de contera la realizada ante Porvenir S.A., por las razones expuestas.*
>
> *"**SEGUNDO: CONDENAR** a Protección S.A. y Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades que tenga cada una en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a Colpensiones a tener como afiliado al actor y recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral del demandante, conforme a lo antes visto.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada Protección S.A., incluyendo como agencias en derecho en esta instancia, el equivalente a un millón ($1.000.000) de pesos, para cada una.*
>
> ***SEXTO:** Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, remitir el proceso al TSBTA en grado jurisdiccional de consulta en su favor.*
>
> ***SÉPTIMO:** Por Secretaría y previo a remitir el expediente al TSBTA, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021."*

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* que teniendo en cuenta lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional y por ende, se encuentran en la obligación de brindar sus servicios de forma oportuna y eficiente, donde además le competen suministrar una debida información durante todas las etapas del proceso, esto es, desde la ante sala de la afiliación y hasta la determinación de las condiciones particulares para el disfrute pensional, debiendo indicar de manera completa y comprensible todos los pormenores que conlleve el traslado, entendidos como los beneficios y los aspectos negativos que puedan soportal tal decisión, pues de lo contrario se estaría afectando el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Asimismo, la operadora de instancia puntualizó que le corresponde a las AFP demostrar probatoriamente el suministro de un información clara, suficiente y comprensiva de las diferencias y demás preceptos para con sus potenciales afiliados entre uno y otro régimen pensional, situación que no se logró probar dentro del asunto de marras por parte de PROTECCIÓN S.A. en su momento SANTANDER, puesto que la suscripción del formulario de afiliación de traslado no es suficiente para demostrar una debida asesoría.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que el traslado del demandante no fue coaccionado, más aún si se tiene en cuenta que de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003 existe la libre elección de régimen pensional, y es por ello que el demandante decidió permanecer por más de 20 años en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sin manifestar en algún momento inconformidad, adicional a que, el actor tuvo un traslado horizontal con destino a PORVENIR S.A., sin que hubiese decidido retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, en la medida que el traslado del actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida generaría un impacto deficitario en el sistema pensional.

PORVENIR S.A. argumentó en su apelación encontrar inconformidad en el traslado de régimen pensional declarado por la *a-quo*, en la medida que el contrato de afiliación suscrito se reviste de los preceptos reseñados en la Ley 100 de 1993. Asimismo, argumentó que si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado el deber de información por parte de las administradora pensionales, lo cierto es que dicha información se medía precisamente al nivel de la simetría de la información, por lo que debe tenerse en cuenta que para el año 2001 el demandante ocupaba el cargo de Diputado de la Asamblea Departamental de Cundinamarca, incluso que fue el mismo quien manifestó que conocía a cabalidad la Ley 100 de 1993, aspectos por lo que se puede entender que al actor le fue suministrada una debida asesoría y buen consejo.

De otra parte, indicó que en caso de salir abante el traslado del demandante, debe absolverse en lo atinente a la devolución por conceptos de gastos de administración, como quiera que son contingencias otorgadas a razón de la buena administración que se generó en el capital de la cuenta de ahorro individual del demandante y que logró incrementar el saldo de la misma, generando rendimientos financieros incluso de manera superior a lo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que de retornarse dichos rubros con destino a COLPENSIONES existiría un enriquecimiento sin causa por parte de ésta última.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un*

beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el demandante a las AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en las calendas 30 de

enero de 2011 y 30 de septiembre de 2001 respectivamente (Fls. 46 PDF 01 – DEMANDA, fl. 85 – PDF 007.1 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A. y fl. 83 PDF 007.1 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el demandante JORGE ORLANDO GAITÁN MAHECHA en el interrogatorio no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la extinta SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluyendo tal aspecto las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que se llevó a cabo una asesoría grupal de aproximadamente 10 minutos, en la que se le indicó que el antiguo ISS se extinguiría y que era imperiosamente necesario trasladarse al régimen privado.

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

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

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

	Circular Externa No. 016 de 2016	

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2001, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada PORVENIR S.A. en su disenso, por ser la AFP donde en la actualidad se encuentra afiliado el actor, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A. en su alzada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera aludida también por PORVENIR S.A., debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo

de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*

pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ el traslado de régimen, en consecuencia, **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración indexados de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **16 2019 00787 01**
Demandante:	ROSA AMELIA FAJARDO DE FORERO
Demandados:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, luego de que asumiera conocimiento del proceso de la referencia y que se encontraba a cargo del Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, ello de conformidad con lo establecido en los Acuerdos PCSJA-1186 del 10 de diciembre de 2020 y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ROSA AMELIA FAJARDO DE FORERO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que la pensión reconocida al señor RAFAEL FORERO VARGAS (q.e.p.d.), debió otorgarse teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 11 y 15 del Decreto 3041 de 1966, el cual aprobó el Acuerdo No. 224 de 1966 y un total de 712.57 semanas de cotizaciones acreditadas al sistema de pensiones. Asimismo, se declare que la pensión de vejez del causante señor RAFEL FORERO VARGAS se causó y reconoció por el entonces ISS en vigencia del referido Acuerdo 224 de 1996, siendo esta la norma que gobierna el reconocimiento de la prestación, de ahí que la encartada al momento de otorgar la pensión al fallecido incurrió en errores aritméticos que llevaron a establecer en forma incorrecta el salario mensual base de la prestación, dejando de aplicar al mismo tiempo la indexación o corrección monetaria que conllevó a determinar de manera equívoca el monto de la primera mesada pensional.

Que se declare que el salario mensual base de las últimas 150 semanas de cotización se comprenden entre el 28 de septiembre de 1977 y el 27 de agosto de 1980, calenda última en que el causante realizó su última cotización, por lo que el salario de esas últimas 150 semanas cotizadas equivale a $25.424.29, siendo la última cotización realizada en el mes de agosto de 1980. Que se declare que el salario mensual base obtenido en el mes de agosto de 1980 debe ser indexado desde la mencionada fecha y hasta el año 1984, en la cual el afiliado causó y accedió a la pensión de vejez que fuese reconocida a partir del 1º de mayo de 1984.

Se declare que el salario mensual base indexado al año 1984, fecha para la cual el afiliado causó y le fue reconocida la pensión de vejez, equivale a la suma de $58.531.66, al igual que la tasa de reemplazo que le corresponde debe ser del 49.8% atendiendo las semanas que fueron cotizadas por el afiliado de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. 224 de 1966, por lo que el valor de la pensión de vejez del señor RAFAEL FORERO VARGAS equivale a la suma de $29.148.76 a partir del 1º de mayo de 1984.

Igualmente, se declare que, en su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante, subrogó todos los derechos que le asistían a éste y, por ende, se encuentra facultada para reclamar la prestación.

Por consiguiente, se condene a COLPENSIONES a reajustar la pensión reconocida al causante señor RAFAEL FORERO VARGAS teniendo en cuenta el salario mensual base, la indexación de dicho salario y la real tasa de reemplazo a partir del 1º de mayo de 1984 en la suma de $29.148.76, que corresponden al 49.8% del salario mensual base de la prestación.
Que se le condene al pago de la reliquidación o reajuste de la pensión en su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a partir del 1º de mayo de 1984 y hasta que se efectúe el pago sobre las diferencias de las mesadas pensionales incluyendo las adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, con sus respectivos ajustes legales debidamente indexadas, así como al pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que el señor RAFAEL FORERO VARGAS (q.e.p.d.), nació el 1º de mayo de 1924, cumpliendo 60 años de edad el mismo día y mes del año 1984, persona que estuvo afiliada al antiguo ISS y realizó aportes en dicha condición por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1967 y el 27 de agosto de 1980, cotizando un total de 712.57 semanas durante toda su vida laboral.

Que mediante Resolución No. 007996 del 1º de enero de 1985, el ISS le reconoció pensión de vejez al causante, pero al momento de liquidar la prestación incurrió en errores aritméticos que conllevaron a determinar de manera incorrecta el salario mensual base, pues dejó de aplicar la indexación o corrección monetaria por el periodo que transcurrió desde la fecha de la última cotización hasta la fecha en que se causó y reconoció el derecho prestacional, en tanto, al momento de liquidar la prestación fijó equivocadamente el valor de la pensión de vejez, situándola por debajo del valor que legalmente correspondía.

Lo anterior, como quiera que el valor mensual de base sobre el cual cotizó el causante dentro de las últimas 150 semanas y que se circunscriben al periodo comprendido entre el 28 de septiembre de 1977 y el 27 de agosto de 1980 ascendió a la suma de $25.424.29, el cual indexado anualmente hasta la causación del derecho en el año 1984 corresponde a la suma de $58.531.66, monto que al aplicársele una tasa de reemplazo del 49.8% en virtud a que el señor RAFAEL FORERO VARGAS cotizó un total de 712.57 semanas, arroja un monto pensional al 1º de mayo de 1984 en cuantía de $29.148.76.

Refirió que la prestación que le fue reconocida al causante se pagaba por parte de COLPENSIONES en el año 2001 cuando fue su deceso en la suma de $289.104, la cual se le reconoció a ella por sobrevivencia a través de la Resolución No. 023298 del 26 de septiembre de 2001, por lo que existe una diferencia entre el valor de la mesada pensional reconocida en la Resolución No. 007996 del 1º de enero de 1985 y el valor de la mesada que realmente le corresponde.

Por último, expuso que solicitó ante COLPENSIONES la reliquidación pensional, la cual fue negada por la encartada mediante Resolución No. SUB 185680 del 16 de julio de 2019.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que una vez realizado el estudio fáctico y jurídico se evidencia que los actos administrativos expedidos a favor de la demandante se encuentran ajustados a derecho, pues se tomaron factores de edad y semanas cotizadas según da cuenta la Resolución No. 7996 de 1985 con aplicación de los presupuestos legales establecidos en el Decreto 3041 de 1966, junto con las demás normas concordantes en la materia, sumado a que al señor RAFAEL FORERO VARGAS le fue reconocida la pensión del valor mínimo o máximo de la pensión de conformidad en los términos legales.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial

y/o total sobre mesadas pensionales y otros, innominada o genérica, inexistencia de intereses moratorios y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de junio de 2022 condenó a COLPENSIONES reliquidar la pensión de vejez reconocida al fallecido señor RAFAEL FORERO VARGAS en cuantía inicial de $25.335 a partir del 22 de mayo de 1984, y como consecuencia de ello, reliquidar la pensión de sobrevivientes reconocida a la demandante a partir del 6 de marzo de 2001, sobre 14 mesadas pensionales al año.

Por consiguiente, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la diferencia causada entre la mesada reconocida por el Despacho y la que se venía reconociendo a partir del 6 de marzo de 2001, autorizando a la entidad el descuento por aportes a salud en los términos dispuestos en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, condenando a su vez a la pasiva al pago de intereses moratorios desde el 27 de agosto de 2019 y hasta que se efectúe el pago del retroactivo pensional. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto del retroactivo pensional causado entre el 22 de mayo de 1984 y el 26 de junio de 2016.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* indicó en primer lugar encontrarse plenamente acreditado que el extinto ISS mediante Resolución No. 7996 del 5 de diciembre de 1985 reconoció pensión de vejez al señor RAFAEL FORERO VARGAS a partir del 22 de mayo de 1984, así como que se acreditó que el causante laboró en diferentes organizaciones de carácter privado y que tuvo un total de semanas cotizadas de 712.57 semanas.

Igualmente, destacó que, con posterioridad al fallecimiento del causante, el ISS con ocasión del deceso del señor RAFAEL FORERO VARGAS, reconoció pensión de sobrevivientes a la demandante mediante Resolución No. 23298 del 26 de septiembre.

Que por tal razón y, en atención a que el causante nació el 22 de mayo de 1924, cumplió 60 años de edad el mismo día y mes del año 1984, de ahí que el régimen aplicable era el establecido en el Decreto 3041 de 1966, que a su turno dio aprobación al Acuerdo 224 de esa anualidad emitido por el Consejo Directivo del antiguo ISS por cuanto el señor RAFAEL FORERO VARGAS cumplió los 60 años de edad en el año de 1984.

Adujo que debía analizarse los artículos 11 y 15 del referido Decreto 3041 de 1966; circunstancia por la cual, el causante al haber adquirido la pensión a partir del 22 de mayo de 1984, entró a analizar si la prestación le había sido reconocida en los precisos términos del artículo 15 del Decreto 3041, concluyendo que el fallecido adquirió las 150 semanas de cotización del precepto normativo por el periodo comprendido entre el 12 de octubre de 1977 y el 27 de octubre de 1980, por lo que una vez tomado el promedio correspondiente debidamente indexado, el valor o salario base de liquidación arroja la suma de $23.424.

Que una vez indexado dicho monto conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto es, salario por PIC final sobre IPC inicial, determinó que el salario base de liquidación del actor indexado corresponde a la suma de $50.874, indexación que debe realizarse en primer lugar por cuanto la última mesada pensional del señor RAFAEL FORERO VARGAS data del 27 de agosto año 1980, siendo el reconocimiento de la prestación el 22 de mayo de 1984.

Seguidamente, una vez obtenido el salario base de liquidación, determinó que la tasa de reemplazo a aplicar era de 49.80%, pues una vez revisado el respectivo cálculo, para las primeras 500 semanas al señor RAFAEL le correspondía 46.20%, para las 600 semanas 47.40%, 650 semanas 48.60% y para las 700 semanas 49.80%.

Así las cosas, expuso que el valor real de la primera mesada pensional que se reconoció al señor RAFAEL a partir del 22 de mayo de 1984 asciende a la suma de $25.335, sobre 14 mesadas pensional al año según lo dispone el Decreto 3041 de 1966, por lo que condenó a la entidad reliquidar la pensión, exponiendo a su vez la misma suerte ocurre con la pensión de sobrevivientes

reconocida a la aquí demandante señora ROSA AMELIA FAJARDO DE FORERO a través de la Resolución No. 23298 del 26 de septiembre de 2001, como quiera que esta le fue reconocida en idénticas condiciones a la que venía percibiendo el causante.

Asimismo, el operador de instancia manifestó que de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del C.S.T. operaba el fenómeno prescriptivo de manera parcial, por lo que arguyó que la demandante elevó reclamación administrativa el 26 de junio de 2019, de ahí que gozaba de prescripción lo anterior al 25 de junio de 2016. Sobre tal condena también dispuso autorizar a la entidad para descontar los correspondientes aportes en salud según lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

En lo que respecta a los intereses moratorios regulados en la referida Ley 100 de 1993, determinó que, atendiendo los postulados regidos por el Órgano de cierre, adujo que es procedente el pago de este rubro, ordenando su pago a la COLPENSIONES a partir del día 27 de agosto de 2019 y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo pensional objeto de condena.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad con el monto del salario base establecido por el operador de instancia, en la medida que debe tenerse en cuenta el dictamen pericial aportado como prueba dentro del plenario, puesto que allí se explicó de manera detallada como se obtuvo el salario de base del señor RAFAEL FORERO VARGAS a la fecha de la última cotización que lo fue el 27 de agosto de 1980, y se estableció el salario mensual sumando los salarios semanas sobre los cuales cotizó en las últimas 150 semanas comprendidos entre el 28 de septiembre de 1977 y el 27 de agosto de 1980; circunstancia por la cual debe hacerse una comparación de la liquidación de primera instancia y la detallada en el dictamen.

Asimismo, encontró reproche en la fecha que se dio aplicabilidad al pago de los intereses moratorios, pues los mismos deben aplicarse igualmente desde la

misma fecha en que se decidió sobre la prescripción, esto es, a partir del 26 de junio de 2016.

Por su parte COLPENSIONES argumentó en su alzada que el derecho pensional se reconoció en su momento en legal orden teniendo en cuenta las operaciones aritméticas a las que hubo lugar, sin que se hubiese presentado valores a favor a reconocer, adicional a que, se pagó el 100% de la prestación económica, junto con el pago del correspondiente retroactivo pensional.

Que en lo que concierne a la indexación no hay lugar a su reconocimiento, como quiera que el reajuste de las prestaciones se actualiza el 1º de enero de cada año según la variación del IPC certificado por el DANE, y así mismo no hay retraso en las sumas reconocidas en la prestación, lo que también implica no existir cabida al pago de intereses moratorios.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención de los recursos de apelación interpuestos por las partes y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se estudia a favor de COLPENSIONES, la Sala auscultará como problema jurídico principal si es procedente la reliquidación pensional del fallecido señor RAFAEL FORERO VARGAS en los términos de que trata el Decreto 3041 de 1966 y, por consiguiente, la prestación de sobrevivencia que viene disfrutando la aquí demandante señora ROSA AMELIA FAJARDO DE FORERO con ocasión al fallecimiento de éste.

De prosperar la reliquidación pensional pretendida, deberá determinarse la fecha a partir es viable su reconocimiento atendiendo la excepción de

prescripción formulada por COLPENSIONES, así como establecer la procedencia o no del reconocimiento y pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los problemas jurídicos reseñadas, es menester que la Sala recalque que no fue objeto de discusión que al fallecido señor RAFAEL FORERO VARGAS mediante Resolución No. 07996 del 5 de diciembre de 1985 le fue reconocida pensión de vejez a partir del 22 de mayo de 1984, prestación que tuvo como primera mesada pensional la suma de $13.647, teniendo en cuenta 712 semanas y un salario base de $27.403.88 (Fls. 10 a 11 – CARPETA CC-2851841 – PDF).

Tampoco el hecho que con ocasión del fallecimiento señor RAFAEL FORERO VARGAS, a la aquí demandante señora ROSA AMELIA FAJARDO DE FORERO le fue reconocida pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge mediante Resolución No. 023298 de 2001 a partir del 6 de marzo de 2001 en cuantía inicial de 289.104, esto es, bajo los mismos términos y condiciones que la venía disfrutando el causante (Fls. 4 a 5 – PDF 003 DEMANDA).

En tal sentido, destaca la Sala que como lo precisó el *a-quo*, en su momento al señor RAFAEL FORERO VARGAS le fue reconocida la prestación por vejez bajo la égida del Decreto 3041 de 1966 mediante el cual se aprobó el Acuerdo 224 de esa misma anualidad atinente al Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte expedido por el Consejo Directivo del ISS, en tanto, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, nació el 23 de abril de 1923, lo que implica que cumplió 60 años de edad el mismo día y mes de 1983, tiempo respecto del cual se encontraba vigente la normativa en comento.

Así las cosas, el artículo 11 del Decreto 3041 de 1966 establece:

> *"**Artículo 11.** Tendrán derecho a la pensión de vejez, salvo lo dispuesto en el artículo 57 del presente reglamento, los asegurados que reúnan los siguientes requisitos:*
>
> *a. Tener 60 años, o más de edad si es varón o 55 o más años si es mujer;*

b. *Haber acreditado un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.*

Bajo este entendido, se itera que la pensión le fue reconocida al causante a partir del 22 de mayo de 1984, prestación que para determinarse el monto a pagar debía tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 15 de la disposición en comento que regula:

> *"**Artículo 15.** La pensión mensual de invalidez, o la de vejez se integrarán así:*
>
> a. *Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual base, y*
>
> b. *Con aumentos equivalentes al uno y dos décimos por ciento (1.2%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización.*
>
> *El salario mensual base se obtiene multiplicando por el factor 4.33 la ciento cincuentava parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó en las últimas ciento cincuenta semanas de cotización."*

Es por ello que confrontado el reporte de semanas cotizadas por el fallecido señor RAFAEL FORERO VARGAS, se aprecia que el mismo durante toda su vida laboral cotizó un total de 712.57 semanas con distintos empleadores (PDF – CARPETA EXPEDIENTE ADM), así como que el causante efectuó su última cotización al sistema el 27 de agosto de 1980.

En tal sentido, atendiendo la fórmula para determinar el monto de la prestación en los términos del artículo 15 del Decreto 3041 de 1966, se tiene que las últimas 150 semanas cotizadas por el demandante gravitan al periodo comprendido entre el 12 de octubre de 1977 y el 27 de agosto de 1980, por lo que es sobre dicho interregno en que se calcula el promedio de los salarios cotizados, el cual arroja como salario base la suma de $28.344.49, monto que al aplicársele una tasa de reemplazo del 49.80% proyecta como primera mesada pensional para el año 1980 un valor de $14.115.56.

Así las cosas, si bien el señor RAFAEL FORERO VARGAS efectuó su última cotización en el año de 1980, lo cierto es que el antiguo ISS vino a reconocer la pensión a partir del 22 de mayo de 1984, por lo que, en atención a que la mesada pensional al año 1980 era de $14.115.56, la misma indexada al año de 1984 arroja un valor $32.348.15; circunstancia por la cual, será este último valor a tener en cuenta como primera mesada pensional del causante y así se declarará, lo que conlleva a su vez a que sea procedente el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional sobre 14 mesadas al año puesto que así lo contempla el Decreto 3041 de 1966.

Por tal razón, también hay lugar a que proceda la reliquidación pensional de la prestación de la aquí demandante señora ROSA AMELIA FAJARDO DE FORERO que le fuese reconocida mediante Resolución 023298 de 2001 a partir del 6 de marzo de 2001 en calidad de cónyuge del señor RAFAEL FORERO, de ahí que COLPENSIONES deba tener en cuenta la primera mesada pensional determinada por esta instancia y que asciende a la suma de $32.348.15, aspectos todos que conllevan a que la decisión de primer grado sea modificada de manera parcial sobre este puntualísimo aspecto.

Ahora, teniendo en cuenta la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES, se tiene que según se avizora del de demanda, la demandante elevó reclamación administrativa el 26 de junio de 2019 – PDF 003 DEMANDA), presentándose la demanda el 20 de noviembre de 2019, por lo que atendiendo el término trienal de prescripción de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 141 del C.P.T. y de la S.S., como lo dispuso el operador de instancia, existe prescripción respecto de las mesadas pensionales con anterioridad al 25 de junio de 2016.

Es así como el retroactivo a razón de diferencias pensionales de la mesada reconocida al señor RAFAEL FORERO VARGAS en el año 1984 y la aquí determinada, que en la actualidad percibe la demandante señora ROSA AMELIA FAJARDO DE FORERO, procede para pago a partir del 26 de junio y en adelante, de ahí que realizados los correspondientes cálculos, a la actora por el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2016 y el 31 de octubre de 2022 le corresponde un retroactivo pensional por valor de $57.204.054.58 como pasa a exponerse:

TABLA PROMEDIO ÚLTIMAS 150 SEMANAS DE VIDA LABORAL					
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número semanas por periodo**	**Valor Ingreso Mensual**	**Valor por semana**	**Valor acumulado de semanas por período**
12/10/77	31/10/77	2,86	$ 14.610,00	$ 3.405,59	$ 9.730,27
01/11/77	31/08/78	43,43	$ 21.420,00	$ 4.993,01	$ 216.839,16
01/09/78	30/06/79	43,14	$ 25.530,00	$ 5.951,05	$ 256.745,25
01/07/79	31/12/79	26,43	$ 30.150,00	$ 7.027,97	$ 185.739,26
01/01/80	27/08/80	34,14	$ 39.310,00	$ 9.163,17	$ 312.856,81
Total semanas		**150,00**	**Total acumulado**		**$ 981.910,76**

TABLA PRIMERA MESADA PENSIONAL		
Centésima parte de sumatoria de salarios semanales	**Salario base**	**Porcentaje aplicado salario base**
		49,80%
$ 6.546,07	$ 28.344,49	**$ 14.115,56**

Indexación Mesada Pensional						
Año Inicial	**Año final**	**Mesada**	**IPC Inicial**	**IPC Final**	**Factor de Indexación**	**Subtotal**
1980	1984	$ 14.115,56	0,720	1,650	2,292	$ 32.348,15

Tabla Incremento Pensional Ley 4 de 1976			
Fecha inicial	**Fecha final**	Incremento $ + %	Mesada
01/01/84	31/12/84		$ 32.348,15
01/01/85	31/12/85	1.018,50 + 11%	$ 37.036,98
01/01/86	31/12/86	1.1129,80 + 10%	$ 41.983,46
01/01/87	31/12/87	1.626,90 + 12%	$ 48.843,60
01/01/88	31/12/88	1.849,20 + 11%	$ 56.269,01

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**	**Mesada cancelada**	**Diferencia**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/01/89	31/12/89	27,00%	$ 71.462			0,00	$ 0,0
01/01/90	31/12/90	26,00%	$ 90.042			0,00	$ 0,0
01/01/91	31/12/91	26,10%	$ 113.543			0,00	$ 0,0
01/01/92	31/12/92	26,00%	$ 143.064			0,00	$ 0,0
01/01/93	31/12/93	25,13%	$ 179.015			0,00	$ 0,0
01/01/94	31/12/94	22,60%	$ 219.473			0,00	$ 0,0
01/01/95	31/12/95	22,59%	$ 269.052			0,00	$ 0,0
01/01/96	31/12/96	19,46%	$ 321.409			0,00	$ 0,0
01/01/97	31/12/97	21,63%	$ 390.930			0,00	$ 0,0
01/01/98	31/12/98	17,68%	$ 460.047			0,00	$ 0,0
01/01/99	31/12/99	16,70%	$ 536.875			0,00	$ 0,0
01/01/00	31/12/00	9,23%	$ 586.428			0,00	$ 0,0
01/01/01	31/12/01	8,75%	$ 637.741	$ 289.104	$ 348.636,61	0,00	$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	$ 686.528	$ 311.220	$ 375.307,31	0,00	$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	$ 734.516	$ 332.975	$ 401.541,29	0,00	$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	$ 782.186	$ 358.000	$ 424.186,14	0,00	$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	$ 825.206	$ 381.500	$ 443.706,38	0,00	$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	$ 865.229	$ 408.000	$ 457.228,89	0,00	$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	$ 903.991	$ 433.700	$ 470.291,15	0,00	$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	$ 955.428	$ 461.500	$ 493.928,24	0,00	$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	$ 1.028.710	$ 496.900	$ 531.809,59	0,00	$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 1.049.284	$ 515.000	$ 534.283,78	0,00	$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 1.082.546	$ 535.600	$ 546.946,08	0,00	$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 1.122.925	$ 566.700	$ 556.225,04	0,00	$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 1.150.324	$ 589.500	$ 560.824,42	0,00	$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 1.172.641	$ 616.000	$ 556.640,71	0,00	$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 1.215.559	$ 644.350	$ 571.209,36	0,00	$ 0,0
26/06/16	31/12/16	6,77%	$ 1.297.853	$ 689.455	$ 608.397,73	8,17	$ 4.970.609,4
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 1.372.479	$ 737.717	$ 634.762,26	14,00	$ 8.886.671,6
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 1.428.614	$ 781.242	$ 647.371,66	14,00	$ 9.063.203,3
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 1.474.044	$ 828.116	$ 645.927,58	14,00	$ 9.042.986,1
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 1.530.057	$ 877.803	$ 652.254,23	14,00	$ 9.131.559,3
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 1.554.691	$ 908.526	$ 646.165,15	14,00	$ 9.046.312,2
01/01/22	**31/10/22**	5,62%	$ 1.642.065	$ 1.000.000	$ 642.064,80	11,00	$ 7.062.712,8
Total retroactivo diferencia pensional							**$ 57.204.054,58**

Del monto anterior, habrá de autorizarse a COLPENSIONES para que realice los correspondientes descuentos en salud en los términos del artículo de la Ley 100 de 1993.

d. Del reconocimiento y pago de los intereses regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Vale la pena advertir en primer lugar que en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

> *"Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:*
>
> *El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:*

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

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020).”

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

Para el caso de marras, rememora la Sala que el sentenciador de instancia dispuso la procedencia de estos rubros a partir del 27 de agosto de 2019, con el argumento de que la demandante había elevado la reclamación administrativa el 26 de junio de 2019, de allí que su pago ante el incumplimiento de COLPENSIONES de no haber ajustado en legal forma la pensión reconocida al causante señor RAFAEL FORERO VARGAS condujera a la procedencia del pago después de los 2 meses sub siguientes a la fecha de la reclamación, situación que reprocha el extremo accionante en su alzada, bajo el entendido que dichos intereses deben prosperar, pero a partir del 26 de junio de 2016 teniendo en cuenta tanto el término trienal prescriptivo que se determinó en primer grado, como el hecho que fue desde el año 1984 que no se reconoció en legal orden el derecho pensional.

Pues bien, atendiendo tales derroteros y analizado el caso de marras, este cuerpo Colegiado puede colegir que en efecto le asiste razón a la parte demandante, toda vez que desde el año 1984 al señor RAFAEL FORERO VARGAS no se le pagó en debida forma su derecho pensional, el cual por demás se pagó erróneamente a la aquí demandante cuando le fue reconocida la pensión de sobrevivientes en el año 2001 a través de la Resolución 023298 de 2001, siendo la presente decisión la que reajustará la prestación objeto de reproche; circunstancia por la cual, al mantenerse la afectación en el tiempo y, al haberse elevado la reclamación administrativa el 26 de junio de 2019, procedente resulta que el pago de esta condena se disponga a partir del 26 de junio de 2016 y hasta cuando se efectivice el pago correspondiente, por lo que la decisión de primer grado por este aspecto habrá de modificarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 14 de junio de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la primera mesada pensional que en vida causó el señor RAFAEL FORERO VARGAS a partir del 22 de mayo de 1984 ascendió a la suma de $32.348.15, lo que conlleva a su vez que la pensión de sobrevivientes que le fuese otorgada a la aquí demandante señora ROSA AMELIA FAJARDO DE FORERO a partir del 6 de marzo de 2001 sobre 14 mesadas pensionales al año, también sea ajustada de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar por concepto de retroactivo pensional sobre las diferencias de las

mesadas pensionales de la demandante señora ROSA AMELUA FAJARDO DE FORERO por el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2016 y el 31 de octubre de 2022 la suma de $57.204.054.58, y en adelante hasta que se configure el pago correspondiente, autorizando a COLPENSIONES que de dicho valor se realicen los descuentos en salud en los términos de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 26 de junio de 2016 y hasta que se efectúe el pago del retroactivo dispuesto en el numeral primero de la presente decisión.

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

QUINTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES. Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos ($1.000.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **17 2019 00772 01**
Demandante:	ELKIN DARIO FERNÁNDEZ CAMACHO
Demandado:	APPLEX S.A.S. Y APPLEX AMERICAS S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante y las demandadas APPLEX S.A.S. Y APPLEX AMERICAS S.A.S., en contra de la sentencia proferida el 3 de junio de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ELKIN DARIO FERNÁNDEZ CAMACHO promovió demanda ordinaria laboral en contra de las sociedades APPLEX S.A.S. y APPLEX AMÉRICAS S.A.S., a fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de febrero de 2016 al 10 de marzo de 2019.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a las convocadas a juicio a pagar el salario de febrero y marzo de 2019; las cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones del 1º de febrero de 2017 al 10 de marzo de 2019, la prima de servicios del 1º de febrero de 2019 a 10 de marzo de 2019 en los

montos que se indican en el libelo introductorio; igualmente, pretende se condene al pago de aportes a salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación sobre el salario realmente devengado en los meses de marzo, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2017, esto es, sobre $3.500.000 y no $3.000.000; y por los meses de febrero a octubre de 2018, sobre un salario de $5.000.000 y no $3.500.000.

De la misma forma, solicita se condene al pago de la indemnización por no consignación de las cesantías y la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., hasta que se haga efectivo el pago de las acreencias adeudadas; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones, refirió que suscribió contrato a término indefinido el 1º de febrero de 2016 con la demandada APPLEX S.A.S. para desempeñar el cargo de Consultor Junior, devengando como salario $3.000.000; además relató que prestó sus servicios de manera personal y cumpliendo un horario. Agregó, que APPLEX S.A.S. fue constituida el 24 de marzo de 2004, sin embargo, los socios crearon la empresa APPLEX AMÉRICAS S.A.S. el 23 de junio de 2017 con la que comenzaron operaciones y a través de la cual pagaron sus prestaciones sociales.

De otro lado, relató que desde enero de 2016 APPLEX S.A.S., efectuó cotizaciones a seguridad social sobre un salario de $3.000.000; el cual fue incrementado en febrero de 2017 a $3.500.000 y desde el 1º de febrero de 2018 se aumentó a $5.000.000; sin embargo, sus cotizaciones no se realizaron sobre los salarios antes mencionados, a lo que se suma y que en algunos meses no se efectuaron cotizaciones.

Seguidamente, expuso que no se le pagaron las cesantías, los intereses sobre las cesantías y las vacaciones de los años 2017, 2018 y 2019, tampoco la prima de servicios de 2019 y los salarios de febrero y marzo de 2019. A su vez, sostuvo que renunció porque sus salarios no fueron sufragados oportunamente y las cotizaciones a seguridad social no se efectuaron sobre el salario real devengado, no obstante haber anunciado a su empleador que su renuncia obedecía a una nueva oportunidad laboral.

