

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501320200047301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LIBARDO RINCÓN PARRA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **LIBARDO RINCÓN PARRA** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Colfondos por omisión al deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **ordene** a la AFP a trasladarlo al RPM con Colpensiones, junto con los valores que hubiese cotizado, bonos pensionales, sumas adicionales a la aseguradora, frutos e intereses, los rendimientos que se hubiesen causado y gastos de administración; que se **ordene** a Colpensiones recibirlo y a activar su afiliación sin solución de continuidad; que se condene a los demandados al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 1- 16 archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 02 de septiembre de 1958; que se afilió al RPM administrado por el entonces ISS el 09 de octubre de 1984, hasta el 31 de mayo de 1999, donde acumuló un total de 756 semanas; que en el mes de septiembre de 1999, los asesores de Colfondos se presentaron en las instalaciones de su empleador, para ofrecerle la opción de trasladarse al RAIS con ocasión de lo cual le indicaron que en ese

régimen podría pensionarse a cualquier edad, que podría obtener una mesada pensional superior y en general le indicaron que ese régimen le resultaría más favorable, sin hacer una explicación sobre las reales consecuencias del acto de traslado, ni de los requisitos que debía cumplir para acceder a las prestaciones en el RAIS y sin efectuarle una proyección pensional; que con ocasión de esa información errada se trasladó a Colfondos S.A.

Refirió que, en inicios de 2020 Colfondos S.A. expidió una proyección pensional en la que se indicaba que su mesada pensional ascendería a un salario mínimo legal mensual vigente, valor significativamente inferior a su Ingreso Base de Cotización y que el 27 de octubre de 2020, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones sin haber obtenido respuesta alguna.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 2 – 10 archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 02 de septiembre de 1958; que se afilió al RPM administrado por el entonces ISS el 09 de octubre de 1984, hasta el 31 de mayo de 1999, donde acumuló un total de 756 semanas; que se trasladó al RAIS con Colfondos en septiembre de 1999; que el 27 de octubre de 2020, el demandante le formuló reclamación administrativa. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia del Derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó (f° 3 – 18 archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 02 de septiembre de 1958; que se afilió al RAIS con Colfondos en septiembre de 1999; que en el año 2020, le realizó una proyección pensional al demandante. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 02 de mayo de 2023 (archivo 33 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere el demandante Libardo Rincón Parra a la AFP Colfondos S.A., el 3 de agosto de 1999, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliado al actor, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar su Historia Laboral, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa de la decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Colfondos S.A. y en favor de la actora, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.200.000.

Para **fundamentar su decisión** argumentó que tanto el artículo 11 del Decreto 962 de 1994, como el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecían que la selección de cualquier régimen pensional debía ser libre y espontánea por parte del afiliado; que el artículo 271 del mismo cuerpo normativo, disponía que si cualquier persona natural o jurídica limitaba o atentaba contra ese derecho de libre elección, la afiliación del trabajador quedaría sin efecto.

Resaltó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias CSJ SL12137-2014 y CSJ SL1637-2022, ha hecho énfasis en la importancia de que la escogencia del régimen pensional esté precedida de una decisión informada; que esta Alta Corporación ha considerado que las administradoras de pensiones se ubicaban en el campo de la responsabilidad profesional; que en consecuencia, estaban compelidas a brindar sus servicios de manera eficaz y eficiente, lo que les imponía, entre otros deberes, el de suministrar la debida información a los afiliados en todas las etapas, incluida la antesala de la afiliación; que la información que debían trasladar esas entidades debía ser completa y comprensible y contener todos los pormenores de los regímenes, tanto de los benéficos como de los aspectos negativos de cada uno, pues de lo contrario, se estaría transgrediendo el derecho fundamental a la seguridad social de los afiliados.

Dijo que, las AFPs eran entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y que conforme al numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, debían

suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaban, de suerte que les permitieran a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la opción que mejor les favoreciera; que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en diversos pronunciamientos, ha señalado que las AFPs faltaban al deber de información cuando omitían poner en conocimiento de los afiliados las desventajas del régimen al que pretendían trasladarse y ocultaban los requisitos o condiciones requeridas para obtener las prestaciones de cada régimen.