Finalmente, indicó que el impago de sus salarios y su liquidación le afectó económicamente y que elevó derecho de petición ante las convocadas a juicio el 27 de marzo de 2019 solicitando el pago de la liquidación, sin que a la fecha haya recibido respuesta. (Fls. 4 a 10 y 30 a 38 – archivo *2019-772*).

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

Las enjuiciadas APPLEX S.A.S. Y APPLEX AMERICAS S.A.S., en su contestación se opusieron a las pretensiones de la demanda, acotando que en efecto existió una relación laboral con el gestor, en vigencia de la cual se dio una sustitución patronal entre dichas sociedades; adicionalmente, precisaron que no adeudan suma alguna al demandante en tanto pagaron todos los emolumentos que se causaron en vigencia del vínculo contractual.

Formularon la excepción de pago de la obligación. (Fls. 81 a 88 y 130 a 140 – archivo *2019-772*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de junio de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de febrero de 2016 y el 10 de marzo de 2019, el cual terminó de manera unilateral por parte del trabajador. Igualmente, declaró que existió una sustitución de empleadores entre APPLEX AMÉRICAS

S.A.S., y APPLEX S.A.S., el 1º de julio de 2018, y que el salario devengado por el demandante de enero de 2016 a enero de 2017 fue de $3'000.000; de febrero de 2017 a enero de 2018, ascendió a $3'500.000 y de febrero de 2018 a marzo de 2019 fue de $5'000.000.

Además, condenó a la encartada APPLEX AMÉRICAS S.A.S., a pagar al actor la suma de $5'000.000 por cesantías del año 2018; intereses sobre las cesantías de 2018 por $420.000; compensación de vacaciones por $1'534.773; por concepto de sanción moratoria $51'000.000; sanción por no consignación del auxilio de cesantía del año 2018 por $4.166.167. De la misma forma, condenó a dicha demandada a pagar con destino a SKANDIA S.A. o a la administradora de pensiones que indique el demandante, las diferencias de los meses de marzo y mayo a septiembre de 2017, febrero a octubre de 2018, y marzo de 2019, teniendo en cuenta el IBC indicado en el numeral segundo de la sentencia, junto con los respectivos intereses que para el efecto liquide la destinataria de los pagos. También declaró solidariamente responsable a la accionada APPLEX S.A.S., por el pago de las acreencias causadas entre el 1° de febrero de 2016 y el 1° de julio de 2018, fecha en que se dio la sustitución de empleadores. Finalmente, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones elevadas en su contra y las condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia precisó que no era objeto de controversia lo atinente a la existencia de la relación laboral que unió a las partes, la cual estuvo regida por un contrato a término indefinido a partir del 1º de febrero de 2016, en la que el demandante desempeñado el cargo de Consultor Junior y que el nexo laboral terminó por iniciativa de este, lo que igualmente encontró acreditado en el plenario.

Advirtiendo que la controversia giraba en torno a la sustitución de empleadores, los extremos el nexo laboral, el pago correcto los pagos y los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y si al actor se le adeudan las acreencias laborales pretendidas.

Frente a la sustitución patronal, trajo a colación los artículos 67 y 69 del C.S.T. que establecen la figura de la sustitución de empleadores y la responsabilidad de estos. Señalando que en el primer evento convergen tres elementos como son el cambio del empleador, la continuidad del trabajador y la continuidad de la empresa, el segundo precepto legal se establecen las reglas que asume cada uno de los empleadores y la solidaridad que surge respecto a las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles, así entonces el nuevo empleador deberá responder por todo lo que se le adeude al trabajador, aunque correspondan a obligaciones propias del anterior, con la posibilidad de repetir contra el obligado.

Seguidamente, al analizar el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, tanto documental, como los interrogatorios de parte del demandante y los Representantes Legales de las encartadas y el testimonio de Gustavo Sánchez, concluyó que la relación laboral inició el 1º de febrero de 2016, empero, si bien el actor sostuvo que no se enteró de la sustitución de empleadores, lo cierto es, que tenía claro que terminó prestando sus servicios para APPLEX AMERICAS S.A.S., lo cual se evidencia de los hechos y pretensiones de la demanda, en la que solicita se condene a las demandadas en calidad de empleadoras, lo que permite colegir que sabía de la sustitución y que su empleador a partir del 1º de julio de 2018 fue APPLEX AMERICA S.A.S., teniendo para todos los efectos, un único contrato entre el demandante y APPLEX AMERICA S.A.S. como sociedad que sustituyó a APPLEX S.A.S., siendo la primera la encargada de responder por el pago final de las acreencias sociales del trabajador, en razón al contrato de trabajo que existió entre el 1º de febrero de 2016 y el 10 de marzo de 2019.

En cuanto al salario concluyó que, de febrero de 2016 al 31 de enero de 2017, el salario devengado por el actor fue de $3.000.000, del 1º de febrero de 2017 al 31 de enero de 2018 ascendió a $3.500.000 y de febrero de 2018 hasta el final del vínculo laboral de acuerdo a los extractos que obran en el plenario, el salario recibido por el trabajador se incrementó a $5.000.000.

Respecto al pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, que reclama el demandante, expuso el *a-quo* que al remitirse al certificado de aportes que obra en el expediente al Sistema Integral de Seguridad Social expedido por Compensar Miplanilla.com, que en efecto para el año 2016 se realizaron aportes sobre el salario anteriormente establecido, no siendo así para los años 2017, 2018 y 2019, encontrando que en algunos periodos no se efectuaron cotizaciones sobre el salario realmente devengado y en el caso del mes de marzo de 2019 no se hicieron aportes; en consecuencia, condenó a la demandada APPLEX AMERICA S.A.S. a pagar a SKANDIA o a la administradora de pensiones que elija el demandante, a pagar las diferencias por los meses de marzo y mayo a septiembre de 2017, febrero a octubre 2018 y el ciclo completo de marzo 2019 con los respectivos intereses que para el efecto liquide la AFP destinataria de los pagos, para lo cual debe tener en cuenta los salarios anteriormente determinados para el reajuste de I.B.C.

Sobre el pago del auxilio de cesantías, los intereses sobre las cesantías, las primas de servicio y las vacaciones, refirió el juez de instancia que encontró en el expediente la liquidación final de acreencias laborales (Fl. 134), en la que se incluyen 40 días de salarios por los meses de febrero y 10 días de marzo de 2019, por $6.666.677, prima de servicios a razón de $1.388.889, auxilio de cesantías por un valor de $1.388.389, intereses de cesantías por $46.296 y vacaciones por $2’986.111, lo que arrojó un total de $11.704.630, monto que informó el actor en el interrogatorio de parte que depuso, que recibió de manera fraccionada, esto es, $5.000.000 en diciembre de 2019 y el excedente de $6.000.000 en enero del 2020, liquidación que se realizó con un salario base de $5.000.000 y tuvo en cuenta la totalidad del tiempo laborado, es decir, del 1º de febrero de 2016 hasta el 10 de marzo de 2019, operaciones que revisadas por el juzgado encontró ajustadas a la ley.

Dicho lo anterior, procedió a revisar las documentales que se aportan a fin de verificar los pagos reportados en la liquidación, encontrando acreditado el pago de los salarios de los meses de febrero y marzo de 2019, por $6.666.677,

lo que significa que el empleador pagó los salarios deprecados, por lo que no impuso condena en ese sentido.

En cuanto a las vacaciones, señaló que se hizo un pago a razón de 17.92 días, por $2.986.111, enunciando que disfrutó de 30 días de vacaciones, no obstante, el actor por su parte reclama el pago de tal emolumento desde el 1º de febrero de 2017 al 10 de marzo de 2019, sin que se evidencie su pago, por lo que al liquidar las vacaciones causadas, las operaciones del caso arrojaron un total de $4.520.833 al que restó el valor ya pagado de $2.986.111, lo que finalmente dejó a una diferencia a favor del trabajador de $1.534.773, emitiendo condena por tal rubro.

En relación con las primas de servicio, refirió que al remitirse a los extractos bancarios encontró que fueron cubiertas al trabajador, sin proferir condena.

En lo atinente al auxilio de cesantías, se desprende del extracto de SKANDIA que fueron pagadas las del año 2016, sobre del año 2017, indicó que se aportó solicitud que elevó el demandante para que fueran depositadas en su cuenta bancaria, empero, éste señaló que no recibió ese pago; sin embargo, el documento no fue desconocida ni tachada de falso por el actor, por lo que tuvo por recibido el pago de las cesantías del año 2017. En el caso de las cesantías del año 2018, dijo la demandada que las pagó mediante transferencia bancaria el 8 de enero de 2018 por $4.550.000, no obstante señaló que al verificar el extracto bancario del demandante, coligió que esa suma correspondió al salario de enero de 2019, aclarando de esta forma lo dicho sobre ese puntual aspecto anteriormente en la motivación de la sentencia, de ahí, que es evidente la falta de pago de las cesantías del año 2018, motivo por lo que condenó al pago de $5.000.000, por ese concepto. Por último, sobre las cesantías del año 2019 adujo que fueron incluidas en la liquidación final de acreencias laborales.

Respecto a los intereses a las cesantías, expuso que corroboró el pago por medio de transferencia bancaria de las correspondientes al año 2018 por valor

de $600.000 el 1º de febrero de 2019, y las del año 2019 en proporción correspondiente al tiempo trabajado, advirtió que fueron incluidas en la liquidación final de acreencias sociales; quedando pendiente de pago las del año 2017, las que ascienden a la suma de $420.000, valor por el que fulminó condena.

Es decir, que condenó a las demandadas APPLEX AMÉRICAS S.A.S y APPLEX S.A.S. de manera solidaria a pagar al gestor por compensación de vacaciones $1.534.773, por auxilio de cesantía del año 2018 la suma de $5'000.000, por intereses de cesantía del año 2018 por $420.000.

Sobre la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., señaló que su aplicación no es automática ni inexorable tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, dado que se deben analizar las circunstancias particulares del caso para determinar si el empleador actuó o no de buena fe al no pagar o retardar el pago de acreencias sociales que da lugar a aquella, así las cosas, y como viene de verse en el *sub examine* se determinó que al actor se le quedaron adeudando las cesantías del 2018 por $5.000.000, lo que significa que el empleador no pagó la totalidad de salarios ni prestaciones legales adeudadas al trabajador a la finalización del contrato, siendo procedente la sanción moratoria, en suma diaria de $166.667, desde el 11 de marzo de 2019 hasta 17 de enero de 2020 momento en el cual se concluyó con el pago total de prestaciones sociales por parte del empleador, esto es, a razón de 306 días lo que arroja una condena por $51'000.000, por este concepto.

Frente a la sanción por no consignación de las cesantías, recordó que no fueron sufragadas las del año 2018, las que debieron ser cubiertas el 14 de febrero de 2019, lo que significa que se adeudan a la finalización del contrato 25 días, lo que arroja un valor de $4.166,167. Dadas las resultas del proceso, declaró parcialmente probada la excepción de pago y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada refiriendo que no se le pagaron las cesantías del año 2017, decisión que basó el juez de instancia en las pruebas que fueron aportadas de oficio, en las que se indica que se realizó el pago en la cuenta del trabajador el 8 de febrero de 2018, no obstante, los extractos bancarios del actor que fueron aportados al expediente, permiten evidenciar que para el año 2018 no se sufragó tal emolumento, ya que la suma que se pagó corresponde al pago de salario, lo que demuestra con el cuadro que realizó, en el que además se observa que no le pagaban puntualmente, de modo que, se deben valorar las pruebas en debida forma. Igualmente, expuso que las primas y todas las pretensiones que solicitó están debidamente sustentadas y el hecho que no se hayan tachado de falsas las pruebas, no quiere decir que deben ser omitidas, además todos los pagos los realizaron a la cuenta de ahorros del banco BBVA del actor, y se pueden observar los que fueron realizados, insistiendo en el impago de las cesantías del año 2017 y los sus intereses a la cesantías de 2017, de ahí que, no se le pueda dar total credibilidad a la liquidación que aportó la pasiva.

Respecto a la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., adujo que la norma es clara en señalar que la misma se extiende hasta por 24 meses, por ende, no debió tenerse como pagada la liquidación, pues no estaba cancelada en su totalidad, como se encontró de las pruebas recaudadas en el trámite procesal.

En esa medida, solicita que en esta instancia se concedan las vacaciones que no pagaron, pues si bien el actor tomó las del año 2016, las que fueron pagadas, lo cierto es, que no sucedió lo mismo con las de 2017 y 2018, en cuanto a las de 2019 se calcularon proporcionalmente en la liquidación, es decir, del 1º de enero del 2019 al 10 de marzo del 2019, por ende, no se solventaron todas las vacaciones. Además, solicita se reconozcan los demás emolumentos que se evidencie que no fueron sufragados por las demandadas.

Por su parte, las demandadas APPLEX AMÉRICAS S.A.S y APPLEX S.A.S., manifestaron su disenso respecto del examen que se realizó a los interrogatorios de parte y los testimonios recaudados, aduciendo que faltó análisis jurídico y fáctico respecto a las pretensiones exageradas del gestor, pues su versión fue contradictoria con la de los Representantes Legales del extremo pasivo, las cuales son ajustadas a la realidad procesal, por lo que solicita se desechen las pretensiones del libelo demandatorio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico a resolver, si las encartadas deben reconocer y pagar al demandante, las acreencias que se reclaman en la demanda, atendiendo los recursos de alzada.

c. De la Existencia del Contrato de trabajo y la Sustitución Patronal:

Al descender al *sub-examine* y de acuerdo con el problema jurídico planteado, conviene precisar que no es objeto de controversia en esta instancia, que entre el demandante y la demandada APPLEX AMÉRICAS S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de febrero de 2016 y el 10 de marzo de 2019, que finalizó por decisión unilateral del actor; además, que el trabajador devengó como salario $3.000.000 de enero de 2016 a enero de

2017; $3.500.000 de febrero de 2017 a enero de 2018 y la suma de $5.000.000 de febrero de 2018 a marzo de 2019.

Tampoco se debate el hecho que existió una sustitución de empleadores el 1º de julio de 2018 entre APPLEX AMÉRICAS S.A.S. y APPLEX S.A.S., y la solidaridad de esta última frente al pago de las acreencias causadas del 1° de febrero de 2016 y el 1° de julio de 2018, calenda en la que se dio la sustitución de empleadores.

d. Del Pago de las Acreencias Laborales:

Ahora bien, cabe recordar que la parte actora en las pretensiones que enlista en el libelo genitor y su subsanación, solicita entre otros, se condene a las demandadas a pagar cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones del 1º de febrero de 2017 al 10 de marzo de 2019, la prima de servicios del 1º de febrero de 2019 a 10 de marzo de 2019 en los montos que se indican en el libelo introductorio; y la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Acorde con lo anterior, y a fin de dilucidar si en efecto el extremo pasivo adeuda los emolumentos que reclama la activa y que a su vez fueron objeto de inconformidad entre las partes en el recurso apelación, procede la Sala a examinar los diferentes medios de prueba que se recaudaron en el trámite procesal.

Al respecto, se observa que se aporta liquidación del contrato de trabajo a término indefinido, relación de pagos al trabajador de los años 2017, 2018 y 2019, solicitud de pago de cesantías elevada el 5 de febrero de 2018 por el demandante a la demandada APPLEX S.A.S., extractos de los meses de agosto, noviembre y diciembre de 2018 del banco AV VILLAS y del banco COLPATRIA del mes de enero de 2020 de la demandada APPLEX AMÉRICA SA.S., reporte histórico de transacciones del Fondo de Cesantías SKANDIA a nombre del actor de 2014 a 2017 y los extractos de la cuenta de ahorros del gestor del Banco

BBVA de enero de 2017 a enero de 2020. (Fls. 106, 107 a 112, 113, 159, 160 a 167, 186, 189 a 208, 209, 210, 220, 223 a 267 archivo *2019-772*).

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte de la Representante Legal de la demandada APPLEX AMÉRICA SA.S., señora LINA MELISA GIL HENAO; quien manifestó que conocía que el demandante suscribió contrato con la accionada APPLEX S.A.S. el 1º de febrero de 2016 y que existió una sustitución patronal entre dicha sociedad y la que representa el 1º de julio de 2018, calenda en la que se iniciaron los pagos de parafiscales con la nueva empresa.

Además, señaló que las cesantías del año 2018 se le consignaron al actor en la cuenta; añadió que los contadores le manifestaron que no se habían consignado por la sustitución patronal que se pensaba llevar a cabo, por ende, no se había definido si el pago de ese emolumento se haría por medio de un préstamo, por lo cual se consignaron a las cuentas personales de cada uno de los empleados, sin que recuerde la fecha de consignación.

Al referirse sobre el pago de la liquidación final de acreencias del promotor del litigio, adujo que se efectuaron dos pagos, esto es, el 30 de diciembre de 2019 y en enero de 2020, dado que se presentó una coyuntura económica en la empresa a razón de la enfermedad de la Gerente Financiera, lo que retrasó los pagos, no obstante, no recordaba cuando se le notificó el pago de la liquidación al demandante. Sobre los pagos errados a seguridad social, aseveró que se pudo incurrir en un error en el reporte de la planilla, lo cual se corrigió a partir de noviembre.

Frente al pago de las vacaciones por parte de APPLEX AMÉRICAS S.A.S., refirió que las que no disfrutó el trabajador estaban incluidas en la liquidación, precisando que había tomado dos periodos, pero no tenía claras las fechas. Por último, manifestó que no tenía conocimiento de alguna reclamación elevada por el demandante solicitando el pago de sus acreencias.

Por su parte, el Representante Legal de la accionada APPLEX S.A.S., señor ALEJANDRO IVAN JIMENEZ, señaló que el actor prestó sus servicios para esa sociedad como Consultor Abab o Programador; que el salario en inicio fue de $3.500.000 y así se mantuvo hasta la fusión con APPLEX AMÉRICAS S.A.S., sin que se la haya verificado una liquidación cuando se dio la sustitución patronal. Agregó que las cesantías de los años 2016 y 2017 se consignaron a un fondo.

Respecto al pago de las vacaciones del 2017 y la proporcionales de 2018, señaló que fueron sufragadas y frente al pago de seguridad social, que existieron errores en la planilla con el cambio de APPLEX S.A.S. a APPLEX AMÉRICAS S.A.S., inconsistencias que fueron corregidas posteriormente, acotando que el demandante laboró hasta marzo de 2019.

Aseveró que una parte de la liquidación se pagó al accionante en diciembre de 2019 y el restante se le abonó en enero de 2020, lo cual se notificó al correo del actor cuando se hizo el pago; sobre las vacaciones expuso que, las que no se disfrutó se solucionaron en la liquidación, precisando que el último salario que devengó fue de $5.000.000, y el valor de la liquidación final de acreencias ascendió a $11.700.000.

Entre tanto, el demandante ELKIN DARIO FERNANDEZ CAMACHO, sostuvo en su declaración que recibió en su cuenta de ahorros el pago de la liquidación por suma de $11.704.000, del cual se hizo un primer abono el 30 de diciembre del 2019 por $6.000.000 y el 16 de enero se realizó un segundo pago por algo más de $5.700.000, y que conoció que se trataba de una transferencia de la pasiva cuando consultó con su banco.

Enfatizó que prestó sus servicios del 1º de febrero de 2016 para APPLEX S.A.S., y no tuvo conocimiento del cambio de razón social; que estuvo vinculado al fondo de cesantías SKANDIA, y que, de acuerdo con certificación expedida, el único pago que se registra por ese concepto es del año 2016. Relató que, frente a las cesantías causadas al 31 de diciembre de 2017, se le hizo firmar un

documento para que fueran consignadas a su cuenta de ahorros, pero nunca se efectivizó. Que el motivo de su retiro obedeció a la falta de pago puntual de sus salarios y demás acreencias laborales, sin embargo, no manifestó esa situación en su renuncia.

Por último, el testigo GUSTAVO ADOLDO BARRERA SÁNCHEZ señaló que conoce al demandante desde el año 2018, porque laboraron para las demandadas en donde permaneció hasta febrero de 2019. Que no conocía cuánto le pagaban al promotor, pero que le consta la existencia de retrasos en el pago de salarios y la seguridad social, porque el demandante le comentó.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte sin asomo a equivoco, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., en lo atinente al pago de las cesantías del año 2017, respecto de las cuales manifiesta su disenso el actor ante la absolución del pago de este rubro, que contrario a lo aducido por el juez de primer grado, si bien, obra documento dirigido por el demandante a la encartada APPLEX S.A.S. el 5 de febrero de 2018, en el que solicita se le consignen las cesantías del año 2017 en su cuenta de ahorros del banco BBVA (Fl. 113 y 186 archivo *2019-772*), lo cierto es, que no se evidencia en el extracto de la entidad bancaria en comento, que se haya realizado el pago de las mismas, aspecto que tampoco se puede establecer del extracto del banco AV VILLAS o de los cuadros que para el efecto aportó la enjuiciada (Fls. 189 a 208 y 223 a 267 del archivo *2019-772*), y tampoco fueron consignadas en el FONDO DE CESANTÍAS SKANDIA, pues así se extrae del Reporte Histórico de Transacciones, en donde solo obra un pago de parte de APPLEX a favor del actor el 14 de febrero de 2017 por $2.500.000, siendo evidente que se tratan de las cesantías de 2016. (Fl. 220 archivo *2019-772*).

Al respecto, se recuerda que la sustitución patronal entre APPLEX S.A.S. y APPLEX AMÉRICAS S.A.S. se dio el 1º de julio de 2018 y que la Representante Legal de esta última sociedad en el interrogatorio de parte que rindió, al referirse sobre el tema de las cesantías dijo que los contadores le habían dicho

que no se habían consignado por la sustitución patronal que iba a efectuar, por tanto, no se había definido si el pago de ese concepto se iba a realizar por medio de un préstamo, por lo que habían sido consignadas a las cuentas personales de los trabajadores. A *contrario sensu*, el Representante Legal de APPLEX S.A.S., en su declaración fue enfático en sostener que las cesantías del año 2017 fueron consignadas en el fondo de cesantías y no en la cuenta del actor, luego, claro es que las cesantías del año 2017 no fueron ni consignadas en el respectivo fondo, y menos aún en la cuenta bancaria del actor, ni se demostró su pago de manera incontrastable por otro medio; por lo que se condenará a la accionada APPLEX AMÉRICAS S.A.S., a pagarlas. Además, se condenará al pago de los intereses a las cesantías del año 2017, dado que no se probó su pago y se depreca en la alzada.

Dicho lo anterior, al haberse establecido que el salario devengado por el actor de febrero de 2017 a enero de enero de 2018 ascendió a $3.500.000, al realizar las operaciones del caso, se establece como valor a pagar al demandante por parte de la encartada APPLEX AMÉRICAS S.A.S., la suma de $3.500.000 por concepto de auxilio de cesantías del año 2017, conforme lo preceptuado en el artículo 253 del CST., e intereses a las cesantías del año 2017 por suma de $420.000.

En otro giro, señala la parte actora en su impugnación que no se pagaron las vacaciones que reclamó en el escrito de demanda, esto es, las causadas del 1º de febrero de 2017 al 10 de marzo de 2019, por su parte, los Representantes Legales de la accionadas señalaron que las que no disfrutó el actor se pagaron con la liquidación, sin que se observe evidencia en el expediente de las que en efecto disfrutó el trabajador de 2017 a 2019, pues reconoció que en efecto tomó las del año 2016, entendiendo esta Colegiatura que se trata de las causadas del 1º de febrero de 2016 al 31 de enero de 2017.

Sobre este aspecto, se advierte que el juez de primer grado estableció que el actor recibió el pago de la liquidación final de acreencias laborales por suma

de $11.704.630 (Fl. 106 y 141 archivo *2019-772*), situación que en efecto aceptó el demandante en el interrogatorio de parte que rindió como viene de verse, en la que se incluía el pago de $2.986.111 por concepto de vacaciones a razón de 17.92 días; sin embargo, aclaró que el promotor reclamaba el pago de las causadas del 1º de febrero de 2017 al 10 de marzo de 2019, sin que se evidenciara fueran sufragadas, por lo que al efectuar las operaciones del caso concluyó que se le adeudaba por ese concepto $4.520.833 al que restó el valor ya pagado de $2.986.111, lo que finalmente dejó una diferencia a favor del actor de $1.534.773, profiriendo condena por ese monto.

Como quiera que la parte actora insiste en su alzada que no se pagaron las vacaciones en el lapso antes referido, es decir, del 1º de febrero de 2017 al 10 de marzo de 2019, la Sala al corroborar los cálculos efectuados por el juzgado de origen, encuentra que no se han solventado 2 periodos y la porción del 1º de febrero al 10 de marzo de 2019, esto es, 32 días y que el último salario mensual devengado por el actor fue de $5.000.000, es decir, $166.667 diarios, lo que arroja un total de $5.333.333, el que al ser restado el valor reconocido en la liquidación de $2.986.111, se obtiene un saldo a favor del demandante por concepto de compensación de vacaciones de $2.347.222, por ende, se modificará el literal c) del numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

En este punto, cabe mencionar que, si bien la parte demandante en su apelación hace alusión a las pretensiones relacionadas con la prima de servicios, pedimento que fue absuelto por el fallador de instancia al encontrar que fueron pagadas con la liquidación. Sobre el asunto, advierte este Juez Colegiado que en la demanda se deprecó el pago de las causadas del 1º de febrero al 10 de marzo de 2019, indicando correspondían a 37 días por suma de $513.888, y en la liquidación se reconoció un pago por una suma superior, como se observa a folio 106 del plenario, de modo que, no hay lugar a emitir condena al respecto como lo concluyó acertadamente el juez de instancia.

De otro lado, el demandante manifiesta su inconformidad frente a la condena emitida por el *a-quo* respecto a la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., señalando que la norma es clara en precisar que esa indemnización va hasta por 24 meses, por tanto, no debió tenerse como pagada la liquidación, pues no estaba cancelada en su totalidad, como se encontró en el trámite procesal.

Al respecto, el juzgador de primer grado condenó al pago de dicho emolumento indicando que, al determinar que al promotor le habían quedado adeudando a la terminación del contrato las cesantías del 2018 por $5.000.000, ello significaba que el empleador no había pagado la totalidad de salarios ni prestaciones legales adeudadas al trabajador a la finalización del contrato, por lo que condenó al pago de $51.000.000 por sanción moratoria, la que tasó en suma diaria de $166.667, desde el 11 de marzo de 2019 hasta 17 de enero de 2020, momento en que se sufragaron totalmente las prestaciones sociales por parte del empleador.

De cara a lo anterior, cabe memorar que la finalidad este tipo de indemnizaciones es proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, de modo que la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que estas conductas pudiesen causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 C.S.T.

No obstante, debe precisar la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más

recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL4897-2021, Radicación No. 84958 del 26 de octubre de 2021, entre otras.

En lo atinente al análisis del principio de la buena fe como determinante para que opere la imposición de la indemnización moratoria, debe memorarse lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL2833-2017 Radicación No. 53793 del 1° de marzo de 2017, en la que señaló:

> *"Debe recordarse, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.*
>
> *"Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción (…) del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador".*

Bajo esa óptica, se encuentra que las encartadas desde la contestación a la demanda se opusieron a tal pretensión, aduciendo que pagaron oportunamente los valores adeudados al trabajador, entre tanto, la Representante Legal de la demandada APPLEX AMÉRICAS S.A.S., dijo que el pago de la liquidación final de acreencias se retrasó por una coyuntura económica en la empresa a razón de la enfermedad de la Gerente Financiera, sin embargo, se recuerda que el vínculo contractual feneció el 10 de marzo de 2019 y el juez de primer grado, estableció que el último abono de la liquidación al actor se pagó el 17 de enero de 2020, por lo que ese fue el término hasta el cual calculó la sanción en comento, la que si bien se encuentra acertada su imposición por parte de Colegiatura, dado que no se advierte un actuar de buena fe de parte de la citada demandada, pues transcurrieron más nueve

meses hasta que llevó a cabo dicho pago, sin que resulte dable que retuviera el pago de las acreencias laborales del actor por la enfermedad de la persona encargada de realizar ese pago, pues pudo delegar a otra persona.

Empero, no es menos cierto que después de ese pago se quedaron adeudando adicionalmente cesantías al trabajador, las que precisamente se reconocieron en la liquidación, como se estableció en primera y segunda instancia, luego le asiste la razón al apelante a señalar que esa indemnización va más allá del 17 de enero de 2020 pues aún se adeudan prestaciones sociales, al no haberse pagado la liquidación completa.

Así las cosas, y dado que entre la terminación del contrato de trabajo y la presentación de la demanda no transcurrieron más de 24 meses, pues ello se dio el 20 de noviembre de 2019 (Fl. 26 archivo *2019-772*) y el último salario devengado por el trabajador es superior al s.m.m.l.v., se tomará como base salarial la suma de $5.000.000.oo., que corresponde al último salario devengado, lo que significa que habrá de condenarse a la demandada a pagar al actor la suma de $166.667 diarios, a partir del 11 de marzo de 2019 y hasta por 24 meses, es decir, hasta el 10 de marzo de 2021 lo que arroja un total de $120.000.000 y en adelante, el empleador será condenado a pagar intereses de mora sobre las sumas adeudadas por concepto de cesantías, a la tasa máxima certificada por la Superintendencia financiera, conforme lo regulado en el art. 65 del CST. En consecuencia, se modificará la sentencia de primer grado en tal sentido.

Finalmente, debe señalar esta Corporación que no ahondará en las demás condenas establecidas en primera instancia, dado que las partes no manifestaron inconformidad sobre el particular, y además contrario a lo solicitado por la activa en su alzada, debe mencionarse que el juez de segunda instancia no está facultado para hacer uso de las facultades *ultra y extra petita*, ya que son exclusivas de los falladores de única y primera instancia, aunado

que no se observa vulneración a derechos mínimos e irrenunciable diferentes a los que se debatieron y reconocieron por parte del *a-quo.*

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los literales a), b), c) y d) del numeral cuarto de la sentencia proferida el 3 de junio de 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó al pago de cesantías e intereses a las cesantías del año 2018, vacaciones y la sanción moratoria; para en su lugar, condenar a la demandada APPLEX AMÉRICAS S.A.S. a pagar al actor los siguientes conceptos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, así:

a) Por concepto de auxilio de cesantías del año 2017, la suma $3.500.000; además de las reconocidas en primera instancia para el año 2018.
b) Por intereses sobre las cesantías del año 2017, $420.000; adicional a las reconocidas en primera instancia para el año 2018.
c) Por concepto de compensación de vacaciones $2.347.222, en lugar del valor reconocido por el juez de instancia.
d) Por sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de $166.667 diarios, a partir del 11 de marzo de 2019 y hasta por 24 meses, esto es, hasta el 10 de marzo de 2021, en suma de $120.000.000 y en adelante, el empleador será condenado a pagar intereses de mora sobre las sumas

adeudadas por concepto de cesantías, a la tasa máxima certificada por la Superintendencia financiera, en lugar de las sumas reconocidas por este concepto en primer grado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas, y a favor del demandante. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **19 2019 00533 01**
Demandante:	FUNDACIÓN NACIONAL BATUTA
Demandado:	COOMEVA E.P.S. S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La FUNDACIÓN NACIONAL BATUTA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad COOMEVA E.P.S. S.A., a fin de que se declare que la accionada ha incumplido su deber legal de reembolsarle la suma de $12.040.358, por concepto de prestaciones económicas por incapacidad y licencia de maternidad de la trabadora de la Fundación, señora LIA MARGARITA BRITO MEDINA.

En consecuencia, depreca que se condene a la encartada a pagarle la incapacidad y la licencia de maternidad de la trabajadora LIA MARGARITA BRITO MEDINA, que asciende a $12.040.358, los cuales debe consignar en la

cuenta de ahorros que indica en el libelo demandatorio, además, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que, en su calidad de empleador solicitó el 11 y el 15 de marzo de 2018 a la accionada, el reembolso de la incapacidad por enfermedad general causada del 26 de febrero al 12 de marzo de 2018 y la licencia de maternidad emitida del 12 de marzo al 15 de julio de 2018, a favor de la trabajadora LIA MARGARITA BRITO MEDINA, identificada con cédula de ciudadanía No 1.082.863.063, precisando además que la primera ascendió a $700.358 y la segunda a $11.340.000, respectivamente.

Añadió que, durante todo el tiempo de vinculación laboral de la citada trabajadora, realizó de manera oportuna los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y además pagó la incapacidad médica y la licencia de maternidad, como se evidencia en los desprendibles de pago de nómina. No obstante, la convocada a juicio negó el pago de la licencia de maternidad, sustentando su omisión en una suspensión por mora, según el artículo 3° del Decreto 47 de 2000. En cuanto a la incapacidad por enfermedad general, la pasiva no se ha pronunciado.