Expuso que, Colfondos S.A. era quien tenía la carga de acreditar que al demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues lo alegado por el actor con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indicaba que este tipo de negaciones no requerían prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Colfondos S.A.

Manifestó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Colfondos S.A. en el año 1999, le hubiese expuesto al demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, así como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado, pues para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como tampoco que le hubiesen informado algunas de las ventajas del RAIS; que del interrogatorio practicado al demandante no se obtuvo confesión alguna, pues este indicó no conocer cuál era el funcionamiento del RAIS, ni las implicaciones del traslado como tampoco los requisitos necesarios para obtener las prestaciones económicas.

Con base en lo expuesto, concluyó que debía declararse la ineficacia de la afiliación del año 1999, sin que cambie dicho panorama el hecho de que el afiliado no hubiese solicitado el cambio de régimen 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse, pues ello en nada varía la situación ocurrida al efectuar el traslado de régimen.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social era un derecho de carácter irrenunciable; que conforme lo había establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por

corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

CONSULTA

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el a quo resolvió remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS y demás deducciones efectuadas.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **LIBARDO RINCÓN PARRA** nació el 02 de septiembre de 1958 (f°05 archivo 03 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS donde cotizó desde el 09 de octubre de 1984 hasta el 31 de mayo de 1999, acumulando un total de 756,29 semanas (f°30 archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 03 de agosto de 1999, se trasladó al RAIS con la AFP Colfondos, acto que se hizo efectivo el 01 de septiembre del mismo año (archivo 30 carpeta 1ª inst. exp. digital), donde permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de

que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese*

*tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **03 de agosto de 1999 con efectividad del 01 de septiembre del mismo año**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019,

reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); al respecto, se observa que el a quo no ordenó la devolución completa de tales emolumentos, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido, ya que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe al afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el actor en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, por no haberse formulación recurso de apelación por ninguna de las partes.

En mérito de lo expuesto, el 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:

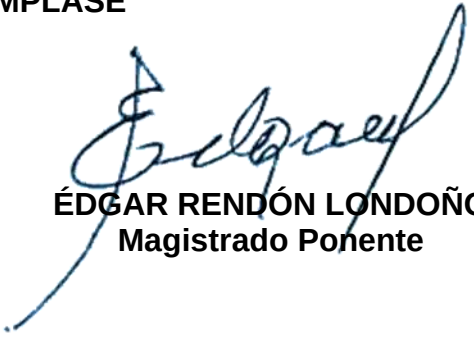
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501120190069701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARIELA ROMERO ALARCÓN
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Mariela Romero Alarcón** que se declare que le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de vejez que le fue reconocida mediante resolución No. 0068 del 17 de enero de 2003, a efectos de que se le aplique una tasa de reemplazo del 75% sobre el IBL de los últimos diez años; como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y a pagar en su favor la reliquidación de su mesada pensional desde el 31 de agosto de 1999, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación del retroactivo y lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita así como al pago de costas, y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 1 a 14, archivo 001, carpeta 1 instancia, exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 16 de junio de 1938; que en 1993, cumplió 55 años, por lo que fue beneficiaria del régimen de transición; que mediante resolución No. 00068 del 17 de enero de 2003, el entonces ISS – hoy Colpensiones, le reconoció la pensión de vejez a partir del 31 de agosto de 1999, en cuantía de \$393.352; que en tal resolución se le reconoció un total de 1.046,71