Narró que el 15 de enero de 2019 y el 11 de abril de esa misma anualidad, radicó derecho de petición ante la demandada solicitando el reconocimiento económico proporcional de la licencia de maternidad y la incapacidad general de la trabajadora, sin que haya recibido respuesta. En esa medida, adujo que la omisión de la encartada le ha generado inconvenientes presupuestales, ya que debe asumir el pago de las incapacidades y licencias de sus trabajadores desde el año 2018, sin obtener el correspondiente reembolso por parte de la pasiva, con ocasión del pago que asumió, viéndose compelida a interponer la presente acción para obtener el pago de la incapacidad y la licencia de maternidad en cuestión.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

La demandada COOMEVA E.P.S. S.A., en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la demandante no ha cancelado sus obligaciones como empleador en las fechas establecidas en el artículo 4º del Decreto 1670 de 2007, por ende, no tiene derecho al reconocimiento económico que depreca.

Formuló como medios exceptivos los denominados no reconocimiento de prestaciones económicas por mora del aportante, cumplimiento de COOMEVA EPS por reconocimiento y pago de incapacidades y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de mayo de 2022, condenó a la demandada a pagar a la demandante la suma de $11.031.749 por concepto de licencia de maternidad causada del 12 de marzo al 15 de julio de 2018, la cual canceló a la señora LIA MARGARITA BRITO MEDINA, rubro que debe ser indexado al momento del pago, igualmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por la encartada y la condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, la falladora de instancia precisó que el litigio giraba en torno al pago de la licencia de maternidad, dado que en la audiencia del artículo 77 del CPT y de la SS, la parte actora manifestó que ya había recibido el pago de la incapacidad. Dicho esto, señaló que su decisión se sustentaba en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., 164, 165 y 166 del C.G.P.; el 1757 del C.C., 227 del C.S.T. y el artículo 2 del Decreto 2633 de 1994 el cual establece el procedimiento para constituir en mora al empleador.

Además, señaló que en el plenario obra la licencia de maternidad, el contrato de trabajo suscrito entre la actora y la señora LIA MARGARITA BRITO, con sus

correspondientes otrosíes, que dan cuenta de la existencia y duración de la relación laboral, además obran los certificados y aportes realizados a la entidad demandante a favor de la citada trabajadora de febrero del 2017 a septiembre del 2018 y las copias de las peticiones que elevó la demandante a la demandada reclamando el pago de la licencia.

Además, expuso que el sistema de seguridad social contempla el pago de incapacidades laborales, según la Ley 100 de 1993, el Decreto 1648 de 1995 y el Decreto 694 de 1994, además la legislación prevé una protección a las mujeres que se convierten en madres en vigencia del contrato de trabajo, a través del correspondiente pago de la licencia de maternidad.

De cara a lo anterior, señaló que encontró acreditado el pago de la licencia de maternidad causada del 12 de marzo al 15 de junio de 2018, por parte del empleador demandante a la trabajadora, lo cual se colige de los desprendibles de pago. En cuanto a la mora que alega la demandada, señaló que se debió constituir en mora a la activa, según lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 71 del Decreto 2663 de 2015, lo cual debe hacer mediante el procedimiento señalado en el artículo 2 del Decreto 2663 de 1994, sin que obre en el expediente prueba alguna, que permita colegir que la accionada llevó acá cabo tal procedimiento, lo cual es un requisito obligatorio para entender en mora a la encartada.

Advirtiendo que la pasiva solo aportó un listado de aportes en mora de la accionante, en el que no obra la trabajadora en cuestión, por el contrario, de las planillas de pago que se allegaron a folios 20 a 26, encontró que se efectuaron los pago en su totalidad, ello, sin desconocer que algunos periodos se realizaron de manera extemporánea, empero, lo cierto es que esa situación no puede ser óbice para no sufragar el pago respectivo a la activa, por lo que condenó a pagar por concepto de licencia de maternidad la suma de $11.031.749, además, declaró no probadas las excepciones propuestas y la condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión COOMEVA EPS la apeló. Argumentó en su alzada que se están desconociendo los preceptos legales para continuar suministrando los servicios de salud, teniendo en cuenta que si bien se está frente a un servicio público fundamental, lo cierto es, que también se debe tener en cuenta la estabilidad financiera del sistema, por lo que aprobar pagos sin que los empleadores realicen las cotizaciones en los términos legales, desconoce las normas que regulan el Sistema General de Salud y Seguridad en el Trabajo, lo que pone en peligro el dañado sistema general de salud.

Adicionalmente, se está ante un exceso rigor manifiesto al exigir que se constituya en mora, cuando es deber de los empleadores y no de las administradoras, el realizar los recobros de estas cotizaciones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico a resolver, si la encartada debe reconocer y pagar a la demandante, la licencia de maternidad que reembolsó a la trabajadora LIA MARGARITA BRITO MEDINA.

c. De la Licencia de Maternidad:

A efectos de resolver el problema jurídico que concita la atención de esta Corporación, conviene precisar que el pago de la licencia de maternidad se encuentra contemplada en el artículo 236 del C.S.T., modificado por el artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, el cual señala:

> *"1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.*
>
> *"2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.*
>
> *"3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:*
>
> *a) El estado de embarazo de la trabajadora;*
>
> *b) La indicación del día probable del parto, y*
>
> *c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.*
>
> *"Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público."*

A su vez, artículo 207 de la Ley 100 de 1993, establece sobre las licencias por maternidad que *"Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitación UPC."*

Adicionalmente, el numeral 1º del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, establece que, para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas, tanto para trabajadores dependientes e independientes, se debe acreditar el pago de las cotizaciones, efectuados en forma oportuna, por lo menos durante 4 meses de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

También debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1670 de 2007, que estableció el plazo de pago de los aportes a los subsistemas de la Protección Social, los cuales se determinan según los dos últimos dígitos del NIT de cada aportante.

De otro lado, el Decreto Ley 019 de 2012, en su artículo 121 establece frente al trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad, que debe ser adelantado de manera directa por el empleador ante las entidades promotoras de salud. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento

De la misma forma, el Decreto 780 de 2016 en su artículo 2.1.13.1, establece:

> *"Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.*
>
> *"Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.*
>
> *"En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación."*

d. Del Caso en Concreto:

Al descender al *sub-examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que entre la aquí demandante y la señora LIA MARGARITA BRITO MEDINA existió un contrato de trabajo vigente desde el 6 de febrero de 2017 por lo menos hasta el 9 de septiembre de 2018 y que se generó licencia de maternidad a favor de dicha trabajadora del 12 de marzo de 2018 al 15 de julio de 2018, a razón de 126 días, según lo concluyó la juez de instancia, de acuerdo a las probanzas que obran a folios 13 a 30, 75 y 76 del archivo 01.

En cuanto al pago de las cotizaciones al sistema general de salud por parte de la demandante y a favor de la citada trabajadora, se allegaron las planillas de pagos a salud correspondientes a los periodos de marzo de 2017 a octubre de 2018. (Fls. 40 archivo 01). Deviene de lo expuesto, evidente que la Fundación demandante realizó los pagos a seguridad social en salud a favor de la trabajadora por un periodo igual al de gestación, con anterioridad a la fecha del inicio de la licencia, de ahí, que también realizó cotizaciones en los últimos cuatro meses anteriores a la novedad, como lo exigen las normas antes descritas.

Ahora, señala la demandada que la pasiva se encontraba en mora, lo que motivó la falta de pago de la licencia, sin embargo, no precisó cual era la fecha límite de pago de la activa, y qué clase de contribuyente era, pues teniendo en cuenta estos aspectos, la fecha límite de pago de aportes cambia. Ahora, si bien en el caso del pago de los aportes a salud para los meses de enero, febrero y marzo de 2018, se realizaron máximo entre el día 1 y 6 del mes de cobertura, y para los demás periodos, los pagos a salud se efectuaron con anticipación al mes de cobertura, lo cierto es, que no se encuentra en el plenario requerimiento alguno de la pasiva al empleador para que pagara en tiempo, si ese era el caso, "*ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y*

por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad"(sentencia T-503 de 2016).

De modo que, como lo concluyó la juez de primer grado, era procedente el reembolso de la licencia de maternidad que depreca la demandante, pues si bien obra un estado de cuenta en el que se relacionan algunos afiliados a esa EPS a cargo del empleador demandante, no se puede perder de vista que en el mismo no se encuentra la trabajadora aquí referida (Fl. 218 a 220 archivo 01); en consecuencia, no se evidencia desacertada la decisión de primer grado, debiendo indicarse en este punto que no se ahondará en el monto reconocido, en tanto no fue objeto de inconformidad por parte de la enjuiciada y además se encuentra consonante con los montos que le fueron reconocidos, según los desprendibles de nómina.

Colorario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de

$500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2021 00089 01**
Demandante:	EMÉRITA ORGULLOSO FÚNES
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada JESSICA PAOLA COLLAZOS RUBIO, identificada con cédula de ciudadanía 1.018.450.089 y T.P. 278.256 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora EMÉRITA ORGULLOSO FÚNES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de que se les condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a que tiene derecho por cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, norma aplicable por expresa remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, de las

mesadas causadas a partir del 3 de junio de 2014 y hasta el 10 de septiembre de 2015, incluyendo la mesada adicional.

Al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas comprendidas entre la fecha en que adquirió el estatus pensional, es decir, desde el 3 de junio de 2014 hasta el 10 de septiembre de 2015, data a partir de la cual COLPENSIONES reconoció y pagó la pensión de vejez, incluso hasta cuando se haga efectivo su pago. Asimismo, condena por concepto de indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 3 de junio de 1959, de allí que se encuentre cobijada del régimen de transición preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que en virtud de ello, el 21 de septiembre de 2016 radicó ante PROTECCIÓN S.A. solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, demandada quien dio respuesta manifestando haber iniciado la solicitud de la prestación económica. En igual sentido, refirió que PROTECCIÓN S.A. dio respuesta el 28 de diciembre de 2016 al trámite iniciado, reconociendo la devolución de saldos por un valor de $7.471.314, por cuanto la pasiva argumentó que ella había manifestado la posibilidad de seguir cotizando para completar el capital necesario para financiar su pensión.

Que en escrito del 2 de enero de 2017 PROTECCIÓN S.A. le manifestó que se encuentra a la espera del pronunciamiento de la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, por cuanto el trámite corresponde a una posible excepción de garantía de pensión mínima, y el 28 de abril de 2017 se le dio respuesta definitiva concretándole la devolución de saldos.

Refirió que después de insistir su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el pago de la pensión de vejez, COLPENSIONES mediante Resolución SUB 316430 del 3 de diciembre de 2018 reconoció y pagó la prestación por vejez a partir del 10 de septiembre de 2015, arguyendo que había operado el fenómeno prescriptivo trienal, de allí que se hubiese desconocido que

tenía derecho a su derecho desde el 3 de junio de 2014, aunado a que, también le fue desconocido el pago de la mesada 14.

Por último, sostuvo que elevó solicitudes de reliquidación pensional a COLPENSIONES, las cuales fueron resueltas de manera desfavorables a través de las Resoluciones SUB 143684 del 7 de junio ce 2019 y SUB 345600 del 8 de diciembre de 2019.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda manifestando que, como quedó demostrado y en virtud de lo dispuesto en la sentencia SU-062 de 2010, la aquí demandante fue trasladada con destino a COLPENSIONES junto con la totalidad de los dineros disponibles en su cuenta de ahorro individual, por lo que el análisis y reconocimiento de la prestación económica le corresponde a COLPENSIONES al encontrarse legalmente vinculada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Propuso las excepciones de buena fe, hecho exclusivo de un tercero, prescripción, compensación, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa por pasiva e innominada o genérica.

COLPENSIONES por su parte refirió que el reconocimiento de la prestación de la demandante se encuentra ajustada a derecho, teniendo en cuenta que se dio la prescripción de las mesadas, de allí que no haya lugar al retroactivo solicitado, máxime si la actora se trasladó del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida el 1º de abril de 2018, solicitando la pensión el 10 de septiembre 2018, sin que se advierta interrupción alguna respecto del fenómeno prescriptivo, lo que conllevó a que el derecho fuese reconocido a partir del 10 de septiembre de 2015.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de octubre de 2021 absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó en primer que no se discute que a la demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte de COLPENSIONES al ser beneficiaria del régimen de transición mediante Resolución SUB 316430 de 2018, prestación que se otorgó bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990 en cuantía de $778.199 a partir del 10 de septiembre de 2015.

Seguidamente, refirió que en lo que respecta al retroactivo pensional, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que la pensión por vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo 12 de la misma disposición, siendo necesaria su desafiliación al régimen para entrar al disfrute de la prestación, y para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada; circunstancia por la cual, existe una diferenciación entre la causación del derecho y el disfrute.

Ello por cuanto, la causación ocurre desde el momento en que el afiliado reúne requisitos para la pensión tales como edad y cotizaciones dependiendo el régimen pensional aplicable, mientras que el disfrute en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 exige la desafiliación al sistema para acceder a al mismo, por tanto, para obtener y disfrutar del derecho a la pensión no se requiere solamente haber cumplido el requisito de exigibilidad entendidos como la edad y las semanas, sino también haber acreditado el retiro del sistema pensional.

Que por tal razón, la demandante cumplió los 55 años de edad el 3 de junio de 2014, aunado a que, del resumen de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES, registra un total de 1.184 semanas cotizadas al mes de marzo de 2001, con las cuales sobre pasa claramente las 1000 semanas que regula el Decreto 758 de 1990 para acceder al requisito pensional, por lo que la actora al cumplimiento de los 55 años de edad, ya contaba con la totalidad de los requisitos exigidos en la norma para el reconocimiento de su derecho, esto es, edad y tiempo de servicios, además que de tiempo atrás había dejado de realizar cotizaciones al sistema, por lo que en efecto la pensión se causó el 3 de junio de 2014, haciéndose exigible a partir de esta última calenda.

Expuso que el aspecto de reconocimiento pensional a partir del 3 de junio de 2014 no lo desconoció COLPENSIONES, ya que así lo expuso la entidad en la Resolución SUB 316430 de 2018, pero dentro del mismo acto administrativo también fue enfática esta demandada en indicar que si bien el estatus pensional era a partir del referido 3 de junio de 2014, la petición de pensión fue elevada por la demandante el 10 de septiembre de 2018 y, en tal sentido, gozaban de prescriptibilidad algunas mesadas pensionales, decisión que conllevó a que la actora presentara inconformidad manifestando que desde el 21 de septiembre de 2016 venía realizando trámites para el reconocimiento de la prestación.

Que a pesar de ello, coligió el *a-quo* que la situación de solicitud en el mes de septiembre de 2016 se presentó pero ante la demandada PROTECCIÓN S.A., por lo que no resulta posible llegar al entendimiento que se haya interrumpido con COLPENSIONES el término prescriptivo de las mesadas pensionales al ser una entidad diferente, ello por cuanto la petición de septiembre de 2016 elevada a PROTECCIÓN S.A. lo que pretendió fue el reconocimiento de la pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bajo la modalidad de retiro programado.

De otra parte, expuso que la mora en el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES para con la demandante no sucedió por una actuación errónea de ambas demandadas, ya que PROTECCIÓN S.A. ejecutó las acciones necesarias para el reconocimiento de la prestación conforme a las normas propias del régimen privado, pero la demandante decidió trasladarse de régimen solo hasta el año 2017, y fue tan solo hasta el mes de septiembre de 2018 que solicitó ante COLPENSIONES la pensión de vejez, aspectos por los que decidió absolver a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Indicó en su alzada que el fenómeno prescriptivo operó pero en virtud de la dilación y la mora de las demandadas que se confabularon para dilatar el procedimiento, por lo que de mantenerse la decisión de primer grado se estaría dando carta abierta a las encartadas de buscar la forma de que la reclamación de los afiliados atinentes a una pensión pierdan sus mesadas pensionales pendientes, máxime si en dos

oportunidades se efectuó reclamo ante COLPENSIONES y esta entidad negó el derecho bajo el entendido que se encontraba en proceso de pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., situación última que no era cierta.

Que en lo que respecta al pago de intereses moratorios en caso de prosperar la apelación, adujo que también deben ser reconocidos atendiendo los nuevos postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que las pensiones como la aquí pretendida independientemente de que se hayan otorgado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, gozan de aplicabilidad de intereses moratorios.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala como problema jurídico principal deberá auscultar si a la aquí demandante señora EMÉRITA ORGULLOSO FÚNES le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional deprecado, el cual arguye debe ser pagado por el periodo comprendido entre el 3 de junio de 2014 y el 10 de octubre de 2018, junto con 14 mesadas pensionales al año pues arguye que es merecedora de la misma.

De salir próspera tal condena, se abordará como segundo problema jurídico si debe fulminarse condena por concepto de intereses moratorios a la luz de lo contemplado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los problemas jurídicos reseñadas, es menester que la Sala precise que no fue objeto de reproche que la aquí demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la extinta AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de octubre de 1998, según da cuenta el formulario (Fl. 19 – CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.).

Tampoco el hecho que a la actora COLPENSIONES mediante Resolución SUB 316430 del 3 de diciembre de 2018 le reconoció pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 10 de septiembre de 2015, en cuantía inicial de $778.119 (Fls.14 a 21 – PDF 02 – DEMANDA).

En el referido acto administrativo además se expusieron diferentes aspectos a saber:

_ Que la demandante retornó nuevamente al régimen de prima media con prestación definida conservando el régimen de transición atendiendo los parámetros determinados vía constitucional determinados en las sentencias C-789 de 2002, C-754 de 2004, C-1024 de 2004, CU-062 de 2010, SU-130 de 2013, entre otras.

_ Que por tal razón, el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se efectivizó a partir del 1º de abril de 2018.

_ Que la demandante luego de trasladada elevó solicitud de pensión a COLPENSIONES el 10 de septiembre de 2018.

_ Que COLPENSIONES dentro de sus consideraciones dispuso que si bien el estatus de pensionada de la demandante lo fue a partir del 3 de junio de 2014, calenda para la cual había cumplido con la edad y densidad de semanas en los términos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, junto con el retiro del sistema en los términos del artículo 13 de la misma disposición normativa, lo cierto fue que elevó solicitud pensional el 10 de septiembre de 2018, por lo que atendiendo el fenómeno prescriptivo trienal, la prestación debía ser reconocida a partir del 10 de septiembre de 2015 y en adelante.

Puestas así las cosas, la Sala puede colegir que, atendiendo lo decidido por el operador de instancia, la decisión de primer grado habrá de confirmarse.

Nótese que como se indicó en precedencia, la demandante solicitó la pensión el 10 de septiembre de 2018, de ahí que atendiendo el término trienal de prescripción dispuesto en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo preceptuado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., claro resulta para la Sala que gozaran de prescripciptibilidad las mesadas pensionales con anterioridad al 10 de septiembre de 2015.

Ahora, a pesar de que la demandante argumenta en su alzada que la prescripción operó como consecuencia de la dilación y la mora que presentaron tanto PROTECCIÓN S.A. como COLPENSIONES para el reconocimiento de la prestación, a juicio de la Sala no se comparte tal situación como quiera que, de la totalidad de documentales que yacen dentro del plenario, puede colegirse que desde el 21 de septiembre de 2016 fue la misma demandante que en inicio solicitó a PROTECCIÓN S.A. el reconocimiento y pago de una pensión dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, voluntad de pensión que perduró en el tiempo por lo menos hasta el 9 de agosto de 2017 cuando la AFP le manifestó la procedencia del retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Fls. 25 a 27, 28 a 29, 30, 31, 32 a 33 – PDF 02 – DEMANDA), de lo que se puede colegir que existió plena intención de la señora EMÉRITA ORGULLOSO FÚNES de permanecer en el régimen.

Por otra parte, no debe imponérsele cargas a COLPENSIONES de una presunta mora en el traslado de la demandante, por cuanto su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ocurrió bajo criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2002, C-754 de 2004, C-1024 de 2004, CU-062 de 2010, SU-130 de 2013 y demás decisiones; circunstancia por la cual, no estaba dentro de su deber legal efectuar el traslado cuando tal aspecto debió la actora alegarlo frente a PROTECCIÓN en su momento y por el contrario, en inicio como ya se manifestó lo que persiguió fue la pensión dentro del régimen privado, situaciones todas por las que no puede pretender en esta instancia aplicabilidad distinta de prescripción a la definida tanto por COLPENSIONES en la Resolución SUB 316430 del 3 de diciembre de 2018, como por el *a-quo* en primer grado.

Así las cosas, al no prosperar el pago del retroactivo pensional perseguido de conformidad con las consideraciones hasta aquí anotada, la Sala no abordará el reconocimiento y pago de los intereses moratorios perseguidos. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos ($1.000.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **24 2021 00480 01**
Demandante:	NANCY RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada PAULA HUERTAS BORDA, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.833.703 y T.P. 369.744 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NANCY RODRIGUEZ RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., por el incumplimiento al deber de información; a su vez, se declare que se debe activar su afiliación al RPMPD, y que la administradora del RAIS debe reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración y comisiones con todos sus frutos e intereses.

Consecuencialmente, pretende se condene a PORVENIR S.A. a registrar la ineficacia del traslado en el sistema de información de los fondos privados, devuelva a COLPENSIONES los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración y comisiones con todos sus frutos e intereses, sumas que deben ser debidamente indexadas, igualmente, se ordene a COLPENSIONES active su afilie en ese régimen, y se condene al pago de costas y agencias, más lo que resulte *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 28 de junio de 1968 y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 6 de junio de 1989, alcanzando 345 semanas. Asimismo, relató que se afilió a partir del 1º de marzo de 1995 a PORVENIR S.A., precisiones que realizó en la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S.

Seguidamente, narró que el asesor del fondo privado le indicó que el valor de la mesada pensional que percibiría en esa administradora sería superior a la que obtendría en el I.S.S., y además que se podía pensionar de forma anticipada con una renta vitalicia, igualmente, sostuvo que el asesor le señaló que el ISS se acabaría por lo que no se podría pensionar, aunado a que no le explicó que el hecho de pensionarse a cualquier edad conlleva una afectación en el valor de la mesada y el bono pensional, adicionalmente, no le explicó las desventajas de trasladarse al RAIS y menos aún le informó que solo podía retornar al RPMPD antes de cumplir 47 años de edad.

Adujo que, ante esa información tan sesgada y parcializada suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A., siendo engañada, ya que su pensión en el RPMPD sería superior a la que obtendría en el RAIS. (Folios 57 a 67 - archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que la actora suscribió el formulario de afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, lo que valida su afiliación a ese régimen, pues decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, como consecuencia de la información que brindaron los asesores de la AFP que efectuó el traslado, sin que obre prueba tendiente a demostrar algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que propicie su invalidación.

Propuso como excepciones de mérito la de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Archivo 06).

Por su parte, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el traslado de régimen de la demandante es válido ya que brindó la información pertinente y necesaria para la toma de una decisión lo más informada posible de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, por la cual es improcedente la declaratoria de ineficacia que se reclama, ya que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen surgió con el Decreto 2071 de 2015, luego, no es posible que la demandante pretenda imponer cargas adicionales a esa

demandada que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP, máxime cuando no obra prueba de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación.

Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora NANCY RODRIGUEZ RODRIGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. la que se hizo efectiva a partir del 1º de marzo de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora NANCY RODRIGUEZ RODRIGUEZ nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora NANCY RODRIGUEZ RODRIGUEZ como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., ello significa que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, conforme a la motivado.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la señora NANCY RODRIGUEZ RODRIGUEZ, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. traslade los dineros que se encuentran en su cuenta de ahorro individual y los demás emolumentos señalados en el numeral tercero de esta decisión.*
>
> *QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.*
>
> *SEXTO: SIN condena en costas en la instancia."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se establecieron dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos y el traslado entre estos solo podía llevarse a cabo cada cinco (5) años, sin que fuera posible trasladarse antes de estar a diez años de la edad de pensión.

De otro lado, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual hace alusión a la información que deben suministrar los fondos a los usuarios, igualmente, refirió que como lo ha adoctrinada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la carga de la prueba es PORVENIR S.A. a quien le corresponde demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados en lo que respecta a las consecuencias favorables o desfavorables entre uno y otro régimen pensional en atención de la carga de la prueba reglada en el artículo 167 del C.G.P., entendida esta como una información clara, completa y comprensible sobre la trascendencia de su decisión, situación que no logró probar en el evento de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que con el formulario de afiliación no puede entenderse suplida esa carga probatoria.

Por ende, dispuso la devolución de saldos, incluyendo de manera indexada lo atinente a gastos de administración y declaró no probada la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. En la alzada manifestó que, si bien existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado por falta al deber de información, solo es aplicable de manera diferenciada y verificando las particularidades de cada caso, lo cual no sucede en el presente asunto, ya que la actora se afilió de manera libre y voluntaria a ese fondo, debiendo actuar con debida diligencia ante la información que en su momento suministró.

En cuanto a la devolución de los rendimientos adujo que los mismos debe entenderse como los que se ocasionarían en las reservas de COLPENSIONES, y no los del RAIS, tampoco es procedente devolver los gastos de administración y seguros previsionales, ya que no se encuentran en su poder y hacen parte de una erogación que deben efectuar los fondos privados, más aún cuando la actora ha estado afiliada a ese régimen por más de veinticinco años, y estuvo cubierta

frente a los riegos de invalidez y muerte. También solicita no se ordene la indexación las condenas, pues se están retornando los rendimientos financieros, los cuales son dineros actuales, pues tal condena, genera una doble condena por el mismo concepto, por tanto, solicita se revoque la sentencia de instancia y se absuelva de las condenas impuestas en su contra.

COLPENSIONES expuso en su recurso de alzada que la actora está inmersa en una imposibilidad legal de retornar al régimen que administra, ya que está a menos de diez años de la edad de pensión, y además para la época del traslado PORVENIR cumplió con el deber de información con la asesoría verbal que llevo a cabo y con la suscripción del formulario de afiliación, además no se estableció la falta a tal deber de las pruebas recaudadas en el plenario, entre ellas del interrogatorio de parte que depuso la gestora, por lo que solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito

su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

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

artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición,*

tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 10 de febrero de 1995 con PORVENIR S.A., la cual fue efectiva a partir del 1º de marzo de esa misma anualidad, como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 34 y 63 - archivo 08), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no*

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

Por otra parte, la promotora en el interrogatorio de parte que rindió señaló que en su lugar de trabajo se habían llevado a cabo unas reuniones en las que se daba una información muy general sobre los fondos de pensiones, los cuales hablaban sobre las bondades que ofrecían, entre ellas, una muy buena rentabilidad, además les dijeron que el Seguro Social se iba a acabar lo que ponía en riesgo en sus aportes, adujo que suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, pero no con una información veraz y completa.

Por su parte, el representante legal de la demandad PORVENIR S.A., expuso en su declaración que las obligaciones que le eran exigibles a esa administradora en el momento del traslado corresponden a la asesoría verbal y la firma del formulario de afiliación.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1995, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la

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

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

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

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

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

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

aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de

pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

De ese modo, luce acertada la decisión de la juez de primer grado de ordenar la indexación de los conceptos a los cuales se hizo alusión en la sentencia de primera instancia. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de septiembre de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **26 2021 00220 01**
Demandante:	LUDIBIA MARÍA SOLANO RODRIGUEZ
Demandado:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante LUDIBIA MARÍA SOLANO RODRIGUEZ en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 5 de octubre de 2022.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUDIBIA MARÍA SOLANO RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. a fin que se declare la nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. en el año de 1995, así como la realizada en PORVENIR S.A. en el año de 1999, como consecuencia de la falta de asesoría y deber de información por partes de estas AFP.

Por tal razón, disponer que, por efectos de las nulidades deprecadas, las cosas deben volver a su estado anterior y en tal sentido, ordenar el retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y a ésta última reactivar su afiliación.

Asimismo, ordenar a PORVENIR S.A. que por virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, devuelva a esta última todos los valores que hubiera recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que comenzó a realizar sus aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1 de febrero de 1992, cotizando un total de 164 semanas a través de CAJANAL administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (I.S.S.); posteriormente, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A., suscribiendo formulario de afiliación en mayo del año 1995.

Respecto de la afiliación efectuada en COLFONDOS S.A., manifestó que esta no estuvo precedida de una información veraz, oportuna, pertinente y objetiva, pues

le dijeron que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería reformado, incrementando los requisitos para acceder al derecho pensional respecto de los requisitos de edad y semanas cotizadas, que la tasa de reemplazo se reduciría y que en el régimen privado podría asegurar una pensión en mejores condiciones que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
Asimismo, indicó que se omitió por parte de la administradora ponerle de presente las características de ambos regímenes pensionales y sus diferencias, realizarle una proyección pensional en cada régimen, la manera en que podría acceder a una pensión de más de 1 SMLMV, la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida faltándole 10 años para pensionarse y la diferencia de cómo se obtiene una pensión en ambos regímenes pensionales.

Seguidamente, expuso que ante la información incompleta suministrada por el asesor de COLFONDOS S.A y la errada expectativa generada por el mismo, suscribió el formulario de afiliación pre impreso.

Frente a la afiliación realizada con PORVENIR S.A. en el año 1999, el asesor de entonces le informó que el fondo privado brindaba mejores condiciones, de ahí que haya realizado el traslado horizontal, pero destacando que ninguno de los fondos privados de los cuales hace referencia adelantó campañas de información, encuestas, proyecciones pensionales o cualquier tipo de acción que pudiera suministrar elementos suficientes para optar adecuadamente por un régimen pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas, argumentando que la vinculación del actor fue libre, voluntaria, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada como se aprecia en la solicitud de vinculación; a su vez refirió que la actora previo a la vinculación con PORVENIR S.A, estuvo vinculada a COLFONDOS S.A, y a sabiendas de ello realizó la vinculación con la entidad lo

que en su percepción la entidad encuentra la constitución de una manifestación inequívoca de su voluntad al mantenerse en dicho régimen.

De igual manera manifiesta que la entidad garantizó el derecho de retracto de la parte demandante como se dispone en artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 33800 del mismo año.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

A su turno COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones argumentando que la señora LUDIBIA MARIA SOLANO RODRIGUEZ realizó su traslado de conformidad con el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en esta oportunidad por el fondo de pensiones COLFONDOS S.A.

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

Por su parte, la accionada COLFONDOS S.A al contestar la demanda refirió que la señora LUDIBIA MARÍA SOLANO RODRIGUEZ se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección, al igual que los asesores comerciales brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se informó acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de

rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de junio de 2022 resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora **LUDIBIA MARÍA SOLANO RODRÍGUEZ** al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL PORVENIR** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL COLFONDOS** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***CUARTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante **LUDIBIA MARÍA SOLANO RODRÍGUEZ**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.*

***SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia los fondos de pensiones **PORVENIR y COLFONDOS**, a razón de un cincuenta por ciento (50%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma **de UN MILLÓN DE PESOS ($1'000.000).** "*

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia consideró en primer lugar que en el presente caso debe analizarse si el acto jurídico de traslado resulta ineficaz, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo, expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen, con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, debiendo ser analizado dependiendo el momento histórico en el que se realizó la vinculación y que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la información entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Descendiendo al caso en concreto, refirió que la aquí demandante se encontraba afiliada a la CAJANAL teniendo en cuenta que era empleada de la Rama Judicial, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, dicha caja hacía parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida toda vez que dicha disposición legal establece que CAJANAL sería administradora de dicho régimen respecto de sus afiliados.

Que por tal razón, la actora suscribió formulario de afiliación ante COLFONDOS S.A. y luego ante PORVENIR S.A. en el año de 1999, sin que del formulario de la primera AFP se desprenda alguna información de modo, tiempo y lugar, ni mucho menos la asesoría brindada al momento del traslado, aunado a que, del interrogatorio de parte rendido por la demandante, la misma no confesó haber recibido una asesoría clara sobre las características propias del régimen privado, por el contrario, indicó que no se le informó acerca de un capital mínimo, rendimientos, que sus cotizaciones irían a una cuenta individual, no le explicaron las diferencias sobre una pensión en cada uno de los regímenes pensionales, entre otros aspectos.

Por tal razón y ante la carga probatorio que le asistía a COLFONDOS S.A., no logró demostrar de que efectivamente en el año de 1995 hubiese realizado a la actora una asesoría clara, suficiente y oportuna sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, con todos sus efectos consecuenciales, sin que el traslado horizontal con destino a PORVENIR S.A. que efectuó a otro fondo convalide la falta de información que se debió suministrar al momento del traslado de régimen pensional.

En consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A., actual administrador pensional de la demandante, trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. En el mismo sentido, ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar los dineros descontados por conceptos de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, así como que dispuso que COLPENSIONES debía tener en cuenta las semanas cotizadas por la demandante.

Por último, declaró no probada la excepción de prescripción, condenando en costas a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación. Argumentó su alzada en el hecho que debe revocarse parcialmente la decisión de primer grado en el sentido que también debe condenarse en costas a la demandada COLPENSIONES.

Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 365 y 366 del C.G.P., toda vez que las costas del proceso corresponden a una decisión o sanción de carácter objetivo y le atañen a la parte vencida en juicio, de ahí que COLPENSIONES sea parte del proceso, quien una vez trabada la litis procedió a dar contestación de la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumento de defensa que no fue favorable a sus intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en

Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

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

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

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

a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no se aportó al plenario el formulario de afiliación que realizara la demandante con CONFONDOS S.A., pero a pesar de ello, del registro SIAFP se evidencia que en efecto su traslado ante dicha AFP ocurrió en el mes de diciembre de 1995 (Fl. 25 – PDF 15 – CONTESTACIÓN COLFONDOS S.A.). De otra parte, se aportó el formulario de afiliación que suscribiera la actora ante PORVENIR S.A. el 31 de mayo de 1999, última en la que se encuentra en la actualidad afiliada la demandante (Fl. 94 – PDF 08 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.).

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

De otro lado, en el interrogatorio de parte a la demandante tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informada, pues expresó que fue afiliada cuando un asesor de COLFONDOS S.A. se acercó donde laboraba y a través de una reunión grupal de aproximadamente 30 personas le manifestaron que sería más benéfica su pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, adicional a que, no se le precisó acerca de rendimientos, el bono pensional, requisitos específicos de la pensión de vejez en el régimen privado, rendimientos, entre otras situaciones, lo que advierte la falta de información y buen consejo, carga que le correspondía demostrar a COLFONDOS S.A. al tenor de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En este punto, también pone de presente la Sala que, si bien la aquí demandante señora LUDIBIA MARÍA SOLANO RODRÍGUEZ es abogada y trabaja en la Rama

Judicial en el cargo de Oficial Mayor en un Juzgado Penal, dicho tópico no es óbice para omitir el cumplimiento del deber de información para el año de 1995, aspecto último que como ya se enunció, no fue demostrado.

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

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

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1995, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente al estudio en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se verifica que frente a los fondos administradores de pensiones COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A, al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión. Por lo tanto, se protege en clara medida la estabilidad económica de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia,

Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y*

gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el

restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

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

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

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

De otra parte, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte actora, frente a la absolución a la demandada COLPENSIONES de condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

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

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a recibir los dineros producto de la declaratoria de la ineficacia del traslado, y se dispuso que debe afiliar al actor al régimen que administra y actualizar la historia laboral de éste; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera a cargo de COLPENSIONES, pues se itera, fue vencida en juicio, en tal sentido se adicionará el numeral sexto de la sentencia de primer grado.

Así las cosas, se adicionará la orden emitida en primera instancia. Sin **COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2022 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, entendiendo esto, el periodo en el cual estuvo afiliada a COLFONDOS S.A.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma manera, deberá proceder la demandada COLFONDOS S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.

TERCERO: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR en costas de primer grado a COLPENSIONES de conformidad con los argumentos expuestos.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **26 2021 00232 01**
Demandante:	ELVIRA MARCELA PINZÓN MÉNDEZ
Demandados:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ELVIRA MARCELA PINZÓN MÉNDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó el 25 de noviembre de 1998 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., e igualmente, se declare ineficaz el traslado horizontal que efectuó a la administradora de pensiones PROTECCIÓN S.A. el 31 de marzo de 2005..

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES todos sus aportes, junto con los respectivos intereses y gastos de administración, asimismo, se condene a COLPENSIONES a recibir tales rubros y a tenerla válidamente afiliada al régimen que administra; igualmente, solicita se condene a las encartadas a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que nació el 1º de marzo de 1961 y que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del Instituto de Seguros Sociales, en donde cotizó un total de 297 semanas. De otra parte, expuso que el 25 de noviembre de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. mediante el formulario No. 6874908, e igualmente el 31 de marzo de 2005 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Agregó, que el 21 de diciembre de 2020 radicó derechos de petición ante PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., solicitando se le suministrara información y documentación sobre su trasladado a esos fondos de pensiones; señalando que en la misma fecha solicitó a COLPENSIONES la ineficacia de su traslado de régimen, petición que fue denegada por esa entidad.

Seguidamente, indicó que PROTECCIÓN S.A. en la respuesta que brindó a su petición adujo que no contaba con documentación que soportara la información brindada a la afiliada sobre las consecuencias del traslado y que su mesada en el RAIS sería de $1.676.102. Por su parte, COLFONDOS S.A. señaló igualmente que no contaba con soportes de la información brindada a la demandante al momento de su traslado y las consecuencias de este.

Así las cosas, señala que COLFONDOS S.A. no desplegó ninguna actividad de asesoramiento, que le permitiera tomar una decisión libre y voluntaria de

trasladarse al régimen de ahorro individual, situación que persistió con la demandada PROTECCIÓN S.A., siendo más favorable la mesada que obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. (Archivo 01).

Habiendo sido designada por reparto las presentes diligencias al JUZGADO VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, el titular de ese estrado judicial se declaró impedido para conocer el asunto, siendo remitido al JUZGADO VEINTISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ el cual asumió el conocimiento y admitió la demanda. (folios 192 a 193 archivo 01 y folios 1 y 1 a 2 archivos 02 y 07).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, sosteniendo que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, informando sobre las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Por tanto, las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico y fáctico, pues no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a ese fondo se realizó bajo algún vicio del consentimiento, pues la suscripción del formulario de vinculación demuestra que el traslado se surtió de manera libre y voluntaria.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Archivo 10).

La demandada COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el *petitum*, indicando que la actora realizó su

traslado de acuerdo con lo normado en el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, esto es, en ejercicio a su derecho de libre escogencia de régimen, prefiriendo el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS, además, refirió que esa entidad se encuentra imposibilitada para recibir a la gestora ya que se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993

Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (Archivo 11).

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

Como excepciones, formuló las 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Archivo 13).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de agosto de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante ELVIRA MARCELA PINZÓN MÉNDEZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO: CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS a trasferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración, durante el tiempo que la actora estuvo afiliada ha dicho fondo pensional.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas*
>
> *SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PROTECCIÓN y COLFONDOS (…)."*

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia consideró en primer en el presente caso debe analizarse si acto jurídico de traslado resulta ineficaz, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen, con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, debiendo ser analizado dependiendo el momento histórico en el que se realizó la vinculación y que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la información entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Descendiendo al caso en concreto, enuncia que se encuentra el formulario de afiliación de la actora a COLFONDOS S.A., sin embargo, del mismo solamente se extraen sus datos personales, sucediendo lo mismo con el formulario de afiliación a SANTANDER. Aunado a que, del interrogatorio de parte, si bien se extrae que le informaron lo pertinente al bono pensional, lo cierto es, que de esa manifestación no se deprende confesión alguna sobre una debida información del parte del fondo privado, máxime cuando la información que refiere conocer del bono pensional, no es acorde con la ley.

Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información por parte de COLFONDOS S.A. al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, con todos sus efectos consecuenciales, sin que el traslado horizontal que efectuó a otro fondo convalide la falta de información que se debió suministrar al momento del traslado de régimen pensional. En consecuencia, ordenó a PROTECCION trasladar a COLPENSIONES los aportes de la actora, junto con sus rendimientos, sin efectuar descuentos por concepto de gastos de administración, igualmente COLFONDOS debe remitir al fondo público los gastos de administración que descontó a la actora durante su afiliación a esa administradora. Por último, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas y agencias en derecho a los fondos privados.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue adversa a los intereses de COLPENSIONES, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben*

suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 25 de noviembre de 1998, con COLFONDOS S.A., efectiva a partir del 1º de enero de 1999 como se aprecia de la certificación del SIAFP (folio 92 archivo 10), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la promotora en la declaración de parte que depuso señaló, que en el sitio donde trabajada llevaron a cabo una reunión en donde les suministraron una información general sobre la posibilidad de trasladarse de fondo, indicando ventajas muy generales, entre las que se le dijo que iba a tener un bono pensional además de la pensión, información por la cual se produjo su traslado a COLFONDOS; en cuanto a su traslado a SANTANDER señaló que fue producto de otra reunión en donde en la que le informó que iba a obtener mejores beneficios, y que además algunas personas comentaban que era mejor ese fondo.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia, **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, entendiendo con esto, incluido el periodo en el cual estuvo afiliada la actora a ING.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder la demandada COLFONDOS S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora, conforme se indicó en el numeral tercero de la sentencia de instancia.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **27 2018 00498 01**
Demandante:	OLGA PATRICIA VALCARCEL VEGA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA, identificado con cédula de ciudadanía 1.032.360.658 y T.P. 198.680 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La Señora OLGA PATRICIA VALCARCELVEGA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCION S.A, con la finalidad que

se declare la nulidad del traslado efectuado del Régimen con Prima con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., así como la nulidad de todos los traslados efectuados entre las distintas AFP del régimen privado.

Que se declare que siempre estuvo válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de COLPENSIONES, así como que no se surtieron efectos legales y jurídicos por el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidad por intermedio de PROTECCIÓN S.A.

Por último, que se condene a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual y pago de costas procesales a las encartadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que inició sus cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 18 de noviembre de 1986 por intermedio del antiguo ISS, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 23 de octubre de 1999.

Que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se efectuó en debida forma, como quiera que no le fueron proporcionadas las respectivas ilustraciones y/o informaciones que deben proveerse a un individuo al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional, tales como los cálculos y proyecciones respecto de su futuro pensional, más las implicaciones que conllevaban el mismo, por lo que no existió una información clara, completa y fehaciente sobre las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio, de allí que la filiación no debe producir efecto alguno.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que la demandante con fundamento en el principio de la libre

escogencia entre regímenes pensionales consagrado en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la actora decidió efectuar el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. tal como se advierte del certificado de afiliación que se aporta, teniendo como fecha de efectividad del mismo el 1 de octubre de 1995, traslado que goza de plena validez atendiendo los preceptos normativos que regulan la materia.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

PROTECCION S.A al contestar la demanda indicó que la OLGA PATRICIA VALCACEL VEGA fue revestida de una asesoría clara, completa y oportuna respecto a todo el sistema general de pensiones colombiano, donde se le explicaron las características de ambos regímenes pensionales, sus diferencias, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado para que la misma pudiera tener claridad respecto del panorama pensional, cumpliendo así el requisito exigido por la ley.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

En el transcurrir del trámite procesal, más exactamente en proveído calendado el 5 de septiembre de 2019, el Juzgado *a-quo* vinculó a PORVENIR S.A., quien luego de notificada no allegó contestación, lo que conllevó a que en auto del 9 de septiembre de 2022 se tuviese por no contestada la demanda (Fls. 85 a 86 y 235 a 236 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de octubre de 2022, resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora OLGA PATRICIA VALCARCEL VEGA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. efectuado el 15 de septiembre de 1995 y los que posteriormente efectuó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS –PORVENIR S.A. el 29 de enero de 1999 y a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. el 22de octubre de 1999, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora OLGA PATRICIA VALCARCELVEGA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS –PORVENIR S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora OLGA PATRICIA VALCARCELVEGA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las sumas provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS –PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada y descapitalización del sistema pensional, formuladas por COLPENSIONES, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación formuladas por PORVENIR y las de prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, 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, formuladas por PROTECCION conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

***SEXTO: CONDENAR** a las demandadas PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de $1'000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor delademandante."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a PROTECCIÓN S.A. ante su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, ni tampoco cuando el 22 de octubre de 1999 volvió a afiliarse a esa entidad luego de estar afiliada en PORVENIR S.A., como quiera que no obra dentro del plenario constancia alguna que le hubiese informado a la demandante sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas; por el contrario, la única prueba con que PROTECCIÓN S.A. pretende demostrar la debida información es la suscripción del formulario de afiliación, documental que no permite auscultar una asesoría correcta en los términos expuestos por el órgano de cierre.

Que de otra parte, como lo expuso la demandante en el interrogatorio de parte rendido, no recibió ningún tipo de asesoría, sino que se limitó simplemente a suscribir los formularios que le fuesen entregados por su empleador sin acompañamiento de ninguna persona de PROTECCIÓN S.A., carga probatoria que tampoco probó PORVENIR S.A. cuando la actora llevó a cabo el traslado horizontal, aspectos todos por lo que goza de prosperidad la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada que no es procedente la ineficacia de la demandante, toda vez que en el transcurrir del proceso se logró demostrar el supuesto engaño a la demandante respecto de las AFP, así como la falta de información al momento de la asesoría.

Que el confrontarse los formularios de afiliación suscritos por la actora bajo la gravedad de juramento, en los mismos se encuentran la manifestación expresa de el traslado se llevó a cabo por voluntad propia, de allí que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevase a cabo con el lleno de los requisitos legales, por lo que resulta inoperante el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en tal sentido, la decisión de primer grado habrá de revocarse en su integridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso,

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos*

pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos*

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron los formularios de afiliación que suscribiera la demandante en inicio el 15 de septiembre de 1995 ante la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., luego ante PORVENIR S.A. el 29 de enero de 1999 y nuevamente ante COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 22 de octubre de 1999 (Fls. 143 a 144 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITALIZADO, fl. 70 - PDF 03 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante indicó en su interrogatorio de parte que para e. año de 1995, el empleador de entonces le hizo suscribir ciertos documentos, encontrándose allí el formulario de afiliación de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., pero sin que sobre dicha suscripción, si quiera hubiese estado un asesor de esa administradora pensional que le informara acerca de las ventajas, desventajas y demás aspectos que contuviesen una asesoría de las características de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1995, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*" contrario a lo sostenido por COLPENSIONES en su apelación.

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

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

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

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo*

de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a la demandada PROTECCION S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma manera, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **28 2020 00383 01**
Demandante:	OMAIRA DEYANIRA MORENO PEDRAZA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora OMAIRA DEYANIRA MORENO PEDRAZA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la nulidad del traslado que realizara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidad a partir del 1º de octubre de 1998 por intermedio de PORVENIR S.A., por ende, al retrotraerse las cosas a su estado inicial, se le ordene a COLPENSIONES que la incluya nuevamente en el régimen público.

Asimismo, se le ordene a COLFONDOS S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero que por cualquier concepto posea en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, entro otros, junto con la totalidad de los rendimientos que se hubieren causado, lo que resulte probado de marea *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que estuvo afiliado al antiguo ISS desde el 1º de marzo de 1982, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de octubre de 1998 por intermedio de PORVENIR S.A., sin que para ese momento hubiese sido asesorada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen privado, los beneficios, riesgos, desventajas, inconvenientes de dicho régimen y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones.

Que PORVENIR S.A. no le asesoró respecto al régimen que más le convenía teniendo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando, entre otros factores desinformativos. Por otra parte, indicó que en la actualidad se encuentra afiliada a COLFONDOS S.A.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la información suministrada a la demandante por parte de los asesores consistió en cada una de las características que trata el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, suministrándosele para ello una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del régimen privado, siendo finalmente la afiliada quien decide vincularse o no de forma libre, voluntaria e informada.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES contestó la demanda manifestando que el traslado de la demandante se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de Ahorro Individual e igualmente allí cambió de AFP, lo que implica que existe una ratificación tácita de conformidad con lo establecido en el artículo 1754 del Código Civil, puesto que aceptó las condiciones que hacen parte de ese régimen, adicional a que, el Decreto 2255 de 2010 en su artículo 2.6.10.1.4. determinó que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Pensiones estar pendiente de su estatus pensional, máxime cuando el afiliado no puede trasladarse de régimen faltándole menos de diez años para cumplir la edad a fin de acceder al derecho pensional.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia afectación por protección judicial – SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la victima / afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada y buena fe.

COLFONDOS S.A. expuso que suministró a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el de Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, entre otros aspectos.

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 COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **OMAIRA DEYANIRA MORENO PEDRAZA** al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de octubre de 1998, por intermedio de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por **COLPENSIONES**, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora **OMAIRA DEYANIRA MORENO PEDRAZA** identificada con C.C. 51.697.259 a **COLPENSIONES**.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> ***QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a cargo de las demandadas **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** Se señalan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.*
>
> ***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, **CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de **COLPENSIONES**."*

Para arribar a dicha conclusión, adujo la *a-quo* que estaba probado el traslado que realizó la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de pensiones PORVENIR S.A. De otro lado, expuso que el presente caso, debe abordarse bajo la institución de la ineficacia, según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de

Justicia, Sala de Casación Laboral, sin que lo pueda ser a través del régimen de las nulidades, pues resulta desbordado pedir al afiliado que demuestre el vicio en el consentimiento a través de error, la fuerza o el dolo.

Acorde con lo anterior, a las AFP les corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, realizó un recuento de las pruebas aportadas, concluyendo que no se demostró el deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso la demandante, no manifestó recibir tal información, luego, no se cumplió con dicha carga probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió en el traslado inicial de régimen, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de PORVENIR S.A. dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliada en la actualidad. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que los argumentos esgrimidos por la falladora de instancia no tienen en cuenta algunas reglas aplicables dentro de las relaciones contractuales, por lo que debe analizarse en primera medida las obligaciones del trabajador conforme al Decreto 2241 de 2010, presentándose en el presente asunto el silencio del consumidor financiero en el tiempo al no tener una adecuada atención y revisión de su negocio jurídico, así como la relación legal que tenía la demandante en el fondo privado, máxime si como entidad es un sujeto externo al negocio jurídico celebrado entre la actora y la AFP, de ahí que no pueda verse afectada en tener que recibir la carga prestacional pues que tal aspecto

generaría una afectación a la estabilidad financiera en el tiempo. Asimismo, indicó que debe valorarse la responsabilidad objetiva que se le endilga.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron los formularios de afiliación que efectuara la actora a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. el 31 de agosto de 1998 y el 18 de octubre de 2013 respectivamente (Fls. 16 y 24 – PDF 002 ANEXOS DEMANDA y fl. 46 – PDF 09 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante en el interrogatorio de parte que rindió señaló que estando vinculada laboralmente en el año 1998 ante SEGUROS BOLIVAR, los asesores de PORVENIR S.A. le solicitaron la suscripción del formulario de afiliación, el cual por demás ya se encontraba previamente diligenciado por dichos asesores, pero sin que se le hubiese suministrado asesoría alguna sobre los pormenores de cada régimen pensional. De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, *a contrario sensu* a lo aducido por COLPENSIONES en su disenso.

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

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

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

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

pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera que alega COLPENSIONES en su impugnación al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de

muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se*

desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora, por el traslado de administradora que realizó a COLFONDOS S.A.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **28 2021 00071 01**
Demandante:	GABRIEL ALBERTO ESCOBAR CHAVES
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GABRIEL ALBERTO ESCOBAR CHAVES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare ineficaz o nulo el traslado que efectuó el 9 de julio de 1999 del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A.

En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A, traslade a COLPENSIONES los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses que se encuentren en su cuenta individual de

ahorro; además, se ordene a COLPENSIONES acepte su traslado, junto con los dineros producto de los conceptos antes referidos. Finalmente, solicita se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y se efectúen las demás declaraciones y condenas que de oficio se encuentren probadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que nació el 24 de febrero de 1961, e inició su vida laboral el 3 de febrero de 1988, afiliándose a pensiones al régimen de prima media administrado por el ISS hoy COPENSIONES, donde alcanzó 350 semanas.

Expuso, que en 1999 se presentaron en la oficina donde laboraba asesores de PORVENIR S.A., los cuales en una reunión grupal les dijeron que el ISS desaparecería y sus aportes se perderían, que en ese fondo recibirían mayores beneficios a los que obtendrían en el régimen de prima media, ya que podrían acceder a la pensión a una edad anticipada y el monto de su mesada sería superior a la que recibiría en el ISS; con tales argumentos y confiado en la asesoría brindada por los asesores de PORVENIR S.A., diligenció y suscribió el formulario de afiliación a ese fondo.

Adujo que según reporte expedido por PORVENIR S.A. el 11 de febrero de 2019, acredita un total de 1.370 semanas, a su vez, en simulación pensional que realiza el fondo, a la edad de 62 años y con 1405 semanas, obtendría una pensión de $877.803, entre tanto, en una proyección que efectuó, en el régimen de prima media con prestación definida su mesada con el promedio de los últimos diez años ascendería a $1.679.223.

En esa medida, es evidente que la asesoría brindada por el fondo privado no estuvo precedida de suficiente información, y menos de real consentimiento, pues de haber conocido las características de cada régimen no se hubiese afiliado al régimen de ahorro individual. En últimas, relató que solicitó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES autorizaran su retorno al régimen de prima media con prestación definida, pedimento que fue denegado. (Fls. 1 a 14 archivo 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, indicando que la presente acción se incoa con el fin de obtener beneficios económicos, además el traslado se encuentra ajustado a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dado que el actor prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual, donde a su vez se trasladó a otra AFP, ratificando tácitamente su intención de permanecer en ese régimen, perfeccionando el acto ineficaz, además es su deber legal del afiliado estar pendiente de su estatus pensional, a lo que se suma que el gestor se encuentra en la prohibición legal de traslado de régimen.

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica. (Archivo 08).

Por su parte, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y completamente informada, ya que recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, adicionalmente, indica que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso 4º del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010.

Como excepciones formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor GABRIEL ALBERTO ESCOBAR CHAVEZ identificado con C.C. 79.202.536 al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de septiembre de 1999, por intermedio de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor GABRIEL ALBERTO ESCOBAR CHAVEZ identificado con C.C. 79.202.536 a COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral.*
>
> *CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> *QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que estaba probado que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por ISS, y que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. De otro lado, expuso que el presente caso, debe abordarse bajo la institución de ineficacias, según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sin que lo pueda ser a través del régimen de las nulidades, pues resulta desbordado pedir al afiliado que demuestre el vicio en el consentimiento a través de error, la fuerza o el dolo.

Acorde con lo anterior, a la AFP les corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si

brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, realizó un recuento de las pruebas aportadas, concluyendo que no se demostró el deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso la demandante, no manifestó recibir tal información, luego, no se cumplió con dicha carga probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió en el traslado inicial de régimen, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de PORVENIR S.A. dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliado el actor en la actualidad. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES manifestó su disenso frente a la sentencia de primer grado, al respecto adujo que la sentencia de primer grado no tuvo en cuenta las obligaciones legales que tenía el trabajador de acuerdo con los establecido en el Decreto 2241 de 2010, al no tener una adecuada atención y revisión de sus negocios jurídicos, al no poderse trasladar al régimen de prima media con prestación definida en el tiempo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. De la misma forma, mencionó que es un agente externo a tal negocio por lo que no puede que verse afectado al recibir al actor, pues ello genera una afectación a la estabilidad financiera del régimen que administra; sin que se pueda exigir documentación diferente a la que se aportó al plenario, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el

cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aporta el formulario de afiliación que efectuó el actor el 9 de julio de 1999, con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de septiembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 38 y 44 - archivo 10), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el actor en la declaración de parte que depuso señaló que su traslado de régimen obedeció a que cambió de empleador, el cual ya tenía un fondo de pensiones que era HORIZONTE, al que fue afiliado después de entregar sus documentos para la contratación, también narro que firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, pero no recibió información.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le

asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*" contrario a lo sostenido por COLPENSIONES en su apelación.

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

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

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

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

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra*

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

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

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

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo

de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las

partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del*

traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	11001 31 05 **028 2021 00170 01**
Demandante:	EFRAIN FRANCISCO TORRENTE NARVAEZ
Demandado:	UGPP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

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

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

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

Que su derecho pensional de carácter convencional fue adquirido con anterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 que lo cobija, fue suscrita el 15 de abril de 1998, de ahí que le asista el derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14, desde la fecha en que cumplió 55 años de edad, esto es, el 24 de septiembre de 2006.

En virtud de lo anterior, se condene a la encartada a restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada 14 que se causó desde el junio de 2009 y a futuro, junto con la correspondiente indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

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

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

el 27 de junio de 1999, calenda para la cual se le despidió, y que se hizo exigible al cumplimiento de los 55 años, esto es, el 24 de septiembre de 2006.

Agregó, que la CAJA AGRARIA emitió la Resolución No. 04987 del 26 de diciembre de 2006 por medio de la cual le reconoció una pensión de jubilación convencional a partir del 24 de septiembre de 2006, pagando una primera mesada pensional en cuantía de $921.179.01, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, el cual ascendió a la suma de $1.228.238.68. Igualmente, mediante Resolución No. 06230 de 24 jun 2008, indexó la pensión de jubilación convencional, elevando la cuantía inicial a la suma de $1.451.188,18, junto con el reconocimiento y pago de la mesada 14; mesada adicional que fue suspendida en junio de 2009, sin que mediara orden del pensionado ni judicial,

Finalmente, expuso que agotó la reclamación administrativa ante la entidad demandada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP contestó la demanda, indicando que no se oponía a las pretensiones declarativas relacionadas con los servicios que prestó el promotor a la extinción de la Caja Agraria, y el reconocimiento pensional de orden convencional que le fue concedido; empero, adujo que aunque se haya efectuado tal reconocimiento, la fecha de efectividad de dicha prestación pensional fue desde que el actor acreditó su estatus como pensionado, esto es, desde el 24 de septiembre de 2006, por ende, no cumple con los requisitos que la norma exige para el reconocimiento de la mesada 14, ya que no acredita las condiciones establecidas en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de agosto de 2022, declaró que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce, a partir de julio del año 2008, en consecuencia, condenó a la accionada a reconocer y pagar a favor del demandante las mesadas catorce o adicionales de junio, causadas a partir del 2 de febrero de 2018, de manera indexada. Igualmente, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción a partir del 2 de febrero de 2018, y no probada la de inexistencia de la obligación, autorizó descontar del retroactivo, el porcentaje correspondiente a aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud y condenó en costas y agencias en derecho a la demandada.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* que, no fue objeto de controversia la prestación de servicios de parte del demandante a la Caja Agraria y el estatus pensional ostentado por la demandante, pues le fue reconocida pensión de jubilación convencional desde el 24 de septiembre de 2006, prestación que se causó al momento del retiro que lo fue el 27 de junio de 1999, quedando condicionada al cumplimiento de la edad pactada en la Convención Colectiva de Trabajo.

Acotando que para la fecha de liquidación de la Caja Agraria, esto es, el 19 de noviembre de 1999, el demandante contaba con 48 años de edad, es decir, que no contaba con los 55 años exigidos por la Convención, adicionalmente, recordó que el retiro del actor, tuvo lugar el día 27 de junio de 1999 y que ingresó a la laborar el 25 de mayo de 1979, acumulando así con tal de 20 años y 53 días, por ende, aunque la entidad no se opuso al reconocimiento de las prebendas

convencionales, es claro que el derecho pensional se causó en junio de 1999, sin embargo, la exigibilidad estaba sujeto al cumplimiento de la edad, lo cual ocurrió el 24 de septiembre del año 2006.

Así, argumenta la entidad que el promotor no tenía derecho la mesada adicional o mesada catorce, dado que el reconocimiento pensional lo fue a partir de 24 de septiembre de 2006, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y además, al devengar más de tres salarios mínimos, como producto de la indexación de la mesada para el años 2008, ello, impide el pago de dicha mesada.

De ese modo, trajo a colación el inciso 8º del Acto Legislativo 01 de 2005 y el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del citado Acto Legislativo, para concluir que el gestor tenía derecho, pues el derecho pensional se causó el 27 de junio de 1999 y el cumplimiento de la edad solo era un requisito de exigibilidad; además, no era relevante el hecho que el valor de la mesada superara los tres salarios mínimos mensuales vigentes, dada la fecha de causación, lo que sustentó en lo expuesto en sentencia SL525 de 2022.

En esa medida, expuso que el pago de la mesada catorce procedía desde el año 2008, sin embargo, había operado el fenómeno prescriptivo el 2 de febrero de 2018, por ende, la accionada debía pagar dicha mesada adicional desde el mes de julio de 2018 y en adelante debidamente indexada, autorizando el descuento de los aportes al sistema integrar de seguridad social en salud sobre el correspondiente retroactivo. Finalmente, declaró probada de manera parcial la excepción de prescripción y no probada la de inexistencia de la obligación, y condenó en costas a la pasiva.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la UGPP presentó recurso de apelación. Expuso en la alzada que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 estableció la mesada catorce (14) para los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, la cual se cancela en junio de cada año; además, el parágrafo 1° del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, establece que el tope para que proceda dicho pago, refiere a los quince (15) S.M.M.L.V.

A su vez, el Acto Legislativo 01 del 22 de julio del año 2005 que modificó la ley 100 de 1993, estableció que quienes pueden acceder a dicha mesada son los que hayan acreditado el estatus pensional antes del 29 de julio de 2005, y para quienes lo acrediten con posterioridad al 29 de julio del año 2005 y antes del 31 de julio de 2011, deben devengar menos de tres (3) S.M.M.L.V. a la fecha de efectividad de la mesada pensional.

Luego, son acreedores al pago de la mesada catorce (14) las personas que hubiesen adquirido el estatus pensional antes del 29 de julio de 2005 y aquellas personas que con posterioridad a esa fecha y antes del 31 de julio de 2011, lo hayan adquirido, además, deben percibir una mesada pensional igual o inferior a tres (3) S.M.M.L.V., por ende, siendo la mesada del actor a la fecha de efectividad, es decir, al el 24 de septiembre del año 2006, superior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, no hay lugar a su reconocimiento.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el tema objeto de controversia, hay que precisarse que no fue objeto de reproche que al aquí demandante le fue reconocida una pensión de jubilación de carácter convencional a partir del 24 de septiembre de 2006 en cuantía inicial de $921.179.01, ello por cuanto, fue beneficiario de dicha prestación en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 que suscribiera la extinta CAJA AGRARIA y el Sindicato SINTRACREDITARIO, conforme lo acredita la Resolución DP 04987 del 26 de diciembre de 2006 (Fls. 17 a 20 archivo 01).

Tampoco el hecho que, a través de Resolución No. 6230 del 24 de junio de 2008, le fue reliquidada la pensión al actor con ocasión de petición que elevara; circunstancia por la cual, se dispuso que su primera mesada pensional ascendería a la suma de $1.451.186.18, la cual ajustada al año 2008 ostentaba un valor de $1.602.471.06. (Fls. 40 a 43 archivo 12).

En igual sentido, según se desprende de la certificación de pagos emanada por el FOPEP, que la última mesada adicional percibida por el actor - mesada 14, fue cancelada para el mes de junio de 2008. (Fls. 30 a 33 archivo 01).

Ahora bien, como ya se adujo, la controversia en el *sub-lite* gravita en torno a que según el actor como consecuencia de la reliquidación que efectuara la encartada mediante la Resolución No. 06230 del 24 de junio de 2008, suspendió de manera unilateral el pago de la mesada 14.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Así las cosas, en el evento del demandante la causación del derecho sucedió el 27 de junio de 1999, tal y como obra en la Resolución 04987 del 26 de diciembre de 2006, por medio de la cual la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACION reconoció la pensión de jubilación convencional. Por

ello, es que al haber causado el derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, este no puede ser permeado por sus disposiciones e interpretaciones, pues si bien el reconocimiento de la pensión fue el 24 de septiembre de 2006, resultado de haber cumplido la edad requerida en la norma convencional, el derecho pensional ya había sido causado y por tanto adquirido el 27 de junio de 1999, argumento que valida la misma jurisprudencia recogida en esta oportunidad más precisamente sobre la procedencia de la mesada adicional de junio:

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

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

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

Respecto del momento en que se le debe restituir el pago de la mentada prerrogativa, es pertinente señalar que obra en el expediente el certificado expedido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional-FOPEP (Fls. 30 a 33 archivo 01), el cual contiene los periodos en los que se pagaron las mesadas pensionales reconocidas desde 2007, incluida la mesada 14, última que se vino cancelando en debida forma hasta el año 2008, pero suspendiéndose para pago a partir del año 2009; circunstancia por la cual es menester su reactivación, en ese sentido, la sentencia de primer grado será modificada, en tanto, dispuso que el reconocimiento de dicha mesada procedía desde el mes de julio de 2008. Autorizándose a la entidad demandada a descontar del retroactivo pensional, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tal como lo dispuso la *a-quo*.

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

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

> "*En su lugar, dicho monto debe ser indexado a la fecha del pago, toda vez que, según se explicó en la providencia CSJ SL815-2021,*

[…] tal corrección monetaria pretende impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario, en procura de que la obligación se satisfaga de manera completa e integral (SL359-2021).

[…]

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

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

Ahora bien, en cuanto a la excepción de prescripción de mesadas que propuso la encartada se declarará probada de manera parcial, en la medida en que la pensión de jubilación convencional le fue reconocida al promotor de la litis mediante la Resolución No. 04987 del 26 diciembre de 2006, a partir del 24 de septiembre de 2006, la cual fue reliquidada a través de la Resolución No. 06230 de 24 junio de 2008; y la mesada catorce dejó de sufragarse desde junio de 2009, radicándose reclamación ante la encartada UGPP el 2 de febrero de 2021 (Fls. 24 a 29 archivo 01), y la presente acción fue impetrada el 4 de abril de este mismo año (Archivo 02); es decir, que la mesadas adicionales o mesada catorce causadas con anterioridad al 2 de febrero de 2018, se encuentra permeadas por el fenómeno prescriptivo de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., en esa medida, es claro como lo concluyó la juez de primer grado que el pago de la dicha mesada procede desde el mes de junio de 2018.

Finalmente, como ya se expuso se deberá modificar el numeral primero de la sentencia confutada, a efectos de establecer que la reactivación opera desde el mes de junio de 2009. **COSTAS** a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de establecer como la fecha en que se debe restituir el pago de las mesadas adicionales de junio, o mesada 14, es desde el mes de junio de 2009, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia bajo estudio.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fija como valor de agencias en derecho a cargo de la parte demandada la suma de 1 SMLMV, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **30 2019 00589 01**
Demandante:	OSCAR LEÓN LEÓN
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor OSCAR LEÓN LEÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., dado que no recibió información clara y puntual sobre las implicaciones del traslado.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES sus aportes junto con los respectivos

rendimientos y los gastos de administración que se hayan ocasionado por dicho traslado y a su vez que COLPENSIONES lo reciba en el régimen que administra, para que sea esa entidad quien reconozca su pensión de vejez en mejores condiciones.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que estuvo afiliado en el RPMPD por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 3 de septiembre de 1988 al 31 de diciembre de 1998 y que posteriormente, sin más información sobre los beneficios y perjuicios que le acarrearía un traslado de régimen pensional, se trasladó a partir del 1º de abril de 1999 al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A.

Relató que solicitó al fondo privado una proyección de su mesada pensional, lo cual fue denegado por PROTECCIÓN aduciendo que solo era posible suministrar es información cuando alcanzara la edad de pensión, por lo logró establecer a través de un actuario, que su pensión en el RAIS sería sobre un salario mínimo mensual legal vigente mientras que en el RPMPD sería de $1.300.000 sobre un IBC de $2.000.000.

Agregó, que el 7 de septiembre de 2026 cumple 62 años, en esa medida el 14 de marzo de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, el cual fue denegado por la entidad, procediendo de la misma forma ante PROTECCIÓN S.A. el 15 de marzo de 2018, pedimento que igualmente fue denegado por la administradora de pensiones del RAIS. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que no es posible declarar la ineficacia que reclama el actor, dado que obran en el plenario pruebas suficientes que permiten colegir que su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, además el asesor suministro información clara y precisa sobre las consecuencias que le implicaba el traslado, además el desconocimiento de la ley no sirve de

excusa, máxime cuando el actor se encuentra inmerso en una prohibición legal que impide su retorno a esa administradora.

Propuso las excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (Archivo 05).

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

Como excepciones, formuló las 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que realizara el demandante señor OSCAR LEON LEON, identificado con cédula de ciudadanía No.79.327.104, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su momento por la AFP COLMENA, luego por*

la AFP ING hoy PROTECCION S.A., traslado que fue efectuado a partir del 1° de abril de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar válidamente vinculado al demandante señor OSCAR LEON LEON al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia.

TERCERO: Condenar a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, seguros previsionales y demás valores recaudados por el lapso en que permaneció en dicha administradora, esto es, desde el 1° de abril de 1999 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Condenar en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A."

Para arribar a dicha conclusión, el juzgador de instancia expuso en síntesis que las pretensiones de la demanda deben abordarse desde el régimen de las ineficacias y no de las nulidades, siendo la primera la consecuencia de la falta al deber de falta de información por parte del fondo de pensiones, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL 12136 de 2014, más adelante señaló que en sentencia SL 1688 de 2019, se indicó que el deber de información surgió desde el inicio de la creación del régimen de ahorro individual con solidaridad y la carga de la prueba obra a favor del afiliado, de modo que son los fondos los que deben probar que suministraron una debida información, lo que no se prueba con el formulario de afiliación.

Así las cosas, señaló el *a-quo* que en el caso de marras no se probó el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, pues no le

indicó al actor las ventajas y desventajas y características de ambos regímenes pensionales, ni menos aún se evidencia un acompañamiento durante su permanencia en el fondo privado, lo que se colige además con la declaración de parte que vertió el promotor el cual fue categórico en señalar que si hubiese sabido que no se podía pensionar anticipadamente no se hubiera trasladado.

Bajo tal escenario, declaró la ineficacia del traslado con la consecuente devolución de los emolumentos que integran la cuenta de ahorro individual, así como los rendimientos financieros sin descontar suma alguna por los conceptos de gastos de administración, los que deben retornar debidamente indexados, además declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la accionada PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES manifestó su disenso frente a la sentencia se primer grado, solicitando se modifique, y en su lugar se condene a la AFP PROTECCIÓN a regir la afiliación de la demandante conforme a las reglas del régimen de prima media con prestación definida, si se confirma que existió omisión en su deber de información, ello teniendo en cuenta el daño que se genera a esa entidad en casos como el presente, pese a no tener injerencia en el acto de traslado.

De esa forma, se puede implementar una nueva línea jurídica que redireccione las condenas en los procesos de ineficacia, lo cual afecta gravemente las finanzas de esa administradora, más aún, cuando ha sido un tercero de buena fe y pese a ser autorizado a buscar por vía judicial el resarcimiento de los perjuicios que tales traslados le ocasionan, no es suficiente para resarcir el daño causado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones*

deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se

trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 2 de febrero de 1999, con COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A., efectiva a partir del 1º de abril de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (folios 47 a 49 archivo 08), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el promotor en la declaración de parte que depuso señaló, que en el año 1998 fue visitado en la empresa en la que laboraba por los asesores comerciales del fondo privado demandado, quienes le ofrecieron garantías relacionadas con una pensión a una edad anticipada y una mejor mesada, además le dijeron que el ISS iba a liquidarse; agregó además que a la edad de 55 años se acercó a PROTECCIÓN S.A. para conocer sobre su situación pensional, no obstante le refirieron que solo se pensionaria hasta la edad de 62 años, indicando que de haberle informado dicha situación, no se hubiera traslado de régimen, narró que nunca le hablaron sobre las variables que incidían en el monto de su pensión, sin suministrar más información sobre los regímenes pensionales.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, pues no se desprende que fuera debidamente informado; luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierta una información de parte de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de régimen del demandante según lo ha

adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra*

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

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

En otro giro, respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera que alega COLPENSIONES en su alzada, al declararse la ineficacia del traslado, conviene señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, expuso sobre el particular:

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo

de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las

partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

De modo tal, que no es posible imponer como consecuencia de la ineficacia del traslado que sea el fondo privado quien asuma las consecuencias del mismo, aplicando las normas que rigen el régimen de prima media con prestación definida, en tanto, la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes pensionales, cada uno con características y modelos de financiación disimiles, sin que la ineficacia del traslado apareje como consecuencia modificar dicha situación.

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade*

las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a COLMENA e ING, conforme se indicó en el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **30 2021 00015 01**
Demandante:	INGRID YAMILE MOLINA BUITRAGO
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora INGRID YAMILE MOLINA BUITRAGO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se

declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPMPD, sin solución de continuidad en su afiliación.

En consecuencia, pretende se ordene a PORVENIR S.A. devuelva a COLPENSIONES todas las sumas de dinero correspondientes a bonos, cotizaciones, aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que estuvo afiliada a esa administradora; igualmente, se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación, reciba los anteriores emolumentos, y además actualice y corrija la historia laboral. A su vez, pretende se condene a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante y se condene en costas y agencias en derecho a la pasiva.

De manera subsidiaria, pretende se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el R.P.M.P.D. sin solución de continuidad. Asimismo, se ordene a PORVENIR S.A. devuelva a COLPENSIONES todas las sumas de dinero correspondientes a bonos, cotizaciones, aportes obligatorios y rendimientos generados durante su permanencia en el fondo privado, y se ordene a COLPENSIONES reciba tales rubros, reactive su afiliación en ese régimen, actualice y corrija su historia laboral y se condene a PORVENIR a pagar perjuicios morales, e igualmente se condene a las encartadas a las costas y agencias en derecho.

Como segundo acápite de pretensiones subsidiarias, solicita se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de régimen de ahorro individual con solidaridad, se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el R.P.M.P.D. sin solución de continuidad. Además, se ordene a PORVENIR S.A, retorne a COLPENSIONES todas las sumas de dinero correspondientes a bonos, cotizaciones, aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que permaneció en el R.A.I.S. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES reciba las sumas de dinero anteriormente descritas, reactive su afiliación, y actualice y corrija su historia laboral. Por último, solicita se condene

PORVENIR S.A., al reconocimiento y pago de perjuicios morales y a las costas y agencias en derecho a las demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 30 de octubre de 1964 y que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES a través de diferentes empleadores desde 1988. Adujo que el 19 de noviembre de 1998, producto de una indebida información, dado que la que se le dio no fue completa, veraz, transparente y oportuna; suscribió formulario de afiliación por medio del cual se trasladó de régimen de pensional a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.

Refirió que con posterioridad el 3 de marzo de 2000, y sin recibir suficiente información se trasladó a PORVENIR S.A. Explicó que además de faltar a su deber de información, los asesores de dicha administradora, le indicaron que su situación pensional sería mucho más ventajosa en esa administradora, y que el régimen de prima media desaparecería, por ello le convenía trasladarse ya que el monto de la pensión sería superior en comparación con la que percibiría en el RPMPD.

Agregó que PORVENIR S.A. realizó una proyección pensional en que señala que su mesada en el RAIS a los 57 años sería de $1.386.600, entre tanto, en el RPM, a esa misma edad ascendería a $2.795.084; de esa forma, es claro que su consentimiento estuvo viciado a la hora de la afiliación a este fondo, por la falta de información y asesoría. Señaló que el 2 de diciembre de 2020, solicitó a las demandadas se aceptara la ineficacia, nulidad o inexistencia de la afiliación, pedimento que fue despachado de manera negativa por parte de COLPENSIONES.

Finalmente, sostuvo que la falsa expectativa generada por los asesores del fondo privado y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de su vida laboral, le ha causado un gran impacto emocional manteniendo un estado de angustia permanente al no tener asegurado un ingreso acorde con la calidad de vida que su salario le ha permitido tener junto con su núcleo familiar. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la acción se impetra con el fin de obtener beneficios económicos; igualmente, el traslado al RAIS se encuentra ajustado a lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de modo que existe una ratificación tácita conforme lo reglado en el artículo 1754 del C.C., pues aceptó las condiciones; igualmente, adujo que es deber de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones estar pendientes de su estatus pensional y tampoco procede el traslado deprecado dado que le faltan diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Propuso como excepciones de mérito las de perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica. (Archivo 05).

Mediante auto de 16 de mayo de 2022, se le tuvo por no contestada la demanda a PORVENIR S.A. (Archivo 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado efectuada por la demandante INGRID YAMILE MOLINA BUITRAGO, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 31.928.326 cuando suscribió el documento de afiliación o traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP COLPATRIA S.A. el día 19 de noviembre de 1998 y luego ante la AFP PORVENIR S.A. el día 3 de marzo de 2000 y en consecuencia se declara que estuvo válidamente afiliada y sin solución de continuidad en el RPMPD que administra actualmente COLPENSIONES.*
>
> *SEGUNDO: SE ORDENA a la AFP PORVENIR S.A., entidad que actúa a través de su representante legal o por quien haga sus veces que en un término no mayor a 30 días, luego de la ejecutoria de ésta decisión,*

PROCEDA A TRASLADAR la totalidad de los aportes que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, así como todos los dineros recibidos con ocasión de su permanencia en dicho régimen (cotizaciones obligatorias y voluntarias, bono pensional, rendimientos financieros, pagos de los aportes a los seguros previsionales, gastos y comisiones de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima) a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; por las razones que quedaron anotadas en las consideraciones orales que el Despacho elaboró.

TERCERO: SE ORDENA igualmente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por el señor JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a recibir la totalidad de los aportes que posee el actor y que provienen de la AFP PORVENIR S.A. junto con los rendimientos financieros; así mismo ha de reactivar la afiliación de esta al RPMPD, convalidar dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral de la actora, con las cuales se le pueda garantizar el derecho pensional a la demandante.

CUARTO: En cuanto a las EXCEPCIONES propuestas por las codemandadas las mismas implícitamente fueron resueltas, no prosperando ninguna de las formuladas.

QUINTO: SE CONDENA en COSTAS a la AFP PORVENIR S.A. (…).”

Para arribar a dicha conclusión, el juzgador de instancia expuso en síntesis que las pretensiones de la demanda deben abordarse desde el régimen de las ineficacias y no de las nulidades, siendo la primera la consecuencia de la falta al deber de falta de información por parte del fondo de pensiones, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia en sentencia SL 12136 de 2014. Más adelante, señaló que en sentencia SL 1688 de 2019, se indicó que el deber de información surgió desde el inicio de la creación del régimen de ahorro individual con solidaridad y la carga de la prueba obra a favor del afiliado, de modo que son los fondos los que deben probar que suministraron una debida información, lo que no se prueba con el formulario de afiliación.

Así las cosas, señaló el *a-quo* que en el caso de marras no se probó el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, pues no se le indicó a la actora las ventajas y desventajas y características de ambos regímenes pensionales, ni menos aún se evidencia un acompañamiento durante su permanencia en el fondo privado, además no se probó que se le haya informado que podía retornar al régimen de prima media antes de estar

a diez años de cumplir la edad mínima de pensión, pues de la declaración que vertió en el trámite procesal no se advierte confesión al respecto.

Bajo tal escenario, declaró la ineficacia del traslado con la consecuente devolución de los emolumentos que integran la cuenta de ahorro individual, así como los rendimientos financieros sin descontar suma alguna por los conceptos de gastos de administración, los que deben retornar debidamente indexados, además declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la accionada PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la parte el demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque parcialmente la sentencia de primer grado, y en su lugar se condene en costas a la demandada COLPENSIONES. Al respecto, adujo que las pretensiones de la demanda fueron concedidas, y esa entidad se opuso a la prosperidad de las mismas, además el artículo 365 del C.G.P., señala que la parte vencida en juicio debe ser condenada en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del

Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 19 de noviembre de 1998, con COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. (Fl. 31 archivo - 01), efectiva a partir del 1º de enero de 1999, como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 92 - archivo 09), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo

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

Por otra parte, la promotora en el interrogatorio de parte que rindió, señaló que su afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. fue producto de una reunión que convocó el Área de Relaciones Laborales de la empresa donde laboraba para todos los empleados, una vez allí, se les dijo que ISS se iba a liquidar, que los recursos aportados podrían perderse y que la mejor opción era trasladarse a esos fondos, así, como todos lo estaban haciendo esa situación le dio confianza, por lo que suscribió el formulario de afiliación. Precisó que su traslado a PORVENIR no estuvo precedido de ninguna información, solo suscribió el formulario lo cual llevó a cabo de manera voluntaria pero no informada, al igual que el anterior.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de

Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte actora, frente a la absolución a la demandada COLPENSIONES de condena en costas en primera

instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a recibir los dineros producto de la declaratoria de la ineficacia del traslado, y se dispuso que debe afiliar a la actora al régimen que administra y actualizar la historia laboral de ésta; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia no solo a cargo del fondo privado, sino también de COLPENSIONES, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, en tal sentido se adicionará el numeral quinto de la sentencia de primer grado.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada*

PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, en el sentido de ordenar la indexación de las condenas. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR y MODIFCAR los numerales segundo y quinto de la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A. antes COLPATRIA, frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia deberán estar igualmente a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte actora.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **32 2020 00385 01**
Demandante:	MARÍA ESPERANZA CRUZ GARCÍA
Demandados:	COLPENSIONES Y AVIANCA
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, demandante y AVIANCA S.A., en contra de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, a desatar el grado jurisdicción de consulta en beneficio de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA ESPERANZA CRUZ GARCÍA formuló demanda ordinaria laboral en contra de AVIANCA S.A. y COLPENSIONES, a efectos que se declare que existió con el causante JOSÉ ARCESIO VARÓN CRUZ (q.e.p.d.) (i) un contrato de trabajo de aprendizaje a término fijo de seis (6) meses, entre el 10 de abril de 1969 y el 30 de septiembre de 1969; (ii) un contrato verbal de trabajo entre el 1º de octubre de 1969 y el 22 de diciembre de 1971; (iii) un contrato de aprendizaje a término fijo de tres (3) meses entre el 19 de febrero de 1973 y el 21 de marzo de 1973; y (iv) un contrato de trabajo entre el 22 de marzo de 1973 y el 12 de agosto de 1974.

De igual manera, que durante los dos últimos contratos de trabajo la empleadora omitió solucionar los aportes al Sistema General de Seguridad Social, lo cual impidió al causante acceder a la pensión de vejez en los términos del Decreto 3041 de 1966.

En consecuencia, se condene a AVIANCA S.A. al pago de los respectivos cálculos actuariales, más los perjuicios materiales e inmateriales; y a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de sobrevivientes.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones adujo que el 16 de marzo de 1968, inició vida marital con el causante JOSÉ ARCESIO VARÓN CRUZ (q.e.p.d.), quien a su vez se vinculó laboralmente con AVIANCA S.A. el 10 de abril de 1969, mediante contrato de aprendizaje, a efectos de ocupar el empleo denominado *"despachador aprendiz"*, labor que fue remunerada con $600 mensuales, siendo afiliado al Instituto de Seguros Sociales; desde el 1º de mayo de 1969 se dejaron de solucionar los aportes pensionales.

El día 1º de octubre de 1969 celebró contrato verbal para desempeñar el cargo denominado *"despachador de operaciones"*, devengando $780, pese a lo cual se mantuvo el impago de aportes pensionales, lo cual solo se superó hasta el 1º de enero de 1970; de otra parte, relató que el salario fue incrementado en diversas épocas y que la relación laboral finiquitó el 22 de enero de 1972.

Señaló que fue vinculado nuevamente el 19 de febrero de 1973 mediante contrato de aprendizaje como "*auxiliar despachador a bordo",* devengando $780 mensuales; no obstante, no fueron solucionados los aportes a pensión, contrato que feneció el 21 de marzo de 1973, toda vez que el 22 de marzo de dicha anualidad suscribió contrato de trabajo a término indefinido como *"auxiliar de vuelo",* devengando la suma de $1.200 mensuales; relata que la empleadora en dicho interregno igualmente se abstuvo de cumplir con la obligación patronal del pago de aportes a pensión.

Refiere que el causante falleció el 12 de agosto de 1974 con ocasión de un accidente aéreo; que el hijo del causante OSCAR XAVIER VARÓN CRUZ, radicó

diversas peticiones a AVIANCA S.A. a efectos de solucionar la inconsistencia en la historia laboral del causante, sin obtener respuesta favorable, y, de otra parte, COLPENSIONES mediante Resolución No. 2019-388 948 de 6 de mayo de 2019, denegó la pensión de sobrevivientes, al no haber cumplido las semanas de que trata el Decreto 3041 de 1966, decisión confirmada en la Resolución No. 2019-6736111 del 24 de julio de2019.

Finalmente, que el 21 de diciembre de 2019, COLPENSIONES realizó la actualización del reporte de semanas, estableciendo un total de 145.29, incluyéndose el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 1969 y el 31 de diciembre de 1969.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

AVIANCA S.A. contestó la demanda señalando que el causante suscribió contrato de aprendizaje, el cual tuvo vigencia desde el 11 de abril de 1969; de otra parte, que la presunta ausencia de semanas de cotización correspondientes al periodo comprendido entre el mes de mayo de 1969 y diciembre del mismo año, correspondió a un error de información por parte de COLPENSIONES, el cual fue corregido en la Historia Laboral.

Que en el periodo comprendido entre el 11 de abril de 1969 y el 22 de enero de 1972 existió una única relación laboral, regida por el contrato de trabajo suscrito el 10 de abril de 1969, cuyo cargo inicial fue Despachador Aprendiz y el cargo final Despachador de Operaciones, la cual finalizó por renuncia. De otra parte, la vinculación del 19 de febrero de 1973 tuvo por objeto la enseñanza para habilitarlo en el cargo de "*auxiliar de despachador a bordo*".

Refiere que las actividades que desarrollaba el causante como aprendiz de auxiliar de despachador a bordo, eran temporales inferiores a 90 días y ocasionales, por lo que por virtud de lo previsto en el artículo 3 del Decreto 433 de 1971 no tenía el deber de afiliarlo al ISS. De otra parte, para la época el ISS se encontraba en imposibilidad de suministrar los servicios médicos especializados requeridos para el personal de vuelo, y ante el impedimento de dividir la cotización, la accionada se vio en la necesidad de no afiliar y en su

lugar suministrar el servicio médico directamente y constituir la póliza de vida que cubriera el riesgo de muerte.

Finalmente, que en desarrollo de las normas de seguridad social, el Acuerdo 224 de 1966 en su artículo 1º especificó que el riesgo de muerte amparado era el de origen no profesional, lo cual no acontece en el plenario.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, falta de título y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa del demandante, prescripción, pago y compensación y buena fe.

Por su parte COLPENSIONES aduce que carece de legitimación en la causa por pasiva respecto al vínculo laboral entre el causante y AVIANCA S.A., sin que le conste la alegada omisión en el pago de aportes entre el 19 de febrero de 1973 al 21 de marzo de 1973 y desde 22 de marzo de 1973 al 12 de marzo de 1974.

Frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, señaló que la misma está supeditada al pago del cálculo actuarial, el cual procede siempre y cuando no se haya presentado la estructuración del riesgo de invalidez o muerte; finalmente, que el causante no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en tanto el Decreto 341 de 1966 exige 150 semanas en los 6 años anteriores a su fallecimiento.

Formuló las excepciones de mérito de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de junio de 2022, declaró que la demandante MARÍA ESPERANZA CRUZ GARCÍA tiene derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ ARCESIO VARÓN CRUZ, a partir del 12 de agosto de 1974 y en una cuantía equivalente al mínimo legal mensual vigente, condenando a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional causado entre el 22 de marzo de 2016 y el momento en que sea incluida en

nómina de pensionados, retroactivo que deberá cancelarse debidamente indexado y del cual autorizó a descontar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

De igual manera condenó a AVIANCA S.A. a cancelar en favor de COLPENSIONES el cálculo actuarial a que haya lugar con ocasión del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes efectuada en favor de la señora MARÍA ESPERANZA CRUZ GARCÍA, conforme lo dispuesto en el artículo 82 del Decreto 3170 de 1964.

Para arribar a esa conclusión, adujo que se acreditó en el plenario que la accionada AVIANCA S.A. no cotizó en el interregno comprendido entre el 19 de febrero al 21 de marzo de 1973 y del 22 de maro de 1973 al 12 de agosto de 2974, de conformidad con la historia laboral aportada al plenario a folios 125 y 126 del expediente digital. Refiere que, si bien el Decreto 3041 de 1966, por el cual se aprobó el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, no cobija las pensiones de sobrevivientes por accidente de trabajo, lo cierto es que el Decreto 3170 de 1964 señala en su artículo 1º que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 90 en 1946, el ISS asume el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, regulando además en el artículo 28 la pensión a favor de la viuda igual a un 25% del salario de base computado.

Así las cosas, concluyó que existía obligación de afiliación por parte de AVIANCA S.A., omisión frente a la cual de conformidad con el artículo 82 del Decreto 3170 de 1964, apareja el pago del respectivo cálculo actuarial; aunado a ello estimó que se acreditó la convivencia entre la demandante y el causante desde el año 1968 hasta el año 1974, y que fruto de esa relación nació OSCAR XAVIER VARÓN CRUZ, quien compareció al plenario y no reclamo para sí derecho alguno, siendo además mayor de edad.

Refirió que la mesada pensional asciende a un salario mínimo legal mensual vigente, declarado además parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de marzo de 2016.

Finalmente, frente a los perjuicios inmateriales deprecados, señaló que los mismos no se acreditaron y en todo estarían prescritos, declarando además no probada la excepción de compensación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de la *a-quo* la parte demandante la apeló. Señaló que la pensión es imprescriptible, motivo por el cual no es dable disponer la aplicación de dicha figura jurídica respecto del retroactivo causado con anterioridad al 22 de marzo de 2016, máxime que hasta la sentencia se reconoce el derecho pensional.

De otra parte, que los perjuicios morales se causaron de manera continuada en el tiempo, por lo cual no se encuentran prescritos.

Por su parte AVIANCA S.A. sustenta la alzada en que el Decreto 3170 de 1964 no es la normativa aplicable, como quiera que el Instituto de Seguros Sociales no realizó ninguna acción coactiva para el pago de aportes, y en ese orden de ideas es forzoso concluir el ISS debe asumir de su propio peculio el reconocimiento de la pensión, más aún cuando esta prescrita cualquier acción de cobro de aportes frente a la empleadora. Señala además que la empleadora cumplió la norma realmente aplicable, esto es, el artículo 204 del C.S.T., en tanto mediante el seguro solucionado, se resarcieron los daños y perjuicios.

De igual manera, que el cálculo actuarial es una figura creada por la Ley 100 de 1993, sin que sea aplicable a pensiones reguladas por el Decreto 3170 de 1969, por lo cual deben verificarse operaciones aritméticas diferentes atinentes al pago del capital. Así mismo, no es dable generar el reconocimiento de una pensión, con una financiación mediante calculo actuarial solucionado con posterioridad a la ocurrencia siniestro. Refiere además que no es dable ordenar el pago de la mesada 14, en tanto no existía para la fecha de causación de la pensión.

De igual manera, que no adeuda indexación o intereses moratorios, en tanto nunca se adelantó el cobro coactivo, el cual reitera, se encuentra prescrito.

Finalmente, que no se debe condenar al pago de costas procesales, en tanto se trata de un derecho en discusión, sin que sea procedente el pago del cálculo actuarial. Más aún cuando no debió de exonerarse de costas a COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar en primer lugar, si resulta procedente el pago del cálculo actuarial por parte de AVIANCA S.A.; de igual manera si se debe acceder al pago de la pensión de sobrevivientes; de igual manera lo atinente al pago de costas procesales. De igual manera, analizar lo atinente a la excepción de prescripción.

c. Cálculo Actuarial y Pensión de Sobrevivientes:

Inicialmente se debe acotar que no fue objeto de reproche en los recursos de alzada, la existencia de los contratos de trabajo y sus extremos temporales, así como el hecho que la sociedad empleador AVIANCA S.A. no realizó afiliación ni el consecuente pago aportes pensionales al Instituto de Seguros Sociales, en el período comprendido entre el 19 de febrero de 1973 y el 21 de marzo de 1973 y entre el 22 de marzo de 1973 y el 12 de agosto de 1974.

Así mismo, el hecho que el contrato de trabajo feneció el 12 de agosto de 1974 con ocasión del siniestro aéreo establecido como accidente de trabajo.

Ahora bien, por pasiva se sustenta la alzada en primera medida, en que para la época de existencia de los contratos de trabajo, AVIANCA S.A. no tenía la obligación de afiliación, máxime que el artículo 204 del C.S.T., normativa

aplicable al presente caso, estipula las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, las cuales cubrió en la oportunidad pertinente.

Sobre el particular, debe acotar la Sala en primera medida que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reiteradas jurisprudencias, ha establecido la procedencia del pago del cálculo actuarial en el evento que el empleador omita la obligación de afiliación al sistema pensional. Al respecto, en sentencia SL3694-2021, Radicación No. 85168, del 23 de junio de 2021, refirió:

> *"[…] Ahora, pese a ese carácter difuso existente antes de la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia vigente de la Sala ha adoctrinado de forma pacífica y uniforme que desde las Leyes 6ª de 1945 y 90 de 1946 se previó que la protección del riesgo de vejez estaba a cargo de los empleadores hasta tanto se organizara el seguro social obligatorio -artículos 12 y 17 Ley 6ª de 1945-, que instituyó precisamente la segunda normativa.*
>
> *"Asimismo, que a partir de la Ley 90 de 1946 y, concretamente en su artículo 72, se estableció la implementación gradual y progresiva del sistema de seguro social y que ello estaba sujeto a que los empleadores cumplieran «el aporte previo señalado para cada caso». Esta previsión se ratificó en el precepto 76 ibidem, que estipuló que el ISS asumiría el riesgo de vejez en relación con los servicios prestados incluso con anterioridad a esa ley, siempre que aquellos aportaran «las cuotas proporcionales correspondientes».*
>
> *"Conforme lo anterior, la Corte ha señalado consistentemente que la Ley 90 de 1946 no solo creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sino que estipuló que los empleadores debían hacer en favor de sus trabajadores los aprovisionamientos de capital correspondientes en cada caso, con el fin de que fueran entregados al ISS una vez asumiera los riesgos (CSJ SL2879-2020 y CSJ SL1144-2021).*
>
> *"[…]*
>
> *"Así, la jurisprudencia vigente de la Sala ha señalado que la solución jurídica efectiva para validar los tiempos prestados por los trabajadores antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, ya sea por omisión de afiliación por parte del empleador o porque no había cobertura del ISS o cualquier otro ente de previsión, es con el pago del correspondiente cálculo actuarial y para ello es necesario que la persona trabajadora esté afiliada o se afilie a un ente de previsión o de seguridad social, como en este caso, pues tal cálculo debe trasladarse a satisfacción de estas entidades (CSJ SL4334-2019, CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020 y CSJ SL2879-2020).*

Ahora bien, aduce la recurrente que no existía la obligación de afiliación, en tanto el artículo 204 del C.S.T. consagra las prestaciones por accidente de trabajo. No obstante, para la fecha del deceso se encontraba vigente el Decreto

3170 de 1964, *"Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales",* regulando en el artículo 1º, tal como lo señalo el *a-quo,* que *"de acuerdo con lo dispuesto en la ley 90 de 1946 el instituto colombiano de seguros sociales ASUME el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales",* lo cual permitiría establecer, *a contrario sensu* de lo alegado por pasiva, que tenía AVIANCA S.A. la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, al haber asumido dicho ente de seguridad social, entre otros, el riesgo por muerte en accidente de trabajo.

Lo anterior, máxime que el artículo 7º del Decreto 3170 de 1964, estipula que *"Estarán sujetos al Seguro Social Obligatorio contra los Riesgos de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: […] "a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que, en virtud de un contrato de trabajo, presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la Ley o por el presente Reglamento*"; sin que sea de recibo el argumento esgrimido por AVIANCA S.A. para omitir la afiliación, atinente a que:

> *"A lo largo de los finales de los años 60 la década de los 70's y 80's del siglo pasado, mi representada, ante la imposibilidad en que se encontraba el ISS en suministrar los servicios médicos especializados requeridos por los auxiliares de vuelo, y ante el impedimento de dividir la cotización dirigida al ISS para los riesgos de EGM e IVM, la Compañía se vio en la necesidad de no afiliar a los anteriores riesgos a este personal y en su lugar suministrar el servicio médico directamente y constituir la póliza de vida que cubriera el riesgo de muerte".*

En efecto, tal como aduce la demandada la póliza de vida se constituyó ante la decisión de la empleadora de no afiliar a los trabajadores, la cual no puede exonerar ni compensar la prestación regulada en el Decreto 3170 de 1964 atinente a la pensión de sobrevivientes.

Pese a lo anterior, no es dable en el presente evento disponer que AVIANCA S.A. solucione un cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES para que dicha entidad asuma la pensión de sobrevivientes. Lo anterior, por cuanto resulta evidente que el riesgo que se pretendía amparar por el entonces Instituto de Seguros Social, se generó el 12 de agosto de 1974, esto es, el deceso del causante.

Sobre tal aspecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4103-2017, Radicación No. 49638 del 22 de marzo de 2017, estimó:

> *"Señaló, para tales efectos, que su compañera permanente […] le había prestado sus servicios a la sociedad demandada, desde el 9 de noviembre de 1964 hasta el 1 de mayo de 1968 y desde el 23 de junio de 1976 hasta el 30 de diciembre de 1991, en el cargo de auxiliar de vuelo; que, en virtud de lo dispuesto en la convención colectiva de trabajo, la trabajadora no había sido afiliada al Instituto de Seguros Sociales, para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, «…por lo que le corresponde a la demandada la carga pensional…»*
>
> *"[…]*
>
> *"En aras de comprender la decisión del Tribunal y sus fundamentos, resulta preciso resaltar que el presente proceso estuvo encaminado a obtener que la sociedad demandada asumiera el pago de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento […] debido a que «…no fue afiliada al sistema de I.V.M., al Seguro Social, por lo que le corresponde a la demandada la carga pensional.» Asimismo, que la empresa demandada expresó, en la contestación a la demanda, que «…estaba convalidando ante el Instituto de Seguros Sociales el tiempo servido […] para que dicho Instituto le reconociera la pensión correspondiente a quien tuviera derecho…» y que, en esencia, en dicha premisa fundamentó toda su defensa.*
>
> *"[…]*
>
> *"Ahora bien, la Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que «…ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SLSL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). Es decir que, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación de la trabajadora daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.*
>
> *"No obstante, para la Corte es necesario aclarar que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son derechos en formación, respecto de los cuales se puede predicar «…el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo*

para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.» (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015). Con razón en estas decisiones se ha hecho uso, principalmente, de las normas relacionadas con el cómputo de las semanas necesarias para la causación de una pensión de vejez, como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones.