semanas por lo que para el cálculo de su mesada debió tenerse en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos diez años con una tasa de reemplazo del 75%; que de haberse liquidado adecuadamente su mesada, esta ascendería a \$540.471, por lo que existía una diferencia de \$147.119; que el 22 de febrero de 2019, radicó ante Colpensiones un derecho de petición solicitando la reliquidación de su mesada; que mediante resolución No. SUB119210 del 15 de mayo de 2019, la demandada resolvió negativamente la solicitud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 108 – 119 archivo 001, carpeta 1 instancia, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que mediante la resolución No. 00068 del 17 de enero de 2003, el ISS hoy Colpensiones le reconoció pensión de vejez a partir agosto de 1999, en cuantía de \$393.852 por contar con un total de 1.046 semanas cotizadas entre el sector privado y público; que el día 22 de febrero de 2019, la pensionada radicó un derecho de petición solicitando la reliquidación de su mesada y que mediante resolución No. SUB119210 del 15 de mayo de 2019, tal solicitud se resolvió negativamente.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de mayo de 2022 (archivo 006, carpeta 1 instancia, exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la ciudadana MARIELA ROMERO ALARCÓN es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto en la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Colpensiones el reconocimiento y pago de una pensión de vejez que trata el artículo 7 de la ley 71 de 1988 a favor de la demandante MARIELA ROMERO ALARCÓN a partir del 31 de agosto de 1999, en cuantía inicial de \$574.478 más los incrementos de ley, Colpensiones podrá hacer los

descuentos establecidos para salud a que haya lugar, conforme a lo expresado en la parte considerativa de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR A Colpensiones al pago retroactivo a que haya lugar, a favor de la ciudadana MARIELA ROMERO ALARCÓN liquidado entre el 22 de febrero del 2016, al 30 de abril del 2022 el cual asciende a cuarenta y dos millones trescientos sesenta y tres mil seiscientos veintinueve pesos MCTE, (\$42.363.629) retroactivo del cual se autoriza a la entidad demandada realizar los descuentos de ley para aportes al sistema de seguridad social en salud.

CUARTO. - CONDENAR A Colpensiones al pago de los intereses moratorios que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a favor de la demandante MARIELA ROMERO ALARCÓN los cuales deberán ser liquidados a partir del 22 de febrero del 2016 y hasta que se verifique el pago del retroactivo pensional.

QUINTO. - DECLARAR probados de manera parcial el sustento de los hechos como la excepción de prescripción respecto de todas y cada una de las diferencias pensionales e intereses moratorios causados con anterioridad al 22 de febrero de 2016 conforme a la parte considerativa de la presente providencia.

SEXTO. - CONDENAR A la demandada al pago de las costas y agencias procesales por un millón de pesos (\$1.000.000) líquidense por secretaria

Como **fundamento de su decisión**, sostuvo que el problema jurídico en este caso se centraba en establecer si a la demandante le asistía derecho a que su mesada pensional fuera reliquidada; que de entrada advertía que la referida mesada, sí debía ajustarse; que en este caso estaba demostrado que el ISS a través de resolución No. 068 del 17 de enero de 2003, reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez en favor de la actora por cuantía de \$393.352 con efectos fiscales a partir del 31 de agosto del mismo año, en aplicación de lo previsto en la Ley 71 de 1988, y cuya liquidación se había efectuado con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que la actora era beneficiaria del régimen de transición.

Con base en lo expuesto, refirió que en este caso no existía controversia acerca de que la actora era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que la norma aplicable para el reconocimiento pensional era la Ley 71 de 1988, toda vez que la demandante contaba con tiempos de servicios tanto en entidades públicas como en privadas; que en aras de determinar si el cálculo de la mesada fue realizado adecuadamente, debía tenerse en cuenta que para el liquidar el IBL de los beneficiarios del régimen de transición, correspondía aplicar el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determinaba que sería el mayor valor obtenido entre promedio de lo devengado desde la fecha en que se accedió a la pensión y la entrada en vigencia de la mentada Ley, esto era, desde el 1 de abril de 1994, o el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo laborado, actualizado anualmente con el IPC.