"De otro lado, es preciso destacar que las pensiones de sobrevivientes tienen unas características particulares y diferentes a las que guían a las pensiones de vejez, pues encuentran una fecha cierta de causación, atada a la realización cierta del riesgo que cubren, a la vez que están fundamentadas sobre otras concepciones de solidaridad, financiación y aseguramiento, diferentes de la acumulación de una cantidad suficiente de capital o de aportes, durante largos años. En tal sentido, la Corte Constitucional ha precisado que «…en lo referente a la pensión de sobrevivientes, su régimen no se fundamenta en el hecho de la acumulación de un capital suficiente para financiar una pensión, sino en el aseguramiento del riesgo de fallecimiento del afiliado. Por esa razón el legislador, al regular la pensión de sobrevivientes, previó un tiempo mínimo de cotización, partiendo de la base que las sumas recibidas para cubrir el riesgo de muerte, unidas a las que aportan todos los demás afiliados cotizantes, resultaban suficientes para generar un fondo común separado o una mutualidad que asumiera estas prestaciones.» (Sentencia C 617 de 2001). (resalta la Sala).

"[…]

"Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, ***pero con antelación a que se concrete el riesgo****.*

"Lo contrario equivaldría a imponer una carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social, que tendrían que asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes, por la convalidación de un tiempo mínimo e indeterminado de servicios y sin poder adoptar medidas para la gestión adecuada del riesgo, por la falta de afiliación. Así, por ejemplo, si se admitiera irrestrictamente que, ante la falta de afiliación, las administradoras de pensiones son las encargadas del pago de la pensión, se llegaría a la conclusión de que el Instituto de Seguros Sociales, como administradora del régimen de prima media, debe asumir el pago de una pensión respecto de la cual: i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través de título pensional no alcanzan para ello.

*"****Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de***

tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte*. Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causado el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios.*

*"**Como corolario de lo dicho, si el empleador omiso en la afiliación no realiza el trámite de convalidación de tiempos servidos, antes de la causación del riesgo de muerte, debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada**, en aplicación de disposiciones como el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 y sentencias de esta Sala como la CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211. De esta orientación deben excluirse, eso sí, los casos en los que se ha realizado la afiliación del trabajador y la administradora de pensiones incumple las gestiones de cobro, que han recibido otro tratamiento en la jurisprudencia (Ver CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622, CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839, y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802).*

Así las cosas, estima la Sala que no era dable disponer el pago del cálculo actuarial, así como que COLPENSIONES asuma el pago de la pensión, ello en tanto ocurrió el riesgo de muerte del causante el 12 de agosto de 1974, lo cual conduce inexorablemente a que sea la sociedad AVIANCA S.A. quien deba asumir las prestaciones ante la omisión en la afiliación.

De tal manera, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta en beneficio de COLPENSIONES deberá revocarse la sentencia, en tanto dispuso que reciba el cálculo actuarial y reconozca y pague la pensión de sobrevivientes.

Por lo anterior, se deben auscultar las pretensiones subsidiarias, atinentes a que AVIANCA S.A. solucione la pensión de sobrevivientes, aspecto que, bajo la anterior argumentación, resulta procedente, en tanto se evidenció una omisión de afiliación, por lo cual, ante la improcedencia de solucionar el cálculo actuarial, debe asumir directamente las prestaciones del Decreto 3170 de 1964, el cual consagra:

"Artículo 27. Cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional produzca la muerte del asegurado, habrá derecho a lo siguiente:

"a) A las pensiones de sobrevivientes, en los términos y condiciones que se establecen en los artículos siguientes:

"b) Al pago de un auxilio para los gastos funerarios, en la forma establecida en el artículo 36.

"Artículo 28. La pensión a favor de la viuda será igual a un veinticinco por ciento (25%) del salario de base computado en la misma forma dispuesta por el artículo 22 para el cálculo de las pensiones de invalidez. Está pensión se elevará al treinta por ciento (30%) del salario de bases y la viuda es inválida. El viudo inválido tendrá el mismo derecho a la pensión que la viuda inválida, si hubiere dependido económicamente de la asegurada.

"El derecho a la pensión comenzará desde el día del fallecimiento del asegurado y cesará con la muerte de la beneficiaria o cuando está contraiga nuevas nupcias o reciba de otra persona lo necesario para su subsistencia. Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá en sustitución de las pensiones eventuales un seguro global equivalente a tres anualidades de la pensión reconocida.

Prestación que resulta procedente, más aún cuando AVIANCA S.A. no formuló reparo alguno frente a la condición de beneficiaria y el monto de la pensión.

En lo atinente al reparo de la mesada catorce, se debe referir que, si bien la misma no se encontraba regulada en el ordenamiento legal para la fecha de causación de la pensión, esto es, el 12 de agosto de 1974, lo cierto es que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, consagra:

*"ARTÍCULO 142. **MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS**. **Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes**, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994".*

Así las cosas, la mesada 14 se creó para quienes ostentaran la calidad de pensionados, de tal manera, que al causarse la pensión el 12 de agosto de 1974, la misma resulta beneficiaria de la mesada adicional desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo cual no es dable revocar tal emolumento.

En lo atinente a la imprescriptibilidad del retroactivo pensional alegada por activa, basta con señala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha referido de manera pacífica que, si bien el derecho pensional es imprescriptible, las mesadas pensionales si se encuentran sujetas al término

trienal consagrado en los artículos 115 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T., motivo por el cual le asistió razón al *a-quo* al declarar parcialmente probada la excepción de prescripción.

Finalmente, *a contrario sensu* de lo alegado por pasiva, el retroactivo debe solucionarse de manera indexada, en tanto dicha figura propende por actualizar la moneda frente a la devaluación, máxime que en primera instancia no se impuso condena por concepto de intereses moratorios.

b. Perjuicios Morales:

Sobre dicha pretensión basta con señalar que se depreco el pago de perjuicios inmateriales derivados del daño moral padecido en virtud de la mora en el pago de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, lo que generó congoja, tristeza y dolor, aspecto este último que no se encuentra acreditado de manera fehaciente en el plenario, máxime que ante la omisión en el pago de aportes AVIANCA S.A. asumió el riesgo y el pago de prestaciones, las que solo fueron reclamadas hasta el presente proceso. Así las cosas, se confirmará la absolución de la referida pretensión.

c. Costas procesales:

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte actora, frente a la condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la*

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

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condenada en el proceso, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia. De otra parte no es dable condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES, en tanto será absuelta de todas las pretensiones.

Como corolario de lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar;

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante MARÍA ESPERANZA CRUZ GARCÍA tiene derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes por parte de AVIANCA S.A. con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ ARCESIO VARÓN CRUZ, a partir del 12 de agosto de 1974 y en una cuantía equivalente al mínimo legal mensual vigente. Reconocimiento que se hará teniendo en cuenta la mesada adicional del mes de junio establecida en la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AVIANCA S.A. a pagar a la demandante MARÍA ESPERANZA CRUZ GARCÍA el retroactivo pensional causado entre el 22 de marzo de 2016, retroactivo que deberá cancelarse debidamente indexado y

del cual se autoriza a descontar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud que corresponda.

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones esgrimidas en su contra.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **32 2018 00359 01**
Demandante:	NANCY JEANET CONTRERAS MENDIVELSO
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., COLPENSIONES y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en contra de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NANCY JEANET CONTRERAS MENDIVELSO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., que tiene derecho a ser trasladada automáticamente al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES; además, se declare que el fondo privado debe asumir de su patrimonio los detrimentos sufridos en el capital destinado a financiar su pensión de vejez el cual debe ser traslado al

fondo público, junto con las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses, emolumentos que debe recibir COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a asumir y pagar de su patrimonio las mermas en el capital destinado a financiar su pensión de vejez, junto con las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses, dineros que debe recibir COLPENSIONES; igualmente, pretende se condene a las encartadas a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que nació el 14 julio de 1963, y que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de febrero de 1982, en el que alcanzó un total de 890.14 semanas, y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la administradora de pensiones PORVENIR S.A. en noviembre de 1999 en donde permanece en la actualidad.

Narró que los asesores de PORVENIR de manera verbal le ofrecieron condiciones más favorables para obtener su pensión de vejez, que las que ofrecía el ISS, sin informar las características del RAIS y sin tener en cuenta sus condiciones particulares, por lo que creyendo en esa información suscribió el formulario de afiliación. A su vez, sostuvo que no se le brindó una información suficiente y oportuna a efectos de escoger el régimen pensional que más le favoreciera. De otro lado, agregó que PORVENIR S.A. el 17 de julio de 2017, realizó una proyección pensional en la que indica que su pensión en ese régimen ascendería a $2.272.4000. Finalmente, enfatizó que en la actualidad devenga un salario integral y que además ya no puede retornar al régimen de prima media. (Fls. 64 a 82 carpeta 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, indicando que la demandante se encuentra a menos de diez años para hacerse acreedora a su derecho pensional, por no lo que no puede trasladarse de régimen conforme lo reglado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, además no es beneficiaria del régimen de transición, por ende, no tiene una expectativa legitima sobre su derecho pensional, de otro lado, según los formularios de afiliación a los fondos privados se puede evidenciar que los traslados fueron efectuados de manera libre, espontánea y voluntaria.

Propuso las excepciones de mérito de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica. (Fls. 105 a 116 carpeta 001).

Por su parte, PORVENIR S.A. se opuso a la nulidad de la afiliación que se depreca, arguyendo que brindó una asesoría integral acerca del funcionamiento, características y modalidades de pensión en ese régimen, siendo legal el acto de vinculación a esa administradora, por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, ni está inmerso en vicios del consentimiento, ni se realizo bajo engaños ni coacción.

Como excepciones formuló las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, la innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo. (Fls. 161 a 173 carpeta 001).

Por auto de 12 de junio de 2019, mediante el cual se tuvo por contestada la demanda a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., se admitió la reforma a la demanda. (Fls. 161 a 173 carpeta 001).

1.4. REFORMA A LA DEMANDA:

La demandante reformó la demanda, señalando que según una proyección pensional la diferencia en su mesada pensional entre uno y otro régimen

evidencia una diferencia de más de $5.477.430., anexando el respectivo cálculo. (Fls. 196 a 222 carpeta 001).

Mediante proveído de 15 de julio de 2019, se tuvo por no contestada la reforma a la demanda por parte de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. E igualmente, en audiencia llevada a cabo el 28 de junio de 2021, se dispuso, vincular como litisconsortes necesarios a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (Fls. 231 a 232 carpeta 001 y archivos 05 y 06).

1.5. CONTESTACIÓN LITISCONSORTES NECESARIAS y LLAMADA EN GARANTÍA:

SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la demanda y su reforma, señalando que la afiliación a ese fondo es totalmente valida, goza de validez y se materializó bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales que regula el acto jurídico, por tanto, no existe causal de nulidad alguna que invalide o pretenda invalidar una afiliación al RAIS de la actora.

Formuló como excepciones las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (Archivo 08).

Mediante auto de 15 de octubre de 2021, el Juzgado de origen tuvo por no contestada la demanda por parte de PROTECCIÓN S.A. y a su vez dio por contestada la demanda por parte de SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y admitió el llamamiento en garantía que efectuó a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (Archivo 10).

En esa medida, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo demandatorio, refiriendo que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se ciñó a las regulaciones normativas sobre el derecho de información, presumiendo que PORVENIR S.A. cumplió a cabalidad con lo que le correspondía, por tanto, el acto de traslado se realizó de manera libre y voluntaria.

Como excepciones frente a la demanda propuso las que nombró como; el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de sus posteriores traslados a otras AFPS, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el 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 del demandante a SKANDIA; prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y la de reconocimiento oficioso de excepciones.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, pidiendo que se desestimen.

Como excepciones de mérito formuló las de SKANDIA frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo 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; no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante SKANDIA 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 la de reconocimiento oficioso de excepciones. (Archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas y las vinculadas, y DECLARAR PROBADA la excepción de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados formulada por la llamada en garantía, conforme a las consideraciones expuestas.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante NANCY JEANET CONTRERAS MENDIVELSO a través de PORVENIR S.A., de fecha 17 de septiembre de 1999, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*
>
> *TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a las vinculadas PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esas administradoras, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.*
>
> *QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante NANCY JEANET CONTRERAS MENDIVELSO como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.*
>
> *SEXTO: ABSOLVER a la Llamada en Garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> *SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante (…). Asimismo, CONDENAR en costas a la vinculada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a favor de la llamada en Garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* trajo a colación el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la selección libre y voluntaria de régimen pensional, precisando que quien desconozca este derecho se hace acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la norma en cita. Además, expuso que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 2003, señala los tiempos mínimos de permanencia en cada régimen y la restricción de no poder trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, igualmente destacó que el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya hacía referencia a la información que se debe suministrar a los usuarios.

Seguidamente, indico que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el deber de información respeto de los posibles afiliados está a cargo de los fondos privados, deber que existe desde la creación de los mismos, además en esas administradoras recae la carga de la prueba; de la misma forma sostuvo que la información debe contener los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, y tal consentimiento informado no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, además señaló que la actuación viciada del traslado no se convalida con los diversos traslados que se efectúen dentro de este último régimen, máxime cuando no es necesario que el afiliado demuestre estar en régimen de transición, estar próximo a causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación y la declaratoria de la ineficacia conlleva a que las cosas deben volver a su estado inicial.

Señaló que el trámite procesal se acreditó que el demandante nació el 14 de julio de 1963 por lo que cuenta con 59 años y efectuó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 15 de febrero de 1982 al mes de septiembre de 1999. Precisó que la demanda se trasladó a PORVENIR el 17 de septiembre de 1999 y posteriormente a los fondos HORIZONTE, PROTECCIÓN, OLD MUTAL y actualmente se encuentra en PORVENIR, según el reporte SIAF, empero, no obra el formulario de afiliación inicial a PORVENIR S.A. sin que se pueda tener certeza de la información que contenía.

Al referirse al interrogatorio de parte que depuso el promotor dijo que ninguna de las AFP demandadas logró acreditar haberle brindado información clara, suficiente y oportuna sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características y diferencias entre uno y otro, reiterando que ni siquiera se contaba con todos los formularios de afiliación.

En esa medida, declaró la ineficacia del traslado inicial efectuado por la demandante y los traslados posteriores; a su vez ordenó a COLPENSIONES afiliar a la actora en esa administradora y a la demandada PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima debidamente indexados, en cuanto a PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA S.A. ordenó retornar los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima indexados a COLPENSIONES, recursos que deben ser asumidos con cargo al patrimonio de los fondos privados.

En cuanto al llamamiento en garantía que se formuló en contra de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., dijo que no ordenaba la devolución de los dineros descontados por concepto de seguros previsionales dado que los riesgos de invalidez y muerte estuvieron en su momento amparados en favor de la demandante. De otra parte, declaro no probadas las excepciones formuladas por el extremo pasivo. Por último, condenó en costas a PORVENIR S.A. y a favor de la activa y a SKANDIA y a favor de MAPFRE.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES manifestó su disenso frente a la sentencia de primer grado, que no se tuvo en cuenta que es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y las AFP a las que se trasladó, los cuales tienen efectos inter partes, por ende, no puede ser perjudicada con la misma, en consecuencia, solicita no se le condene a recibir de nuevo como afiliada a la demandante, pues ello afecta gravemente el equilibrio financiero del sistema de pensiones y las reserva presupuestal de esa entidad, la cual no la tuvo en cuenta en sus cálculos.

Añadiendo que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, y además se deben analizar las particulares de cada caso, pues no se está frente a la existencia un derecho pensional como tampoco de una mera expectativa, por lo que solicita se revoque la sentencia.

Por su parte, la demandada PORVENIR S.A. en su apelación, solicita se revoque la sentencia de primera instancia de manera integral, ya que brindo la información necesaria en 1999 a través de un promotor el cual le informó sobre las características de ese régimen, lo cual confirmó la actora, sin que la ignorancia de la ley sirva de excusa, máxime cuando la Ley 100 de 1993 ha sido ampliamente promulgada y no se puede declarar la ineficacia que se reclama, adicionalmente el formulario de afiliación cumple con las exigencias de ley, el cual no fue desconocido ni tachado y para la época en que se afilio a ese fondo no se exigía una proyección pensional, sin que se le puedan imponer más cargas.

En cuanto a los gastos de administración son una imposición legal que igualmente se descuentan en COLPENSIONES, en consecuencia, solicita se compensen los gastos de administración, las primas de seguros y las indexaciones a cualquier título con los rendimientos financieros que se generaron, pues de no ser así esta sujeta a una doble condena.

La demandada SKANDIA, en su impugnación solicita se revoque la sentencia de manera parcial, en lo atinente a los gastos de administración, seguros previsionales y los descuentos del fondo de garantía de pensión mínima, ya que no cuenta con los esos rubros, dado que fueron trasladados a HORIZONTE, en caso de ser condena a devolver esos dineros, solicita se condene a MAPFRE a devolver los seguros previsionales los cuales tuvieron una destinación especifica, ya que fue quien cubrió los siniestros de invalidez y sobrevivientes durante la vigencia del contrato con la demandante, además no es posible devolver la indexación que se ordena, pues con esa imposición se le estaría ocasionando un perjuicio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el

cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, contrario a lo aducido por COLPENSIONES en su alzada.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no se aporta el formulario de afiliación que efectuó la actora el 17 de septiembre de 1999, con PORVENIR S.A., sin embargo, del reporte SIAF se puede corroborar que dicha afiliación se efectivizó a partir del 1º de noviembre de esa misma anualidad (Fls. 184 a 185 carpeta 001). No obstante, huelga memorar lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida sobre el formulario de afiliación, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso señaló que en el año 1999 un asesor dio una charla grupal en la empresa donde laboraba en la que les dijo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, y que por tal motivo se habían creado los fondos privados; igualmente señaló que suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación y que en el año 2017 le mencionaron en el fondo privado que le convenía estar en COLPENSIONES, sin que se le diera más información sobre las características de los fondos pensionales.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información por parte de PORVENIR S.A.; luego, según lo ha adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*" contrario a lo sostenido por PORVENIR.

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, los cuales fueron objeto de inconformidad por parte de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. en su apelación, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

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

dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*

pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Dimana de lo expuesto, la procedencia de la devolución de los conceptos que ordenó el juez de instancia a cargo de los fondos privados, y la correspondiente indexación de los estos y con cuenta a su propio patrimonio, sin que pueda de manera alguna, pueda ser compensado con los rendimientos, o se le pueda imponer esa carga a la aseguradora llamada en garantía como lo pretenden SKANDIA S.A. Así las cosas, la sentencia de primer grado será confirmada.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **33 2018 00615 01**
Demandante:	ALCIBIADES GUTIERREZ
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada AMANDA LUCÍA ZAMUDIA VELA, identificada con cédula de ciudadanía 51.713.048 y T.P. 67.612 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de agosto del 2022, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALCIBIADES GUTIERREZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES para que se condene a la demandada al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, a partir del 1º de diciembre de 1999, más los intereses moratorios, la indexación de sumas adeudadas y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 006691 de 2001, modificó la Resolución 024342 de 1999, mediante la cual le reconoció pensión de vejez a partir del 3 de marzo de 1999, de conformidad con lo previsto en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no obstante, no le reconoció el incremento pensional por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Precisa que contrajo matrimonio con la señora MARÍA DEL CARMEN SUAREZ el 1º de mayo de 1967 y convive con ella de manera permanente e ininterrumpida, agregando que depende económicamente del promotor del litigio, dado que no trabaja y no disfruta de una pensión.

Refiere que el 10 de febrero del 2016, presentó recurso de reposición ante la accionada, solicitando el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, lo que fue denegado mediante oficio BZ2016-1305817-0348453 adiado en esa misma calenda.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, argumentando que no es posible reconocer el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, toda vez que los mismos se encuentran prescritos y además no están consagrados en la Ley 100 de 1993, según se indicó en la sentencia SU-140 de 2019, que señaló que fueron objeto de derogatoria orgánica a la entrada en vigor de la referida ley.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho y la obligación, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago,

buena fe, 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.

Por su parte, la a AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, presentó escrito de intervención en el proceso de la referencia en defensa de los intereses litigiosos de La Nación, representados en este caso por COLPENSIONES, solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda, dado que la sentencia SU-140 de 2019, se estableció que los incrementos pensionales habían sido derogados por la Ley 100 de 1993.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de agosto del 2022, absolvió a la demandada y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y las demás alegadas por la accionada y condenó en costas al actor.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* mencionó como sustento de su decisión el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 12 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad y la sentencia SU 140 de 2019, indicando que, si bien hasta hace algunos años se mantenía la línea por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la vigencia de los referidos incrementos, ello cambió con la citada sentencia de unificación en la que se indicó que se habían sido objeto de una derogatoria orgánica.

Sin embargo, expuso que ese estrado judicial se apartaba de tal tesis, siendo una de las razones el hecho que la Ley 100 de 1993 no señaló una norma que amparara el derecho establecido en el Acuerdo 049 de 1190, empero, lo cierto era que en el plenario tampoco se acreditó la dependencia económica de la cónyuge a cargo del pensionando demandante, absolviendo a la demandada de las pretensiones elevadas en el *petitum,* por lo que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la sentencia fue adversa a las pretensiones del demandante, corresponde a la Corporación analizar la providencia en el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo descrito en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, se tiene que inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estableció en múltiples pronunciamientos que los mismos se encontraban vigentes.

Así podía colegirse que los aludidos incrementos mantenían su vigencia, no obstante, no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, de ahí, que al no estar expresamente regulados se entendía que conservaban su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

> *"Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.*
>
> *"Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta […]"*

Postura que además se mantuvo en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:

> "*Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345*

De modo tal, que era razonable afirmar que la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, eran objeto de prescripción en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional o del cumplimiento de los requisitos, y la reclamación administrativa hubiese transcurrido un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T. o 151 del C.P.T. y de la S.S., aunado a que los incrementos a que aluden los artículos del citado Acuerdo, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que podían prescribir si no se reclamaban en tiempo.

Postura que había sido sostenida invariablemente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367 y en la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019.

De esta forma, y con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se venía apartando de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018; sin embargo, el máximo órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL 2061-2021 con Radicación No. 84054 de 19 de mayo de 2021, indicó sobre el particular:

> *"En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:*
>
> *(…)*
>
> *7. Conclusiones*
>
> *De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.*
>
> *De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada."*

Bajo ese escenario, la Sala se acoge a dicha interpretación del órgano de cierre de esta especialidad, el que por demás se acompasa con la sostenida por la Corte Constitucional, respecto a los incrementos pensionales por persona a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, que señalan que los mismos perdieron vigencia a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y solo tendrán

derecho a aquellos, quienes se pensionaron con anterioridad al 1º de abril de 1994, por lo que se pasa a analizar esta Corporación.

Una vez determinado lo anterior se tiene que por medio de la Resolución No. 024342 de 1999, se reconoció pensión de vejez al demandante y acorde lo estableció el fallador de primera instancia, se corrobora que el demandante es beneficiario del régimen de transición en cuanto reúne los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como quiera que contaba con más de 40 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, resultándole aplicable el Acuerdo 049 de 1990, en la medida en que tal y como se indica en la precitada resolución acreditó un total de 1.169 semanas cotizadas, decisión que fue modificada en la Resolución No. 006691 de 2001, en lo referente a la fecha de reconocimiento de la pensión, que lo fue a partir del 3 de marzo de 1999.

Por lo tanto, como ya se expuso en aplicación de la postura asumida recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que reseñó que los incrementos regulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no se encuentran vigentes a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que solo tendrán derecho a aquellos que se pensionaron con anterioridad al 1º de abril de 1994; desprendiéndose así que en el caso de autos el demandante al ser pensionado a partir del 3 de marzo de 1999, según la Resolución No. 006691 de 2001 emitida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, no tiene derecho a los incrementos por personas a cargo, en atención a que la norma que los consagraba no se encontraba vigente para la fecha del reconocimiento pensional.

Corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia absolutoria objeto de consulta, pero con fundamento en los argumentos que fueren expuestos por esta Sala en la presente providencia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de agosto del 2022, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, pero con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **35 2021 00253 01**
Demandante:	FELIPE ANDRÉS GARCÍA HERREROS LÓPEZ
Demandado:	COLOMBIAN SHARED SERVICES S.A.S., ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. y MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN

Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FELIPE ANDRÉS GARCÍA HERREROS LÓPEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLOMBIAN SHARED SERVICES S.A.S., ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. y MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN, a fin que se declare sin efecto el despido unilateral y sin justa causa efectuado por la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. el 22 de abril de 2021, de allí que se ordene su reintegro al cargo que ocupaba o uno equivalente en la planta de empleos de dicha demandada.

Por consiguiente, se condene a la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. al pago de los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta la fecha que se produzca el reintegro, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social e indexación.

Asimismo, se declare para todos los efectos legales que entre la sociedad comercial ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. y las demandadas MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN y COLOMBIAN SHARED SERVICES S.A.S., existe solidaridad frente al cubrimiento de las pretensiones perseguidas, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del C.S.T., y se condene a lo que resulte probado de manera *extra* y *ultra petita*.

Como pretensiones subsidiarias, se declare que ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. es responsable de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la enfermedad profesional padecida en la modalidad de daño emergente, lucro cesante, daño moral y a las condiciones materiales de existencia, así como que es responsable de la pensión vitalicia por invalidez a su favor ante la enfermedad que padece en la actualidad.

Por consiguiente, se le condene al pago de las mesadas causadas e insolutas desde que se originó la enfermedad profesional y hasta que se verifique su pago, pago de horas extras diurnas causadas e insolutas durante la vigencia del contrato de trabajo, reliquidación de cesantías sobre todo el tiempo que perduró la relación laboral, reliquidación de intereses a las cesantías, reliquidación de vacaciones, reliquidación de primas de servicios, pago de salarios dejados de percibir por el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 22 de abril de 2021, indemnización del artículo 65 del C.S.T., sanción del artículo 64 de la misma disposición normativa, indemnización enmarcada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la solidaridad de todas las demandadas según lo regula el artículo 36 del C.S.T., y lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo inicialmente que el 12 de junio de 2018 celebró con MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A. un contrato de trabajo inferior a tres meses, el cual fue renovado y transformado a término indefinido.

Que para el 18 de febrero de 2020 la Superintendencia de Talento Humano de ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S., quien en la actualidad su representante lo es COLOMBIAN SHARED SERVICES S.A.S., le certificó que laboraba para la compañía desde el 12 de junio de 2019 a través de un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de Geólogo de Explotación y una asignación salarial mensual de $4.820.000.

Sostuvo que el horario para el desempeño de sus funciones era variado, que abarcaba desde la 6:00 a.m. hasta las 2:00 p.m., 2:00 p.m. hasta las 10:00 p.m. y desde las 10:00 p.m. hasta las 6:00 a.m., por espacio de 20 días continuos en la mina ubicada en Muzo - Boyacá y descansaba 10 días, así como que sus actividades consistían en extraer la esmeralda de manera segura y transparente, brindar apoyo logístico al Departamento de Operaciones, reportar el desarrollo de sus actividades, velar por la ejecución y cumplimiento de los protocolos de seguridad, entre otras funciones.

Que las labores de extracción y explotación se llevaban a cabo de manera manual martillando la roca, acomodando su cuerpo en condiciones de frente, de rodillas, agachado, tomando posiciones complejas lo que representaba un esfuerzo físico considerable, con condiciones de temperatura bajo tierra y expuesto a la explotación de material particulado de polvo de sílice.

Al unísono, indicó que para el año 2020 presentó diferentes episodios en su salud, diagnosticándosele que padecía *"Lupus Eritematoso Sistémico con compromiso de órganos y sistemas presentando una Nefritis Lúpica Cale III-IV*

con afectación y deterioro Renal", al igual que para el día 16 de marzo de 2020 le realizaron un Doppler Venoso de miembro inferior bilateral, diagnosticándose *"Trombosis Subaguda Oclusiva del Sistema Venoso Profundo Infra poplíteo Derecho con extensión del Trombo a la vena Poplítea donde se observa Trombo Mural Trombosis Subaguda Ocluida de Venas Soleares Izquierdas – Sistema Venoso Profundo y Superficial competentes"*.

Refirió que para ese momento se presentó de manera simultánea la emergencia a razón de la COVID 19, por lo que la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. dispuso suspender su contrato de trabajo a partir del 1º de abril de 2020, así como que ante su estado de salud y con ocasión de su patología le realizarían una serie de quimioterapias que le impedirían cumplir sus labores en debida forma, adicional a que, su médico tratante solicitó una evaluación a través de medicina laboral con la finalidad que pudiera ser reubicada en sus labores durante la inmunosupresión agresiva, y que todas las incapacidades y recomendaciones generadas durante su tratamiento fueron puestas en conocimiento de su empleador.

Que por intermedio de otrosí a su contrato de trabajo que se celebrara el 14 de octubre de 2020, se modificó la modalidad contractual señalando una remuneración transitoria por el periodo comprendido entre el 14 de octubre y el 31 de diciembre de 2020, la cual giraba en torno a que los días que se le programara para prestar efectivamente los servicios, por los que se le contrató recibiría el 75% del salario original, y en caso de no programársele recibiría una remuneración del 25% del salario habitual, pero finalizado este periodo transicional los salarios continuarían como estaban inicialmente pactados.

Expuso que su médico tratante para el 12 de diciembre de 2020 le informó que se podía reintegrar a sus laborales en la medida que no tenía contradicción alguna, quedando sujeto a las valoraciones y controles médicos por parte de Nefrología, decisión que le fue puesta en conocimiento a la empleadora, pero para los meses de enero y febrero de 2021, la pasiva no llevó a cabo

pronunciamiento alguno, adicional a que tan solo se canceló para el mes de enero de 2021 por concepto salarial la suma de $56.616, existiendo así una considerable desmejora salarial.

Por último, adujo que para el 22 de abril de 2021 la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. dio por finalizado su contrato de trabajo a término indefinido de manera unilateral y sin justa causa como da cuenta la respectiva carta de terminación, finiquito que se llevó sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo de conformidad con lo establecido en la Ley 361 de 1997, sosteniendo a su vez que aunque no tenía ninguna restricción para laborar, persistía una condición clínica por cuanto debía estar en control por intermedio de su médico tratante.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Las demandadas de manera conjunta contestaron la demanda. Aceptaron la suscripción del contrato de trabajo inferior a tres meses entre el demandante y MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A., cuyo extremo inicial fue el 12 de junio de 2018, sosteniendo que el 11 de junio de 2019 suscribieron un otrosí al vínculo contractual, donde se acordó que la modalidad de la vinculación sería a término indefinido.

Refirieron que al inicio de la relación laboral el cargo del demandante era Geólogo Picador, pero con posterioridad, más exactamente el 1º de noviembre de 2019, se suscribió otrosí donde se acordó que el actor desempeñaría el cargo de Geólogo de Exploración, así como que en todo momento a le fue respetada la jornada máxima legal atendiendo los preceptos del artículo 161 del C.S.T.

Asimismo, expusieron que en las labores el demandante no debía realizar ningún tipo de esfuerzo físico considerable, al igual que no allegó prueba suficiente que advierta los supuestos fácticos descritos en la demanda, lo que

demuestra una carencia probatoria al tenor de lo estatuido en el artículo 167 del C.G.P., sin que incluso se les hubiese comunicado alguna anomalía considerable en su estado de salud.

Por otra parte, señalaron que el finiquito del demandante fue legal y eficaz, en la medida que se le finalizó su contrato con el correspondiente pago de la sanción en los términos del artículo 64 del C.S.T.

Formularon como medios exceptivos los denominados no ser el actor acreedor a la estabilidad laboral reforzada, inexistencia de nexo causal entre la finalización del contrato y el estado de salud del actor, no limitación del demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo, el actor no es sujeto a la aplicación de la Ley 361 de 1997, eficacia y validez del despido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral, una incapacidad y/o una recomendación médica por sí sola no otorga estabilidad laboral reforzada al actor, no discriminación del actor por su estado de salud, buena fe, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de mayo de 2022, condenó a la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. a reintegrar al demandante al cargo del cual fue desvinculado o a otro de igual o superior jerarquía acorde con sus condiciones de salud, sin que para todos los efectos salariales, prestacionales y de seguridad social haya existido solución de continuidad en la prestación del servicio, teniendo en cuenta que el salario de reintegro sería el devengado a partir de la fecha del despido, esto es $4.820.000, reintegro que opera junto con el reconocimiento y pago de los salarios y sus aumentos legales si a ello hubiese lugar, además de las prestaciones sociales de origen legal.

Igualmente, condenó en costas a la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S., absolviendo a todas las demandadas de la totalidad de condenas perseguidas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primera medida que teniendo en cuenta las pruebas arrimadas al plenario, se encuentra demostrado que el demandante y la sociedad MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A., suscribieron el 12 de junio de 2018 un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año sobre el cual operó la sustitución patronal con la sociedad ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S.

También precisó encontrarse demostrado que a través de un otrosí adiado el 11 de junio de 2019, entre el actor y ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. se pactó un cambio en la modalidad contractual, pasando de ser un contrato a término fijo a uno a término indefinido, y con el otrosí del 1º de noviembre de 2019, se acordó el cambio de denominación del cargo del demandante al de Geólogo de Exploración, así como que el salario pactado por las partes para el año 2018 fue la suma de $3.428.000 y para el año 2020 la remuneración salarial ascendió a la suma de $4.820.000, contrato que finalizó el 22 de abril de 2021 ante el finiquito sin justa causa que realizara ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S.

En lo que respecta a la figura de la estabilidad laboral reforzada alegada por el demandante, adujo el operador de instancia que de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dejado por sentado los requisitos de procedibilidad de esta figura que son: (i) pérdida de capacidad laboral que supere el 15%, (ii) que el empleador conozca de la discapacidad, (iii) que la relación laboral culmine con ocasión de la discapacidad y, (iv) que el empleador no solicite permiso para despedir al trabajador ante el Ministerio del Trabajo.

Que *a contrario sensu*, ha sido criterio pacífico de la Corte Constitucional que el sujeto de quien se predica la estabilidad laboral reforzada no es solamente el discapacitado identificado con esta condición en la Ley 361 de 1997, o la persona catalogada como inválida por una junta de calificación, sino que también se encuentra dentro de dicho concepto y se ubica dentro de dicha estabilidad aquel trabajador que haya disminuido su estado de salud como su capacidad de trabajo, y todos aquellos que por su condición física se encuentren en situación de debilidad manifiesta, lo que implica que esa estabilidad laboral reforzada solo puede ser afectada cuando medie autorización del Ministerio del Trabajo - SU-049 de 2017-, posición que adujo el *a-quo* acoger dentro del asunto de marras por ser la interpretación más favorable a los intereses del aquí demandante en virtud del principio *in dubio pro operario*.

Así las cosas, el fallador primigenio manifestó que en atención del análisis general del caudal probatorio, no cabe duda que el demandante desde el 13 de febrero de 2020 le fue diagnosticado Lupus Eritematoso Sistémico con compromiso de Órganos y Sistemas, presentando una Nefritis Lúpica y en el mes de marzo de la misma anualidad se le diagnosticó Trombosis Subaguda en el Sistema Venoso Profundo Infra poplíteo derecho con extensión de Trombo a la vena Poplítea, padecimientos que eran plenamente conocidos por su empleador ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S., dado que la historia clínica, las recomendaciones médicas y las incapacidades médicas del actor fueron remitidas a Talento Humano de la encartada como así se acreditó en el proceso, resaltando incluso que al finiquito de la relación laboral dichos padecimientos no habían desaparecido pues también se encuentra acreditado en el Dictamen No. 1019081971-078689 emitido en el año 2021 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el cual advierte que la patología denominada Lupus Eritematoso Sistémico con compromiso de Órganos y Sistemas generó en el actor una pérdida de capacidad laboral del 32.63%.

Que si bien el referido Dictamen No. 1019081971-078689 determinó como fecha de estructuración de la enfermedad el 7 de octubre de 2021, lo cierto es que dicha patología fue diagnosticada en el presente juicio desde el mes de febrero de 2020, esto es, antes del fenecimiento del vínculo laboral, adicional a que se encuentra plenamente acreditada la condición de que el actor como trabajador ha sufrido mengua en su estado de salud, situación que le impedía al empleador finalizar el contrato de trabajo, pues el demandante se encuentra inmerso en las condiciones señaladas por la Corte Constitucional, en tanto, para el 22 de abril de 2021 el señor FELIPE ANDRÉS GARCÍA HERREROS LÓPEZ contaba con estabilidad ocupacional reforzada en atención a las patologías ya enunciadas.

Que lo anterior no significa que exista una perpetuidad o inamovilidad del trabajador, sino que existe una serie de condicionamientos del empleador para finalizar el contrato laboral, siempre que se demuestren condiciones como la de probar una causal legal del despido, solicitar y obtener el despido del Ministerio del Trabajo y demostrar que han desaparecido del trabajador las circunstancias generadoras de la estabilidad a la que se ha venido haciendo alusión, siendo así que ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. en misiva del 22 de abril de 2021 terminó el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa con ocasión a una serie de despidos como así lo expuso el Director de Talento Humano de esta encartada; circunstancia por la cual, al no enmarcarse el finiquito dentro de los postulados jurisprudenciales como exoneración de la figura de estabilidad laboral reforzada para con el demandante al tenor de lo preceptuado en la Ley 361 de 1997, resulta procedente el reintegro perseguido.

Frente a la solidaridad perseguida por el demandante respecto de COLOMBIAN SHARED SERVICES S.A.S., ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. y MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN en los términos preceptuados en el artículo 36 del C.S.T., determinó que no se puede perder de vista que es característica esencial de las obligaciones solidarias en el derecho

común, que el acreedor puede exigir su cumplimiento a cualquiera de los obligados, estando facultado en términos generales para recibir su acción contra todos los deudores solidarios o, contra cualquiera de ellos según le parezca como así lo regula la normativa en comento, por lo que concluyó que teniendo en cuenta que quien tenía la calidad de empleador del demandante fuera la sociedad ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S., la cual conforme el certificado de existencia y representación legal se aprecia que es una Sociedad por Acciones Simplificadas, es por lo que en los términos del artículo 3º de la Ley 1258 de 2008 resulta ser una sociedad de capital, por tanto, no es posible hacer extensiva la responsabilidad solidaria perseguida frente a las codemandadas COLOMBIAN SHARED SERVICES S.A.S. y MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN, dado que la solidaridad se predica de las sociedades de personas, no así de las anónimas o por acciones, por lo que absolvió a estas dos últimas de las pretensiones formuladas en su contra.

En lo que atañe a la excepción de prescripción, refirió que de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., al haber finalizado el contrato de trabajo el 22 de abril de 2021 y haberse presentado la demanda el 31 de mayo de 2021, claro es que no transcurrió el término de prescripción trienal que dispone la norma.

Por último, expuso que, ante la prosperidad de las pretensiones principales, se relevaba del estudio de las pretensiones de carácter subsidiario perseguidas, declarando probada la excepción de compensación que formulara ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandada la apeló. Argumentó su reproche en el hecho que el *a-quo* indicó que, si una persona sufre de una patología, la misma nunca se podrá recuperar y, por consiguiente, va a mantener el fuero

de salud a perpetuidad, situación que va en contravía a la interpretación que se le ha venido dando a la figura de la estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, por cuanto debe tenerse en cuenta que el aquí demandante tuvo incapacidades y tratamientos en el año 2020, pero el operador de instancia pasó por alto que para el año 2021 ya no contaba con ninguna incapacidad, recomendación o restricción; tan es así, que en el mes de diciembre de 2021 su médico tratante le manifestó al actor que podía retornar a su actividad laboral sin contraindicación alguna; circunstancia por la cual, si bien el actor tuvo quebrantos de salud los mismos ya habían sido superados.

Que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la sentencia C-531 de 2000 y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ya que lo que se protege o castiga es al empleador que discrimine a un trabajador en razón de su situación de salud, y para el momento del finiquito del contrato de trabajo el demandante no presentaba ninguna mengua significativa en su salud y desarrollaba sus actividades en condiciones regulares, máxime si ni siquiera a principios del año 2021 presentó incapacidades.

Que a pesar de que al trabajador se le calificó su pérdida de discapacidad laboral sobre un 32%, el *a-quo* omitió el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues de una parte, el trabajador empezó a tramitar la pérdida de capacidad laboral después de finalizado el contrato de trabajo, de allí que como empleadora no tuviese conocimiento como así lo confesó el demandante incluso en el interrogatorio de parte rendido y, de otra, la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral se determinó seis meses posteriores al finiquito laboral.

Expuso que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional no va en contravía de la doctrina que ha regulado la Corte Suprema de Justicia, toda vez que ambas Corporaciones han ostentando el criterio que para la procedencia de esta estabilidad el trabajador debe tener una limitación severa, moderada

o profunda, que el empleador al momento de la finalización del contrato conozca del estado de salud del trabajador, y que si el contrato culmina debe existir un nexo de causalidad entre la finalización del contrato y la disminución de salud que dice tener el trabajador, aspectos que no se configuran dentro del presente asunto.

Que también se pasó por alto que el demandante presentó una solicitud en el mes de marzo de 2021, donde manifestó que no gozaba de ningún problema o contraindicación en su salud.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal y, atendiendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, si el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación del contrato de trabajo, ello con la finalidad que se efectúe su reintegro a un cargo igual o de mejores condiciones al que venía desempeñando, lo que a su vez concatena con el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales y de seguridad social, junto con los aumentos legales si a ello hubiere lugar que decidiera el fallador de instancia.

De no prosperar la condena decidida por el fallador de primer grado, la Sala deberá abordar como segundo problema jurídico si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de las pretensiones perseguidas de

carácter subsidiario, esto es, lo que gravita en torno al pago de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la enfermedad profesional padecida en la modalidad de daño emergente, lucro cesante, daño moral y las condiciones materiales de existencia, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la enfermedad que padece en la actualidad desde que la misma se originó, y pago de horas extras diurnas causadas e insolutas durante la vigencia del contrato de trabajo.

También al pago de la reliquidación de cesantías, vacaciones, primas de servicios, pagos de salarios dejados de percibir por el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 22 de abril de 2021, las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T. y la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos anteriormente expuestos, destaca la Sala en primer lugar que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que el demandante señor FELIPE ANDRÉS GARCÍA HERREROS LÓPEZ suscribió un contrato de trabajo a término fijo de tres meses con la sociedad MINERÍA TEXAS S.A., cuyo extremo inicial fue el 12 de junio de 2018, en virtud del cual el actor en inicio desempeñó el cargo de Geólogo Picador y una retribución salarial mensual de $3.428.000, empleadora respecto de la cual operó una sustitución patronal por parte de la también demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S., como así lo sostuvo el Representante Legal de esta última en el interrogatorio de parte rendido (PDF 16 – PRUEBA – EXPEDIENTE DIGITAL).

(ii) Tampoco el hecho que entre el actor y la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. el 11 de junio de 2019, se acordó a través de otrosí un cambio de la modalidad contractual a un contrato cuya duración fue indefinida, al igual que mediante otrosí calendado el 1º de noviembre de 2019 las partes establecieron un cambio en la denominación del cargo que sería el de Geólogo de Exploración, determinándose, además, que su última remuneración salarial mensual ascendía a la suma de $4.820.000 (PDF 11 – PRUEBA – EXPEDIENTE DIGITAL, fls. 117 a 118 – PDF 34 – COMTESTACIÓN DE DEMANDA).

(iii) Que el 31 de marzo de 2020 ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. suspendió diferentes contratos de trabajo, incluido el del demandante, a partir del 1º de abril de esa misma anualidad, por lo que mediante otrosí suscrito por las partes el 14 de octubre de 2020 establecieron que como consecuencia de la pandemia de la COVID 19 se daría una reactivación paulatina, de allí que el actor por el periodo comprendido entre el 14 de octubre y el 31 de diciembre de 2020, los días que se encontrase programado para prestar efectivamente los servicios para los cuales se le contrató, como también su periodo de descanso proporcional, recibiría en contraprestación una remuneración equivalente al 75% de su salario original. Por otra parte, si no se encontraba programado para laborar, o no se encontraba en su periodo de descanso compensatorio, recibiría una remuneración equivalente al 25% de su salario habitual, sumas todas que retribuirían todas las actividades que realizara e trabajador conforme al tipo de contrato (PDFS 13 y 14 – PRUEBAS – EXPEDIENTE DIGITAL).

(iv) Tampoco el hecho que ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. con carta adiada el 22 de abril de 2021 finalizó de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo del demandante a partir del

mismo 22 de abril de 2021, a lo cual efectuó el correspondiente pago de la sanción por despido sin justa causa reglada en el artículo 64 del C.S.T., prueba de ello lo es la carta del finiquito, la certificación laboral expedida por la encartada el 18 de febrero de 2020 y la respectiva liquidación de prestaciones sociales (PDFS 11, 12 y 15 – PRUEBAS – EXPEDIENTE DIGITAL).

d. De la estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 26 la Ley 361 de 1997:

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

"[…] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

"La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

"Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada

por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

"En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

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

"Y añadió, que tales preceptos, además,

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

"Los cuales han tenido un desarrollo legal, debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano, entre los que se encuentran, con

trascendencia para la definición de legalidad del fallo impugnado, los siguientes:

"[…] Ley 82 de 1988 "Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983"; […]; Ley 361 de 1997 "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones."; Ley 762 de 2002 "Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)"; […]; Ley 1287 de 2009 "Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997."; Ley 1346 de 2009 "por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006."; y la ley estatutaria 1618 de 2013 "por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad".

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

"De ahí que se haya señalado en el fallo CSJ SL3723-2020, que esta prerrogativa tiene por principal propósito «brindar protección contra la discriminación en el trabajo, esto es, de recibir un trato diferente o excluyente por un motivo ilegítimo (entendida esta como lo prevé el C111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R169 que es complementaria o reglamentaria del C159)», lo que, a su vez, se traduce en «la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

"[…] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

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

Adicionalmente, la Alta Corporación señaló en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022:

"[…] ***Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral***

"Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

"[…] adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

"En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, ***que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral****,* ***solo aquella relevante****; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

"Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

"En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

"En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una ***condición de discapacidad relevante****, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.*

Así las cosas, confrontado el caudal probatorio allegado al plenario, en especial el de carácter documental, se aprecia en primer lugar que milita una orden médica adiada el 6 de abril de 2020 que denota que para la fecha referida el aquí demandante contaba con 26 años, con un diagnóstico de Lupus Eritematoso Sistémico con sospecha de Nefritis Lúpica, al igual que, yace la correspondiente historia clínica del actor la cual describe diagnósticos y procedimientos derivados de ser en efecto un paciente con Lupus y sospechas de la referida Nefritis Lúpica, paciente por 4 meses Inmunosuprimido por lo que debía evitar asistencia a minas para evitar infección por hongos, donde se efectuaron recomendaciones para que el paciente estuviera en oficina mientras culminaba la Inmunosupresión de alta intensidad, diagnóstico principal Lupus Eritematoso Sistémico con compromiso de órganos o sistemas M321, de allí que ante tales diagnósticos el aquí demandante venía recibiendo asistencia médica, incluso como orden de recomendaciones se le determinó aplicación de medicamentos o inyecciones Ciclofosfamida en sala y aplicación de Quimioterapia de bajo riesgo en sala por dos dosis (Fls. 1, 2 a 44 – PDF 6 - PRUEBAS – EXPEDIENTE DIGITAL).

De igual manera obra la incapacidad médica expedida al demandante, calendada el 25 de febrero de 2020 por la Clínica Colsanitas S.A. por un periodo de 40 días, comprendida entre el 13 de febrero y el 23 de marzo de 2020, con diagnóstico denominado dolor en el pecho no especificado, así como una orden de procedimientos del 25 de febrero de 2020 de Medicina Interna Interconsulta cuya observación allí contenida era de "Control por Medicina Interna Consultorio 410" (Fls. 45 y 46, 47 – PDF 6 - PRUEBAS – EXPEDIENTE DIGITAL).

Por otra parte, obra documento emitido por la médica OLGA LUCÍA CUBIDES SÁNCHEZ de la Clínica Colsanitas, donde tuvo un resultado de *"Trombosis Subaguda Oclusiva del Sistema Venoso Profundo Infra poplíteo derecho con extensión del Trombo a la Vena Poplítea donde se observa Trombo Mural. Trombosis Subaguda Oclusiva de Venas Soleares Izquierdas. Sistema Venoso profundo y superficial de las Safenas competentes, dándose recomendaciones al actor de consulta prioritaria para su manejo"* (Fl. 53 – PDF 6 - PRUEBAS – EXPEDIENTE DIGITAL).

El 17 de junio de 2020 al actor se le practicó un segundo estudio por la médica OLGA LUCÍA CUBIDES SÁNCHEZ de la Clínica Colsanitas, en el que la profesional de la salud tuvo como diagnóstico *"Estudio Negativo para Trombosis Venosa profunda y superficial recientes, Trombosis antigua conocida recanalizada del Sistema Venoso profundo bilateral con insuficiencia moderada secundaria. Sistema Venoso superficial de las Safenas competentes"* (Fl. 56 – PDF 6 - PRUEBAS – EXPEDIENTE DIGITAL).

Además, se aprecia una comunicación emitida por la EPS Sanitas al demandante del 19 de mayo de 2020, donde en términos generales se le indica que en lo que respecta a las restricciones y/o recomendaciones laborales hacían parte de su correspondiente empleador enmarcadas en el programa de Salud Ocupacional (Fl. 60 – PDF 6 - PRUEBAS – EXPEDIENTE DIGITAL).

Asimismo, se aprecia que las anteriores situaciones padecidas por el demandante, el actor las comunicó a la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. en las fechas 27 de febrero 2020, 7 de marzo de 2020, 1º de abril de 2020, 6 de abril de 2020, 21 de mayo de 2020, 9 de junio de 2020 y 15 de julio de 2020 a través de sendos correos electrónicos (PDF 6 - PRUEBAS – EXPEDIENTE DIGITAL).

Así las cosas, en atención del precedente jurisprudencial emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este Cuerpo Colegiado de entrada advierte que contrario a lo decidido por el fallador de primera instancia, dentro del asunto de marras no se configuran los presupuestos necesarios que conlleven a determinar el amparo de la estabilidad deprecada por el actor en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como pasa a exponerse.

Lo anterior, por cuanto, si bien no existe discusión que el demandante para el periodo comprendido entre el mes de febrero y junio del año 2020 presentó notorios quebrantos en su salud como consecuencia de la Lupus Eritematosa Sistémica con compromiso de Órganos y Sistemas, presentando una Nefritis Lúpica y en el mes de marzo de la misma anualidad se le diagnosticó Trombosis Subaguda en el Sistema Venoso Profundo Infra poplíteo derecho con extensión de Trombo a la vena Poplítea, los cuales sin duda fueron conocidos por la encartada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S., lo cierto es que sus situaciones de deficiencia sucedieron tiempo atrás al finiquito laboral, último que como ya se refirió sucedió el 22 de abril de 2021, de lo que se puede colegir la carencia de alguna mengua en su salud que en los términos de la Corte Suprema de Justicia pudiera considerarse como una condición de discapacidad relevante.

A *contrario sensu*, como lo señaló el mismo demandante en el interrogatorio de parte surtido, claro fue en indicar que cuando sucedió el finiquito ni siquiera se encontraba incapacitado, ni mucho menos que tuviese calificada pérdida de

capacidad laboral, aspecto que se acompasa en el hecho de que las únicas incapacidades que se encuentran demostradas dentro del plenario son las comprendidas entre el 13 de febrero y el 23 de marzo de 2020, que advierten su desmejora sobre un interregno de más de un año atrás a la terminación de su contrato de trabajo.

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que fue el mismo demandante quien para el mes de marzo de 2021, le comunicó a la encartada que el 12 de diciembre de 2020 que su médico tratante le permitía reintegrarse a sus labores sin ninguna contraindicación (PDF 10 - PRUEBAS – EXPEDIENTE DIGITAL), tópico último del que se puede colegir que a pesar de la condición presentada en su entonces, no es dable presumir que fuese la que ocasionó el despido sin justa causa que efectuara la pasiva, puesto que se reitera, en los términos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia debe existir un nexo causal entre la patología padecida y el aspecto de terminación del vínculo contractual.

Por otra parte, es menester acotar que tampoco es objeto de discusión que el demandante con posterioridad a la finalización de su contrato de trabajo y a *motu pro prio*, más exactamente el 25 de mayo de 2021, solicitó ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca la calificación de su pérdida de capacidad laboral, de allí que dicha Junta emitiera el Dictamen No. 1019081971 – 078689 a través del cual le fueron diagnosticadas las patologías de: (i) Nefritis lúpica clase funcional 2. Creatinina 1.29, (ii) Uso de corticoides VO, (iii) Hipertensión arterial en tratamiento, (iv) Antecedente de trombo miembros inferiores. Doppler levemente anormal, patologías todas que arrojaron una pérdida de capacidad laboral del 32.63% (PDFS 4 y 5 - PRUEBAS y PDF 36 – DICTAMEN JUNTA REGIONAL – EXPEDIENTE DIGITAL).

A pesar de ello, lo cierto es que el dictamen de la referencia de una parte, determinó que la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral fue a partir de 7 de octubre de 2021, data posterior incluso a la terminación de

la relación laboral, lo que no daría cabida a preceptuar en los términos de la Corte Suprema de Justicia un presunto nexo causal para un reintegro atendiendo que la estructuración no se dio dentro de la vigencia del contrato de trabajo y, de otra, el actor en ningún momento puso de presenta el dictamen a la encartada, lo que resultaba imposible de que esta lo conociera con posterioridad al 22 de abril de 2021; circunstancia por la cual, no se configura la estabilidad laboral reforzada reglada en la Ley 361 de 1997, tópico que a su vez conlleva a que la decisión de primer grado sea revocada en su integridad, entendiéndose también la absolución de los pagos ordenados como consecuencia del reintegro.

Atendiendo lo expuesto hasta aquí, es por lo que la Sala deberá adentrarse al estudio de las pretensiones de carácter subsidiario.

e. **De las pretensiones atinentes al pago de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la enfermedad profesional padecida en la modalidad de daño emergente, lucro cesante, daño moral y las condiciones materiales de existencia, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la enfermedad que padece en la actualidad desde que se originó la misma, y pago de horas extras diurnas causadas e insolutas durante la vigencia del contrato de trabajo. Asimismo, al pago de la reliquidación de cesantías, vacaciones, primas de servicios, pagos de salarios dejados de percibir por el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 22 de abril de 2021, las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T. y la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.**

Del pago de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la enfermedad profesional padecida en la modalidad de daño emergente, lucro cesante, daño moral y las condiciones materiales de existencia:

El artículo 1614 del Código Civil regula:

> ***"ARTICULO 1614.*** *Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento."*

A su turno, el artículo 167 del C.G.P., aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece:

> ***"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.*** *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*
>
> *"No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.*
>
> *"Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.*
>
> *"Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba."*

Es así como lo pretendido por el demandante debe acreditarse por sus propios medios probatorios en atención de la carga probatoria que le asiste.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado en múltiples decisiones, que para la procedencia de la indemnización plena de perjuicios no solo es necesario demostrar la relación de causalidad que existe

entre el trabajo y el accidente o la enfermedad del trabajador, sino también la culpa suficientemente comprobada del empleador, en tanto, no basta una afirmación genérica de la falta de vigilancia y control para imputar la culpabilidad, así lo ha sostenido en sentencias SL5313-2022, Radicación No. 85925, SL3404-2022, Radicación No. 88859 del 28 de septiembre de 2022, SL3289-2022, Radicación No. 90059 del 21 de septiembre de 2022, entre otras.

Así las cosas, la Sala de entrada advierte la carencia probatoria dentro del presente asunto, pues no existe medio de convicción alguno que acredite que las afectaciones de la salud que ha venido presentado el demandante fuesen ocasionadas por negligencia del empleador, máxime si se tiene en cuenta que como lo advierte el Dictamen No. 1019081971 – 078689 expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en la actualidad no se encuentra determinado si la patología fue de origen común o laboral, situación por la que habrá de absolverse por esta súplica.

Del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la enfermedad que padece en la actualidad desde que se originó la misma:

De entrada, la Sala precisa no haber lugar a este pago, ello atendiendo a que, como ya se precisó, al demandante a través del Dictamen No. 1019081971 – 078689 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, le fue determinada una pérdida de capacidad laboral del 32.63%.

Por tal razón, en caso de aspirar a la prestación, sea ante un riesgo común o uno de índole laboral, debe ostentar como mínimo una pérdida de capacidad laboral del 50% de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 9º de la Ley 776 de 2002 respectivamente; circunstancia por la cual, al ser sus patologías calificadas sobre el 32.63%, palmario resulta para la Sala la absolución sobre esta súplica.

Del pago de horas extras diurnas causadas e insolutas durante la vigencia del contrato de trabajo:

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que el trabajo suplementario debe estar acreditado dentro del proceso, carga probatoria que por demás le atañe probar a la parte demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., sentencias SL3380-2022, Radicación No. 85642 del 30 de agosto de 2022, SL2999-2022, Radicación No. 79949 del 24 de agosto de 2022, SL3021-2022, Radicación No. 84513 del 10 de agosto de 2022, entre otras.

En tal sentido, del caudal probatorio aportado, no se evidencia que el demandante hubiese aportado medio de convicción sobre la prestación del servicio en tiempo suplementario, lo que conlleva a que esta pretensión no goce de prosperidad.

De la reliquidación de cesantías, vacaciones, primas de servicios, pagos de salarios dejados de percibir por el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 22 de abril de 2021, así como la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T.:

Frente a este aspecto de pretensiones, tampoco obra en el plenario prueba que evidencie si quiera la forma de pago sobre estos periodos, por lo que, ante la carencia probatoria de la parte demandante en probar sus dichos, resulta inoperante formular algún tipo de condena sobre estos conceptos.

Tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro

de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, SL1229-2022, Radicación No. 85137 del 5 de abril de 2022; circunstancia por la cual, al no encontrarse adeudado rubro alguno por concepto de salarios y prestaciones sociales esta pretensión también habrá de absolverse.

De la indemnización por despido sin justa causa reglada en el artículo 64 del C.S.T.:

Como ya se expuso, no fue objeto de reproche que al aquí demandante la encartada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. finalizó su contrato de trabajo mediante fechada el 22 de abril de 2021, a partir de la misma calenda.

Como consecuencia de lo anterior y, según se desprende de la liquidación efectuada al demandante, le fue cancelada esta sanción por valor de $10.809.296 (PDF 11 – PRUEBAS – EXPEDIENTE DIGITAL), monto que a juicio de la Sala se encuentra ajustado a derecho por cuanto el último salario mensual que devengó fue la suma de $4.820.000, y los extremos del contrato se comprendieron entre el 12 de junio de 2018 y el 22 de abril de 2021, por lo que también habrá de absolverse a la demandada de esta pretensión.

De la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997:

Habrá de absolverse sobre esta condena, en la medida que al resultar improcedente el reintegro atendiendo las consideraciones expuestas, no hay lugar de esta indemnización.

Es así como la decisión de primera instancia habrá de revocarse y adicionarse conforme a lo expuesto.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante por cuanto la decisión de primer grado se revoca. Las costas de primera instancia correrán igualmente a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 26 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de que el demandante señor FELIPE ANDRÉS GARCÍA HERREROS LÓPEZ no goza de la estabilidad laboral reforzada preceptuada en la Ley 361 de 1997, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión, por lo que se **ABSUELVE** a la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. de las pretensiones principales formuladas por el actor.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **ADICIONA** la sentencia de primera instancia, para **ABSOLVER** a la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. de las pretensiones de carácter subsidiario formuladas por el señor FELIPE ANDRÉS GARCÍA HERREROS LÓPEZ.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $400.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P. Las costas de primer grado correrán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **37 2019 00127 01**
Demandante: SIGIFREDO ZULUAGA GUTIERREZ
Demandado: METALPLUS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 13 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor SIGIFREDO ZULUAGA GUTIERREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de METALPLUS S.A., con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 16 de agosto de 2010 hasta el 17 mayo de 2017, el cual terminó de manera unilateral por parte del trabajador ante el incumplimiento sistemático del empleador de las obligaciones laborales a su cargo; igualmente, pretende se declare que no se pagaron salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones en los periodos que señala en el *petitum*.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene al pago de los salarios causados del 1º de octubre de 2016 hasta el 17 de mayo de 2017, dotaciones, cesantías e intereses a las cesantías del 1º de enero de 2012 al 17 de mayo de 2017, prima de servicios del 1º de enero de 2016 al 17 de mayo de

2017, vacaciones del 16 de agosto de 2011 hasta el 17 de mayo de 2017; asimismo, solicita se condene a pagar la sanción por la no consignación de las cesantías del 16 de febrero de 2013 al 17 de mayo de 2017; la sanción por no pago de los intereses a las cesantías del 1º de febrero de 2011 al 17 de mayo de 2017, los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión del 1º de febrero de 2011 hasta el 17 de mayo de 2017, la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., junto con la indexación de las sumas adeudadas, más los intereses moratorios y las costas y agencias en derecho, en las sumas que indica en el escrito inaugural.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la encartada el 16 de agosto de 2010, para desempeñar el cargo de operario, devengando el salario mínimo mensual legal vigente, vínculo que se mantuvo vigente hasta el 17 de mayo de 2017, calenda en la cual terminó de manera unilateral el contrato de trabajo por causa imputable al empleador.

Expuso que desarrolló de manera personal sus funciones, cumpliendo instrucciones del gerente de la accionada de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., adicionalmente, relató que, desde finales de 2011 la accionada no cumplió con la totalidad del pago de sus prestaciones sociales y los aportes a Seguridad Social.

Relató que no le eran cancelados los salarios en su integridad y a tiempo, por lo que se adeudan los devengados del 1º de octubre de 2016 hasta el 17 de mayo de 2017. De la misma forma, señaló que se le adeudan dotaciones del 1º de enero de 2012 al 17 de mayo de 2017, pues el gerente de la accionada les pedía a los empleados que compraran de su propio peculio los overoles y el calzado para laborar, aduciendo que con posterioridad les pagaría tal gasto.

Adujo que las primas de servicio se pagaban tarde e incompletas, por lo que se las causadas del 1º de enero de 2016 al 17 de mayo de 2017, sucediendo lo mismo con las vacaciones, pues solo tomaba la mitad del tiempo, por lo que se

le adeuda la mitad de ese concepto por los años 2012, 2013 y 2014, y la totalidad de los años 2015, 2016 y 2017. De otro lado, señaló que no le fueron consignadas las cesantías en el respectivo fondo, ni se pagaron los intereses a las cesantías de 2012 a 2017.

Manifestó que el empleador se sustrajo de su obligación de realizar cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social y pagar Aportes Parafiscales, ya que las últimas cotizaciones a su favor datan de enero de 2011, pese a haber realizado los descuentos de ley, lo que se colige con la Historia Laboral expedida por COLPENSIONES y la certificación de afiliación a CAFESALUD.

En otro giro, expuso que se vio obligado a renunciar el 17 de mayo de 2017, por falta de pago de sus prestaciones laborales, adeudándose la respectiva indemnización como consecuencia del despido indirecto por causa imputable a su empleador, además por la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales se le adeuda la respectiva indemnización moratoria.

Agregó que, en vigencia del contrato radicó cuenta de cobro ante la enjuiciada el 23 de enero de 2017, en la que solicitó al gerente de la accionada, la cancelación de las prestaciones adeudadas desde 2012 hasta 2016, por concepto de cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, primas de servicios y el pago de aportes a pensión y salud, a la cual adjuntó la respectiva liquidación, sin que hubiese recibido respuesta de la convocada a juicio, por el contrario, esa accionada siguió persistiendo en el incumpliendo de sus obligaciones laborales.

Finalmente, añadió que el 21 de noviembre de 2017 radicó petición ante la demandada, solicitando el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones causadas y no pagas durante la vigencia del contrato laboral, sin que haya emitido respuesta a la misma. (fls. 4 a 29 archivo denominado *proceso ordinario 2019-00127*).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada METALPLUS S.A. a través de curador *ad litem* contestó el libelo genitor con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el actor debe probar los supuestos de hecho en que funda sus pretensiones.

Formuló como excepciones de mérito la de prescripción y la genérica o innominada (fls. 125 a 127 archivo denominado *proceso ordinario 2019-00127*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de junio de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo del 16 de agosto de 2010 al 17 de mayo de 2017. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar al demandante por auxilio de cesantías $3.296.582, intereses sobre las cesantías $25.112, prima $889.761, vacaciones $444.880, indemnización por despido sin justa causa $5.237.790, por sanción por no consignación a las cesantías $2.091.347, sanción moratoria $24.591 desde el 18 de mayo de 2017 hasta que se haga efectivo el pago de las condenas por concepto de prestaciones sociales.

Adicionalmente, condenó a la accionada a reconocer y pagar al actor los aportes en seguridad social en pensión, debiendo tomar como IBC el SMMLV de cada anualidad desde el 1º de febrero de 2011 hasta el 17 de mayo de 2017. Además, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, con excepción del auxilio de cesantías y los aportes al sistema de seguridad social en pensión, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas y agencias en derecho a la pasiva.

Para arribar a tal conclusión, el fallador de instancia señaló que el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo y en consecuencia hay lugar al pago de las acreencias laborales que se reclaman en el libelo introductorio.