Sostuvo que, solo en los casos en los que el derecho pensional fuera adquirido por el afiliado después de diez años de entrar en vigencia de la Ley 100 podría aplicarse el artículo 21 de tal cuerpo normativo, el cual determinaba que el IBL se calcularía con base en los últimos diez años de cotización o por toda la vida laboral, siempre que se contara con más de 1200 semanas de cotización; al respecto adujo que esta situación no era la de la demandante, como quiera que a la entrada en vigencia de la referida Ley 100/93, a ella le hacían falta menos de 10 años para pensionarse y, en todo caso, ni siquiera acumuló más de 1.200 semanas.

Consideró que, resultaba aplicable el prenombrado inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para el 1 de abril de 1994, la actora contaba con 910 semanas de cotización, de modo que le faltaban 118 semanas para completar los 20 años de servicios exigidos en la Ley 71 de 1988; que solo hasta agosto de 1999, acumuló las semanas necesarias para cumplir los requisitos para pensionarse; que en este caso tendría que establecerse cuál era el promedio de cotización desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, hasta el cumplimiento de los requisitos, para contrastarlo con el promedio de cotización de toda su vida laboral, y así determinar si el IBL fijado por Colpensiones fue adecuado.

Arguyó que, efectuadas las liquidaciones correspondientes, se avizoró que el IBL correspondiente al tiempo de cotización comprendido entre el 01 de abril de 1994, y el momento en que la actora cumplió los requisitos para pensionarse, ascendía a \$375.364, de modo que al aplicársele una tasa de reemplazo del 75%, la mesada correspondería a \$281.523; que por otro lado, de haberse calculado el IBL con base en la totalidad de tiempos laborados, este sería de \$765.970, el cual, al aplicarse la tasa de reemplazo del 75% arrojaría una mesada de \$574.478.

Con base en lo expuesto, concluyó que lo que resultaba más favorable para la demandante era el segundo escenario, en el que se tenía en cuenta la totalidad de tiempo laborado para la determinación del IBL; que contrario a ello, Colpensiones erradamente en la resolución que reconoció el derecho pensional de la actora, fijó una mesada pensional de \$393.352, por lo que era evidente que existía una diferencia de \$181.126, de manera que la misma debía ser reconocida a favor de la actora.

Precisó que, a efectos de calcular el retroactivo de la reliquidación pensional, debía tenerse en cuenta que Colpensiones propuso la excepción de prescripción, la cual en este caso debía declararse parcialmente, como quiera que el reconocimiento de la pensión de vejez de la actora se produjo con la resolución No. 068 del 17 de

enero de 2003, por lo que desde esa data debía computarse el término trienal de prescripción, el cual había fenecido el 17 de enero de 2003, y solo fue hasta el 22 de febrero de 2019, que la actora reclamó a Colpensiones la reliquidación de su mesada pensional para posteriormente radicar la demanda el 19 de octubre de ese mismo año; que por esta razón, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 22 de febrero de 2016, estaban prescritas y en tal sentido, el retroactivo a reconocer sería el causado desde el 22 de febrero de 2016, hasta que se verificara el pago; que para el 30 de abril de 2022, tal retroactivo ascendía a la suma de \$42.363.629.

Frente a los intereses moratorios, dijo que si bien en principio estos solo se causaban cuando existía mora en el pago de las mesadas, lo cierto era que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples sentencias, entre ellas la CSJ SL490-2022, consideró que estos también se generaban cuando se presentaba una diferencia en la mesada pensional a la que realmente tenía derecho el pensionado, como quiera que ello generaba un detrimento económico que debía ser compensado a través del pago de tales intereses; que en tal sentido, debía condenarse por dicho concepto desde el 22 de febrero de 2016, hasta que se verificara la cancelación de tales emolumentos. Finalmente, señaló que no era procedente ordenar la indexación por ser incompatible con el reconocimiento de los intereses moratorios.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, afirmó que la mesada pensional reconocida a la actora se había liquidado de conformidad con el inciso tercero de la Ley 100 de 1993, que era el aplicable para el caso, debido a que para el momento en que había entrado en vigencia tal Ley, ella estaba próxima a cumplir los requisitos para pensionarse; que partiendo de ello, no era procedente que la demandante pretendiera que se calculara su IBL con base en el promedio de los últimos diez años de salario.

Agregó que, en este caso la actora había cumplido la edad para pensionarse pasados dos meses y 16 días de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual las cotizaciones que debían tenerse en cuenta para calcular el IBL eran las correspondientes a ese espacio temporal. En cuanto a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la referida Ley 100, refirió que estos solo se generaban cuando había existido un retardo en el pago de las mesadas pensionales, cuestión que en este

caso no se presentaba. Finalmente, refirió que no existía lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si le asiste derecho a la demandante a que le sea reliquidada su mesada pensional teniendo en cuenta lo cotizado en toda su vida laboral; y **ii)** de ser así, si hay lugar a condenar a Colpensiones al pago de intereses moratorios.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **Mariela Romero Alarcón** nació el 16 de junio de 1938 (f° 15, archivo 001 carpeta 1 instancia, exp. digital); **ii)** que mediante resolución No. 000069 del 17 de enero de 2003, el ISS le reconoció a la actora, pensión de vejez a partir del 31 de agosto de 1999, en cuantía de \$393.352, aplicando lo establecido en la Ley 71 de 1988 (f° 21- 27, archivo 001 carpeta 1 instancia, exp. digital); **iii)** que la actora mediante derecho de petición radicado ante Colpensiones el 22 de febrero de 2019, solicitó la reliquidación de su mesada pensional, requiriendo que para efectos del cálculo del IBL se tuvieran en cuenta sus últimos diez años de cotización (f° 28-29, archivo 001 carpeta 1 instancia, exp. digital); **iv)** que Colpensiones mediante resolución No. SUB119210 del 15 de mayo de 2019, negó la reliquidación solicitada; **v)** que la accionante acredita un total de 1.047 semanas cotizadas en toda su vida laboral, tanto en entidades del sector público como en empresas del sector privado (f° 18 – CD exp. Administrativo) y **vi)** que la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

RELIQUIDACIÓN DE LA MESADA PENSIONAL

Establecen los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son

mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE».

De lo transcrito se colige que, para las personas beneficiarias de la anterior prerrogativa, los requisitos de edad y tiempo de servicio o de cotización para acceder a la pensión de vejez, así como el monto de la prestación, eran los previstos en el régimen que aplicaba con anterioridad a la entrada en vigencia de la mentada Ley 100/93. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en el caso que nos ocupa es un hecho cierto e indiscutido que la actora era beneficiaria del régimen de transición. En tal sentido, la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para que ella pudiera acceder a la pensión y su monto, correspondían a los consagrados en la Ley 71 de 1988, por haber cotizado en el sector público y privado. Esa normatividad exigía como requisitos para adquirir la prestación de vejez, contar con 55 años en caso de mujeres y 60 años para hombres y haber acumulado 20 años de servicios¹; por su parte, el monto de la prestación era del 75% del IBL².

Ahora bien, frente a la fijación del IBL, el artículo 36 precitado consagra claramente que para los beneficiarios del régimen de transición (como es el caso de la demandante), tal concepto se determinaría con base en lo previsto en la misma Ley 100 de 1993. Por ello, le asiste razón al *a quo* al estimar que los lineamientos del artículo 36 debían ser la base para calcular el IBL de la actora.

Dilucidado lo anterior se tiene que, en virtud de tal norma, el IBL en este caso sería el mayor valor obtenido entre (i) el promedio de lo devengado por la demandante durante el tiempo transcurrido desde el 1 de abril de 1994 (fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993), hasta el 31 de agosto de 1999, y (ii) el promedio durante todo el tiempo laborado, debidamente indexado.

Así, verificado el contenido de lo señalado en la resolución No. 000069 del 17 de enero de 2003, se observa que el entonces ISS de manera adecuada identificó

¹ Se precisa que en sentencia SU-446 de 2022 la Corte Constitucional estableció que el requisito para acceder a la pensión de vejez para las personas a las que les era aplicable la Ley 71 de 1988, debe tenerse como 1000 semanas de cotización.

² Conforme a lo establecido en el Decreto 2709 de 1994 que reglamentaba el artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

como norma aplicable para determinar el IBL de la actora, el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, no realizó una mínima explicación sobre la forma en la que calculó el valor de la mesada y/o el IBL, como tampoco refirió si para ello tomó el promedio de cotización de todo el tiempo laborado o el del faltante para cumplir los requisitos para acceder a la pensión. Además, en la resolución No. SUB119210 del 15 de mayo de 2019, a través de la cual se negó la reliquidación pensional, Colpensiones tampoco efectuó ilustración sobre el particular, limitándose a indicar los motivos por los cuales no era posible reliquidar la mesada pensional de la actora con base en sus últimos diez años de cotización.

Conforme a ello, el juez de primera instancia procedió a realizar la liquidación del referido concepto, para lo cual calculó el promedio de lo devengado por la demandante durante el período transcurrido desde el 1 de abril de 1994, hasta el 31 de agosto de 1999 y, a su vez, el promedio de lo cotizado por todo el tiempo laborado, lo cual arrojó que el IBL que resultaba más favorable para la demandante era el que tenía en cuenta la cotización de toda su vida laboral y no el del tiempo restante para el cumplimiento de los requisitos (ver archivo 008 carpeta 1 instancia, exp. digital); a continuación, se transcriben los resultados de la liquidación:

Días cotizados	7.266,00	Salarios por días cotizados	\$5.565.537.914,73
Semanas cotizadas	1.047,00	Valor del Ibl Toda la Vida	\$ 765.970,00
		Valor del IBL 10 últimos años	\$ 712.233,00
		tiempo que le hiciere falta 92 semanas	\$ 375.364,00
		Vaor de la tasa de reemplazo	75%
		Valor de la mesada pensional 1999	\$ 574.478,00

Es de aclarar que, la Sala realizó un análisis de la liquidación y encontró que fue efectuada en debida forma y que su contenido se ajustaba con los documentos obrantes en el plenario; en efecto, como bien se puede apreciar del anterior cuadro, se reitera el IBL que resultaba más favorable para la actora era el obtenido del promedio de cotización de toda su vida laboral que ascendía a \$765.970, sobre el que al aplicar una tasa de reemplazo del 75%, se obtiene una mesada de \$574.478, valor superior al reconocido por el ISS hoy Colpensiones que fue de \$393.352, existiendo una diferencia de \$181.126.

En este orden, a la actora le resultaba más favorable ordenar la reliquidación de la pensión de la actora, correspondiente a la cuantía inicial de \$574.478 a partir del 31 de agosto de 1999, tal y como fue estimado por el juez de primera instancia.

Ahora, respecto al recurso de apelación formulado por Colpensiones en el que se argumentó que en este caso no era procedente liquidar el IBL con el promedio de

los últimos diez años de cotización, precisa esta Corporación que tal reparo no tiene fundamento alguno, si se tiene en cuenta que el *a quo* no partió de tal promedio para determinar el valor del IBL, sino el de las cotizaciones de toda la vida laboral, conforme el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. También afirmó la entidad recurrente que, en este caso, a efectos del cálculo del IBL, debió tenerse en cuenta el promedio de lo cotizado por la demandante durante el tiempo transcurrido desde el 01 de abril de 1994 hasta el 31 de agosto de 1999. Sobre el particular, conforme se detalló en precedencia, tal aseveración no tiene asidero en tanto que para la demandante resultaba más favorable el IBL calculado con las cotizaciones de toda su vida laboral, por lo que era este promedio el que debió ser tenido en cuenta por Colpensiones al fijar el valor de la mesada pensional.

Por las razones expuestas, deberá confirmarse la decisión de ordenar la reliquidación de la mesada pensional en cuantía inicial de \$574.478 a partir del 31 de agosto de 1999.

PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES

Tal y como lo definen inequívocamente los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, los plazos de los términos prescriptivos empiezan a contabilizarse a partir de la fecha en la que se hacen exigibles las obligaciones; por lo tanto, dada la naturaleza periódica o de tracto sucesiva de la pensión que fue objeto de estudio en el