Para el efecto trajo a colación el artículo 53 de la C.P., y los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., en consonancia con lo anterior, señaló que, de las pruebas obrantes en el plenario, tales como los desprendibles de nómina, la certificación laboral expedida por la encartada el 14 de diciembre de 2016 y el reporte de semanas cotizadas en pensiones, y las declaraciones que se recibieron en el trámite procesal, quedó acreditada la prestación del servicio por parte del actor, luego, al no haber desvirtuado la pasiva la presunción legal que operó en su contra, declaró que entre las partes en contienda existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 16 de agosto de 2010 y el 17 de mayo de 2017, el cual terminó por parte del demandante con la renuncia que presentó al cargo que venía desempeñando, señalando que reconocería las acreencias reclamadas en el libelo genitor.

Sin embargo, previo a avanzar con el estudio de las demás pretensiones, señaló frente a la excepción de prescripción que propuso el curador *ad litem* de la accionada, que al haber terminado el contrato de trabajo el 17 de mayo de 2017 y haber sido presentada la demanda el 14 de febrero de 2019, según consta en el acta de reparto, adujo que había operado el fenómeno de prescripción de manera parcial de acuerdo con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del CPT y de la S.S., declarando prescritos los derechos causados con anterioridad al 14 de febrero de 2016, excepto el auxilio de cesantías y los aportes a pensión.

Definido lo anterior, expuso frente al pago de salarios insolutos que no había lugar a impartir condena por tal concepto, en tanto, el actor aceptó que se le habían sido pagados; sobre las prestaciones sociales dijo que no encontró probados el pago de las mismas, por lo que condenó al pago de cesantías por $3.296.582 causadas durante la vigencia de la relación laboral, esto teniendo en cuenta que se reclaman desde el año 2012, por intereses sobre las cesantías por $25.112, por prima de servicios $889.761 y vacaciones $444.880.

En cuanto a la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. y la sanción por la consignación de las cesantías, señaló que no encontró probado un actuar de buena fe de parte de la accionada, dado que se sustrajo del pago de las obligaciones a su cargo, sin justificación alguna sobre el particular, ordenando

el pago de $24.591, diarios desde el 18 de mayo del año 2017 hasta la fecha en que se realice el pago efectivo de las prestaciones sociales, esto es, sobre cesantías, interese sobre las cesantías y la prima de servicios, teniendo en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2017; en cuanto a la sanción por no consignación de las cesantías, señaló que atendiendo la excepción de prescripción, había lugar a pagar las del año 2016, por lo que calculado desde el 15 de febrero de 2017 hasta el 17 mayo 2017, ello arroja un total de $2.091.347.

De otro lado, indicó frente al pago de la indemnización por despido sin justa causa, a razón del despido indirecto por causa atribuible al empleador ante la falta de pago de las acreencias laborales al trabajador, indicó que al haber existido un contrato de trabajo a término fijo entre las partes, precisó que ese concepto corresponde al tiempo que le hiciere falta para finalizar el contrato de trabajo, esto teniendo en cuenta que inicialmente se pactó un contrato por un periodo de cuatro meses, luego, después de las tres prórrogas de ley, el mismo quedo determinado en un (1) año del 16 de diciembre de 2011 al 15 de diciembre de 2012, y así sucesivamente; por tanto, procede la indemnización del 17 de mayo al 15 de diciembre de 2019, es decir, por 213 días en suma de $5.237.790, teniendo en cuenta el s.m.m.l.v.

Igualmente, respecto al pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, advirtiendo que no se efectuaron cotizaciones del mes de febrero de 2011 hasta el 17 de mayo de 2017, por ende, condenó al pago de los aportes por ese lapso, como una obligación de hacer teniendo en cuenta un IBC correspondiente al s.m.m.l.v. para cada anualidad, concediendo a la encartada un término para proceder con la solicitud de la liquidación y del pago ante COLPENSIONES. Por último, absolvió a la accionada por el pago de aportes a salud y dotaciones y condenó en costas y agencias en derecho a la accionada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Indicó que, para estudiar la excepción de prescripción y su interrupción, no se tomó en cuenta la reclamación que efectuó el actor el 23 de enero de 2017, mediante la cual

reclamó el pago de sus derechos laborales y la Seguridad Social, por ende, deben declararse prescritas las acreencias anteriores al 23 de enero de 2014, ello, conforme el artículo 489 C.S.T.

En subsidio, señaló que en caso de no tomarse en cuenta esa solicitud, adujo que realizó una segunda reclamación el 21 de noviembre de 2017, por lo que debe tenerse en cuenta esa fecha como interrupción de la prescripción, por tanto, solicita se modifique la fecha en que se interrumpe la prescripción y se reliquide cualquier prestación que se haya visto afectada por tal fenómeno.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar como problema jurídico a resolver, si se interrumpió el fenómeno prescriptivo desde la fecha en que se presentó la demanda; en caso negativo se procederá a determinar la fecha en la que operó dicha excepción y si hay lugar a modificar los montos de las condenas que emitió el *a-quo*.

c. De la existencia del contrato de trabajo:

Al descender al *sub-examine* y de acuerdo con el problema jurídico planteado, se advierte que no es objeto de debate en esta instancia, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, vigente del 16 de agosto de 2010 hasta el 17 de mayo de 2017, el cual terminó de manera unilateral por parte del trabajador, como tampoco es causal de reproche los conceptos por los cuales el juez de primer grado impartió condena en primera instancia.

Ahora, cabe destacar que el *a-quo* impartió condenas tomando como salario base, el mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, lo que guarda consonancia con lo expuesto por el gestor en el hecho quinto de la demanda y la certificación expedida el 14 de diciembre de 2016. (Fl. 57 archivo denominado *proceso ordinario 2019-00127*); aspecto del cual tampoco se advierte inconformidad alguna, por lo que se tendrá como salario devengado en el mínimo mensual legal vigente para cada anualidad.

d. De la Prescripción frente al Pago de las Acreencias laborales Reclamadas:

Manifiesta el promotor de la litis, su disenso frente a la interrupción de la prescripción que tomo en cuenta el fallador de instancia, en tanto, en la sentencia se señaló que la misma se había interrumpido con la presentación de la demanda, lo cual ocurrió el 14 de febrero de 2019 según se colige del acta de reparto (Fl. 88 archivo denominado *proceso ordinario 2019-00127*), declarando así, probada de manera parcial la excepción de prescripción respecto a los derechos causados con anterioridad al 14 de febrero de 2016, excepto sobre el auxilio de cesantías y los aportes a seguridad social en pensión.

Por su parte, el actor señala que el 23 de enero de 2017 elevó reclamación ante la pasiva solicitando el pago de sus derechos laborales, por tanto, contrario a lo aseverado por el fallador de instancia, la prescripción recae sobre las acreencias causadas con anterioridad al 23 de enero de 2014; y que en caso de no tenerse en cuenta la citada reclamación, se dé valor probatorio a la realizó a través de su apoderada el 21 de noviembre de 2017, en la que deprecó el pago de los emolumentos que aquí demanda.

De cara a lo anterior, conviene acotar que en materia laboral los derechos laborales se encuentran sujetos a un término de prescripción trienal, el cual se cuenta desde la fecha de causación y exigibilidad del derecho y es susceptible de interrupción, por una única vez mediante la correspondiente reclamación, acorde lo disponen los artículos 488 y 489 del C.S.T, en concordancia con lo reglado por el artículo 151 del C.P.T y la S.S.

Al respecto, imperioso resulta recordar lo establecido en los aludidos preceptos legales sobre el particular, advirtiendo que el artículo 151 del C.T.P. y de la S.S. señala sobre la prescripción que *"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual".*

En igual sentido, el artículo 488 del C.S.T., dispone que *"Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto"* y el artículo 489 de la misma codificación dispone que "*El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente".*

A su vez, el artículo 94 del CGP, dispone que:

> *"La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.*

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

No obstante, esa misma Corporación en SL5476-2021, Radicación No. 86282 de 29 de noviembre de 2021, al memorar lo sentado en la sentencia CSJ SL3693-2017, refirió que le asiste responsabilidad al accionante de lograr la notificación oportuna del auto admisorio de la demanda, pues siendo una actuación que redundaba en su propio beneficio, debe adelantar todas las actuaciones tendientes al cumplimiento de ese acto en tiempo, en armonía con sus intereses litigiosos.

Bajo esa óptica, se memora que la relación laboral finalizó el 17 de mayo de 2017, e igualmente, que la encartada propuso la excepción de prescripción, la cual el Juez de instancia consideró que se interrumpió con la presentación de la demanda, no siendo ello así, según lo adujo la activa; pues de los escritos de 23 de enero de 2017 y 21 de noviembre de 2017 se puede colegir que se interrumpió la prescripción en fecha anterior a la presentación de la demanda, encontrándose frente a la primera comunicación, que no se advierte que cuente con constancia de recibo por parte del empleador demandado, por lo que no podría darse a la misma el efecto que busca la parte demandante. En cuanto al segundo documento, tampoco es posible tenerlo en cuenta, por las razones que más adelante se expondrán. (Fls. 76 a 77 y 78 a 81 archivo *proceso ordinario 2019-00127*).

Acorde con lo anterior, se observa que mediante auto de 22 de febrero de 2019 se admitió la demandada, el cual fue notificado al actor por anotación en estado el 25 de febrero de ese mismo año. Además, se allegaron diligencias de remisión de citatorio y aviso a la demandada el 26 de marzo de 2019, los que se dirigieron a la carrera 35 No. 10 - 42, dirección que se indica para efectos de notificaciones judiciales en el certificado de Cámara de Comercio, el cual se entregó a un tercero; sin embargo, el estrado judicial de origen mediante auto de 17 de junio de 2019, dispuso que la activa realizara de nuevo la notificación del artículo 292 del CGP, en tanto, no se mencionó en el aviso la prevención de que trata el artículo 29 del CPT y de la SS, esto es, que en caso de no comparecer la pasiva en el término de ley a notificarse personalmente del auto admisorio de la demanda, se le designaría un curador para la litis, siendo aportada la notificación en comento el 8 de julio de 2019. (Fls. 35 y 89 a 107 archivo *proceso ordinario 2019-00127*).

En vista de lo anterior, mediante providencia de 20 de agosto de 2019, se ordenó el emplazamiento de la enjuiciada, además se indicó que sí una vez transcurrido el término de 15 días después de la publicación del emplazamiento, no concurría la accionada a notificarse, se le designaría curador *ad litem;* en consecuencia, se llevó a cabo el respetivo emplazamiento (Fls. 108 a 118 archivo *proceso ordinario 2019-00127*).

No obstante, no fue sino hasta el 9 de junio de 2021, que se designó curador *ad litem* a la accionada, el cual aceptó la designación el 16 de junio de esa misma anualidad y allegó contestación a la demanda (Fls. 119 a 127 archivo *proceso ordinario 2019-00127*).

Del anterior recuento, se puede concluir que la parte demandante no cumplió con la carga que le correspondía de llevar a cabo de manera efectiva la notificación al extremo pasivo en el término de ley, pues nótese que consintió que el Juzgado de origen no designara curador por lo menos en el mismo proveído en el que ordenó el emplazamiento, el cual solo se designó y contestó el escrito inaugural después de transcurrido más de un año desde la presentación de la demanda, de modo que si en gracia de discusión se tuviese en cuenta la reclamación que elevó el actor el 21 de noviembre de 2017, se encuentra que tampoco interrumpió la prescripción por las razones anteriormente expuestas.

De tal manera que desde la reclamación del 21 de noviembre de 2017 hasta la notificación de la demanda (hecho que interrumpe la prescripción), acaecida el 16 de junio de 2021, transcurrió un término de 3 años, 6 meses y 26 días, por lo cual no es dable acoger el reclamo escrito a efectos de contabilizar el término de prescripción, máxime que el artículo 1º del Decreto Legislativo No. 564 de 2020 señaló que la suspensión términos de prescripción y caducidad se suspendieron desde el 16 marzo 2020, lo cual permaneció hasta el 30 de junio de 2020, esto es, que aún al contabilizar dicho lapso, transcurrió un término superior a 3 años.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado de acuerdo con las consideraciones anteriormente referidas. **COSTAS** en esta instancia a cargo del actor, toda vez que el recurso de alzada no gozó de prosperidad.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos referidos en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **37 2021 00219 01**
Demandante:	HUGO ENRIQUE MARTÍNEZ BURGOS
Demandado:	UGPP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada UGPP, contra de la sentencia proferida el 1º de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HUGO ENRIQUE MARTÍNEZ BURGOS formuló demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, a fin que se declare que prestó sus servicios a la CAJA AGRARIA, mediante contrato de trabajo a término indefinido del 14 de julio de 1976 hasta el 27 de junio de 1999, y que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 -1999, suscrita por la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la UGPP a reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación convencional establecida en el parágrafo 1º y 3º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo

1998 – 1999; desde el 2 de diciembre de 2010, fecha en que cumplió 55 años, indexando la primera mesada pensional, teniendo en cuenta el último salario promedio mensual que devengó de $1.107.727, aplicando la variación del IPC causado desde la fecha de desvinculación el 27 de junio de 1999 hasta el día en que se hizo exigible el derecho pensional el 2 de diciembre de 2010, junto con reajustes de ley, las mesadas adicionales de junio y diciembre, la indexación de las mesadas adeudadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, expuso que laboró para la CAJA AGRARIA del 14 de julio de 1976 hasta el 27 de junio de 1999, esto es, por espacio de 22 años y 343 días, desempeñando como último cargo el de subdirector II, Grado 06 en la oficina de Toca Boyacá, devengado como último salario promedio mensual la suma de $1.107.727.

Adujo que, durante su vinculación con la CAJA AGRARIA, estuvo afiliado al SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CAJA AGRARIA – SINTRACREDITARIO, por lo que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 - 1999, que estos celebraron el 15 de abril de 1998, la cual estaba vigente al momento de su despido, el cual se dio por parte del empleador sin que mediara justa causa.

Precisó que, la UGPP es un establecimiento público del orden nacional, que en la actualidad tiene a su cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas legales y convencionales de los extrabajadores, pensionados y beneficiarios de la liquidada CAJA AGRARIA, según el Decreto 2842 de 2013.

Finalmente, expuso que cumplió 55 años el 2 de diciembre de 2010, y que solicitó el 31 de marzo de 2021, la pensión convencional a la encartada, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 6º del CPT y de la SS. (Fls. 2 a 18 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, pues si bien no discute que el promotor trabajó para la liquidada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, no tiene derecho a la pensión convencional deprecada, ya que según el Acto Legislativo 01 de 2005, las convenciones colectivas perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, calenda anterior a que el accionante cumpliera con los requisitos expresamente dispuestos por la misma Convención Colectiva para el reconocimiento de la pensión solicitada, siendo inviable jurídicamente su reconocimiento.

Formuló las excepciones previas de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y falta de agotamiento de los requisitos de procedibilidad, la cual se declaró no probada en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S.

A su vez, propuso como excepciones de mérito la de imposibilidad de aplicar una convención colectiva de trabajo cuyos efectos jurídicos han cesado parcialmente por mandato constitucional, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, cumplimiento del deber legal de la UGPP, buena fe, prescripción, legalidad de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la pensión convencional y la genérica. (Fls. 5 a 14 archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de agosto de 2022, declaró que el actor tiene derecho a la pensión de jubilación contemplada en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1998 - 1999, sobre una mesada pensional inicial indexada al 2 de diciembre de 2010 de $1.632.911.

Además, condenó a la demandada a reconocer y pagar al actor el retroactivo pensional que se cause con ocasión del mayor valor que se genere entre la mesada reconocida por COLPENSIONES y la pensión convencional, retroactivo que deberá reconocerse sobre 14 mesadas, a partir del 31 de marzo de 2018. También condenó a pagar la indexación de todas y cada una de las diferencias pensionales que se llegaran a causar; declaró parcialmente probaba la

excepción de prescripción sobre los derechos causados con anterioridad al 30 de marzo de 2018, autorizó el descuento de aportes al sistema de seguridad social en salud y condenó en costas a la accionada.

Como fundamento de su decisión, señaló que se encontraba acreditado en el plenario la prestación de servicios del actor a la CAJA AGRARIA del 14 de julio de 1976 hasta el 27 de junio de 1999, el cargo que desempeñó, el salario que devengó y que estuvo afiliado al Sindicato SINTRACREDITARIO. De la misma forma, adujo que la Convención Colectiva 1998-1999 suscrita entre el empleador y el Sindicato, cumplía con los presupuestos establecidos en el artículo 467 del C.S.T.

Adicionalmente, trajo a colación el artículo 41 de la referida convención, con el fin de verificar si el actor cumplía con los presupuestos allí establecidos para hacerse acreedor a la prestación pensional que depreca. De es forma, señaló que el parágrafo 1º de dicho artículo admite el reconocimiento de la pensión de jubilación para quienes se retiren o hayan sido retirados y acrediten 20 años de servicios y lleguen a la edad de 55 años en el caso de los hombres, siendo este último requisito de mera exigibilidad, más no de causación como lo ha establecido la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues el requisito de tiempo de servicios es en realidad el que genera la causación del derecho pensional.

De esa forma señaló que de acuerdo con la certificación aportada al expediente, se encontraba acreditado que el actor había prestado sus servicios a la CAJA AGRARIA por espacio de 21 años, 3 meses y 11 días; luego, no existe vulneración alguna al Acto Legislativo 01 de 2005, pues el derecho se causó antes de su entrada en vigencia, por lo que no puede estar supeditado al plazo establecido en esa norma.

Frente a la tasa de reemplazo y los factores a tener en cuenta para su fijación de la mesada, dijo que la primera correspondía al 75%, y los factores aludían a uno fijo y otro variable, por lo que al realizar las operaciones del caso el ingreso base de liquidación ascendía a $1.107.727; suma que indexada arroja un valor de $2.177.214, al que al aplicar la tasa de reemplazo del 75%, fija como valor de la primera mesada la suma de $1.632.911.

Expuso que dicha pensión convencional es compartible con la pensión de vejez que le fuera reconocida al actor por COLPENSIONES, conforme la reiterada jurisprudencia; en consecuencia, al haberse acreditado que le había sido reconocido tal pensión por parte de dicha entidad, según da cuenta la Resolución GNR 410495 de 17 de diciembre de 2015, la demandada debía asumir el mayor valor que se genere entre esas dos pensiones, por lo que condenó a la UGPP a pagar al actor la diferencia que se cause entre esas dos pensiones por concepto de retroactivo pensional, a razón de 14 mesadas pensionales, por tratarse de un derecho adquirido con anterioridad a expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.

En cuanto a la excepción de prescripción, dijo que se encontraba probada de manera parcial, respecto de las diferencias pensionales que se causaron con anterioridad al 31 de marzo de 2018 y que tales diferencias debían ser indexadas desde la causación de cada diferencia, hasta el momento del pago de la obligación. Por último, declaró no probadas las demás excepciones propuestas y condenó en costas y agencias en derecho a la encartada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo,* la parte demandada la apeló. Al respecto, señaló que la parte demandante fundamenta sus pretensiones en una norma excluida por mandato constitucional, por lo que la misma no puede ser fuente de obligaciones, de modo que, en el presente asunto es importante tener en cuenta la diferencia entre el derecho adquirido y la mera expectativa.

A su vez, la Corte Constitucional ha dicho frente a los derechos adquiridos, que son situaciones individuales y subjetivos que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, siendo evidente que el actor no adquirió el derecho convencional que reclama, dado que no solo se exige el cumplimiento de un tiempo de servicios, sino también una edad, con lo cual, le asistía una mera expectativa, la cual expiró a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, luego, según la Corte Constitucional solo se tiene un derecho cuando se cumplen todos los requisitos que la norma exige, misma conclusión a la que ha llegado la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL489-2021, SL 1223-2021

y 4253-2021, por lo que solicita se le absuelva de las pretensiones que se elevan en su contra.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho a la pensión de jubilación convencional que reclama.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no es objeto de discusión que entre el actor y la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 14 de julio de 1976 y el 27 de junio de 1999, cuyo último cargo fue el de subdirector II, Grado 6, en la oficina de Toca Boyacá (Fl. 25 a 26 archivo 01).

Asimismo, se aprecia la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre SINTRACREDITARIO y la empleadora con vigencia 1998-1999 (Fls. 45 a 120 archivo 01), la que le es aplicable al demandante, pues estuvo vinculado laboralmente a la extinta Caja Agraria para dicha época, y además, dicho acuerdo Convencional figura con fecha de depósito del 17 de abril de 1998 (Fl. 120 archivo 01), gozando de plena vigencia al momento en que feneció la relación laboral entre las partes; a lo que se suma que el promotor estaba afiliado a la aludida organización sindical, lo que itera que es beneficiario de la citada Convención, según se indica en certificación de 3 de marzo de 2021 (Fl. 44 archivo 01).

A su vez, se aprecia que, de conformidad con la citada Convención, le es aplicable al demandante, como quiera que el cargo que desempeñó no se enmarca en los exceptuados en el artículo 4º, los que indica de la siguiente forma:

> *"Lo beneficiarios de la presente Convención Colectiva se aplicarán a todos los trabajadores de la Caja que se encuentren a su servicio con excepción del Gerente General o Presidente, quien es empleado público y de los siguientes trabajadores oficiales: Vicepresidentes, Secretario General, Contralor, Revisor Fiscal, Gerentes de Orden Nacional, Gerentes Especiales, Gerentes Regionales, Gerentes Departamentales, Directores de Departamento, Asesor de la Presidencia, Asesor Especial de la Presidencia Grado 31, Asistente de la Presidencia, Secretario Privado de Presidencia, Gerentes Zonales, Jefes de Unidad, Coordinadores de Regionales Grado 28, Coordinadores Jurídicos Regionales Grado 24, Directores de Oficina Grado 16 a Grado 50 discriminados así: 2 Directores Grado 28, 12 Directores Grado 26, 20 Directores 24, 11 Directores Grado 21, 23 Directores Grado 18, 23 Directores Grado 16, Suplente de Revisor Fiscal, Delegados de Revisoría Fiscal (Antes Asistentes de Auditoría General), Asistente Delegado I Grado 24".*

Dicho esto, entra la Sala a determinar si el actor cumplió los requisitos para ser beneficiario de la pensión convencional del artículo 41 de la citada Convención Colectiva de Trabajo, el cual señala:

> *"ARTÍCULO 41: PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. "A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.*
>
> *"Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieren dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.*
>
> *"Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se regirá de la siguiente manera:*

"a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

"b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

"El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

"Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

"PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución". (Resaltado por la Sala).

De conformidad con la certificación laboral aportada (Fl. 25 a 26 archivo 01), se aprecia que, al momento del retiro el demandante contaba con 22 años, 11 meses y 14 días de servicios. Es así que el actor cumple con el primer requisito para causar la pensión convencional del artículo 41, y esto es haber sido empleado al servicio de la Caja Agraria por 20 años o más.

Por otra parte, y en punto de verificar el cumplimiento del segundo requisito, esto es la edad, se aprecia que de conformidad con la copia del registro civil de nacimiento y la copia de la cédula de ciudadanía aportada por la parte activa, se observa que el demandante nació el 2 de diciembre de 1955 (Fl. 23 y 24 archivo 01), cumpliendo la edad de 55 años, en la misma fecha del año 2010, encontrándose, en principio, fuera del término de vigencia de las pensiones convencionales de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Al respecto, conviene memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3962-2021, Radicación No. 71186 de 4 de agosto de 2021, en la que hizo alusión a la sentencia SL526 de 2018, la cual, al resolver un caso análogo por los supuestos de hecho del asunto, expuso que:

"[…] la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa,

por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute".

Ello, por cuanto considera la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que en el caso de los extrabajadores los cuales son beneficiarios de una prestación pensional, la causación de esta no está sujeta al cumplimiento de la edad, y por ser una condición individual, debe considerarse como requisito para su disfrute, exigibilidad o goce, aspecto que ya había sido reiterado en sentencia SL3438-2021, Radicación No. 85640 de 16 de junio de 2021.

Es así, que la pensión del actor se entiende causada desde el momento en que concurrieron los requisitos del tiempo de servicios, 20 años, y su desvinculación de la empresa, esto es el 27 de junio de 1999, por lo cual en este aspecto no le asiste razón a la demandada en su alzada, toda vez que para el 31 de julio de 2010, fecha en la cual el Acto Legislativo 01 de 2005 previó que perderían vigencia las pensiones de carácter convencional, el actor ya tenía un derecho adquirido y estaba estructurada su pensión de vejez en los términos de la convención colectiva, siendo la edad requisito para el disfrute o goce de la misma.

Al unísono, el Alto Tribunal en sentencia SL2798-2020, Radicación No. 61320 del 15 de julio de 2020, realizó la exposición sobre la aplicabilidad de convenciones suscritas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, concluyendo que las mismas se extendían hasta el 31 de julio de 2010, como sucede con la del caso que nos ocupa; circunstancia por la cual, se afirma más aún el hecho de que el demandante sea merecedor de la pensión convencional deprecada.

Por otra parte, cabe mencionar que el hecho que el actor no haya reclamado la pensión en el año siguiente al cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento como lo dispone el inciso 2º de la disposición convencional en cita, se pueda convertir en talanquera para acceder a la prestación pensional, pues nótese que la disposición convencional expone también que si el trabajador no hace expresa la solicitud allí prevista dentro de los términos señalados, la pensión se regirá de la forma como en adelante se indica, que para el caso que concita la atención de la Sala, refiere a lo reseñado en el parágrafo 1º del artículo 41 de la convención colectiva, luego, no se denota

vulneración al principio de inescindibilidad de la ley, que alude a que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto deben ser aplicadas en su integridad, como lo ha expuesto la SL de la CSJ en sentencia SL4478-2020, Radicación No. 84553 de 28 de octubre de 2020.

Por lo anterior, habrá de ser confirmada la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, que accedió al reconocimiento y pago de la pensión anhelada.

d. Del monto de la pensión:

En este punto, debe advertirse que, en cuanto a la forma de liquidar la pensión convencional, el Parágrafo 3º de su artículo 41 regula la forma de la siguiente manera:

> "*Parágrafo 3º. La pensión se liquidará así:*
>
> *"Primer Factor Fijo: último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.*
>
> *"Segundo Factor: Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*
>
> *"Los valores anteriores se sumas y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.*
>
> *"De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido."*

De la anterior lectura, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2954-2020, Radicación No. 706640 del 3 de agosto de 2020, analizó un caso de similares condiciones, en la que indicó sobre la forma de liquidar la prestación, lo siguiente:

> *"A efectos de calcular la prestación, se observa que la tasa de reemplazo y el monto de "la misma corresponde el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios y, para liquidarla, se toman dos factores, uno fijo, comprendido por el último sueldo básico, más las primas de antigüedad y prima técnica si se devengó y otro variable, conformado por el salario en especie, el auxilio de transporte, el incentivo de localización, gastos de representación, primas semestrales, primas*

habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados viáticos devengados durante 180 días o más, así como el valor de la sobre remuneración en el caso de desempeñar cargos superiores; cantidades que deben sumarse y dividirlos entre 12 y al resultado así obtenido, se le aplica el 75%.

"Teniendo en cuenta lo anterior, a folios 23 a 24 del cuaderno principal, reposa una certificación del coordinador del grupo integral de entidades liquidadas, donde se sumaron los factores fijos y variables percibidos por la demandante en el último año de servicio, para un total de $1.034.594, valor que se utilizara para realizar los cálculos respectivos, advirtiendo que en este asunto es viable indexar ese monto desde la fecha de desvinculación, 27 de junio de 1999, hasta el momento en que arribó a los 50 años de edad, 10 de octubre de 2011 (al efecto puede consultarse, entre otras, la sentencia de casación CSJ SL736-2013)".

Así las cosas, a folio 5 a 5 vto., reposa el certificado de información laboral emitido para efectos pensionales por el Ministerio, del cual se evidencia frente al primer factor fijo, el mismo comprende el sueldo básico en la suma de $591.307, junto con la prima de antigüedad por valor de $201.045, rubros que arrojan un total de $792.352.

Frente al segundo factor, se tuvieron en cuenta el salario en especie $145.304, la prima de junio de 1998 en $16.564, prima de diciembre de 1998 en $1.335.048, prima de junio de 1999 en $1.168.720, prima escolar de 1999 en $396.176, así como la prima de vacaciones en $722.692, emolumentos que sumados arrojan un total de $3.784.504, el que dividido entre 12 arrojan un total de $315.375.

Por consiguiente, sumados los dos factores regulados en el Parágrafo 3º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, el monto a tener en cuenta para efectos de la liquidación es la suma de $1.107.727; valor que debe ser indexado a la fecha de disfrute de la pensión el 2 de diciembre de 2010, conforme la sentencia SL 736 de 2013, en la que se estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales, así se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencia SL525-2022, Radicado No. 71186 de 16 de febrero de 2022, la que a su vez reitera las sentencias No. 34069 del 28 de mayo de 2008, y la No. 32020 del 6 de diciembre de 2007, que corresponde a:

$$VH=\$1.107.727 \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre de 2009 – 71,20)}}{}$$

IPC INICIAL (IPC diciembre de 1998 – 36,42)

Total ingreso base indexado: $2.165.572. Valor que al aplicarse la tasa de reemplazo del 75%, nos arroja como monto de la primera mesada pensional al 2 de diciembre de 2010, la suma de $1.624.180 y no $1.632.911 como se dijo en el fallo de primera instancia, por lo que habrá de modificarse la sentencia sobre ese aspecto.

En lo que refiere a la mesada 14, hay lugar a la misma, pues al haberse causado la pensión con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es palmario que su procedencia es de recibo para la Sala.

a. De la compartibilidad pensional y el monto de la mesada pensional:

Al respecto, se advierte que COLPENSIONES, mediante Resolución GNR 410495 del 17 de diciembre de 2015, reconoció pensión de vejez al actor en los términos de que trata la Ley 33 de 1985, a partir del 4 de febrero de 2011, en cuantía inicial de $1.054.202. (Fls. 28 a 39 archivo 01); frente a la cual el *a-quo* ordenó la compartibilidad con la pensión convencional aquí reconocida.

En punto a tal aspecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1946, previeron la subrogación gradual de las pensiones legales, pero no de las extralegales, pues esa posibilidad solo surgió a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, que previó la compartibilidad de esas pensiones, con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiera lugar, situación reiterada con el Acuerdo 049 de 1990.

Conforme lo anterior, y dado que la prestación convencional del demandante se causó el 27 de junio de 1999, habrá de precisarse que la pensión aquí reconocida es de carácter compartida con la reconocida por COLPENSIONES, conforme se dispuso en la sentencia de primera instancia, oportunidad en la que el juez de instancia, expuso que al no tener claridad sobre si por dicha prestación había sido reliquidada, en todo caso quedaba a cargo de la UGPP el pago del mayor valor que se genere entre dicha prestación y la pensión convencional aquí reconocida, pues como viene de verse, para el año 2010 la

pensión convencional asciende a $1.624.180, la que reajustada al año 2011, seguiría siendo superior a la reconocida por COLPENSIONES al 4 de febrero de 2011, en cuantía inicial de $1.054.202.

De cara a lo anterior; debe acotarse que es procedente la indexación de las sumas adeudadas por concepto de diferencias pensionales conforme lo señaló el juez de primer grado, y el respectivo descuento con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud de cuenta del retroactivo a pagar, tal como lo dispuso el *a-quo*.

b. Prescripción:

En lo que a este punto respecta se recuerda que conforme lo dispuesto el artículo 151 del C.P.T y la S.S, el fenómeno jurídico de la prescripción en material laboral opera de forma trienal, el cual solo es susceptible de interrumpir por una única vez mediante la presentación de la respectiva reclamación administrativa.

De esta forma, en la medida en que el demandante tenía derecho al disfrute de la pensión convencional reclamada a partir del 2 de diciembre del 2010, al haber solicitado el reconocimiento pensional hasta el 31 de marzo de 2021 (Fl. 39 a 43 archivo 01), mismo que fue denegado mediante la Resolución No. RDP018900 del día 29 de julio de 2021 (Fl. 163 archivo 06) y quedar radicada la demanda el 10 de mayo del 2021 (Archivo 02), resulta lógico colegir que alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción frente a todas y cada una de las diferencias a su cargo por las mesadas pensionales causadas con antelación al 31 de marzo de 2018, y no del 30 de marzo de 2018 como lo expuso el fallador de instancia, en consecuencia, habrá de modificarse la decisión de instancia en ese puntual aspecto.

Como corolario de lo anterior se modificará parcialmente la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 1º de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que el valor de la mesada inicial al 2 de diciembre de 2010 es de $1.624.180, conforme con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que la prescripción opera sobre los derechos causados con anterioridad al 31 de marzo de 2018, según se expuso en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fija como valor de agencias en derecho a cargo de la parte demandada la suma de 1 SMLMV, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado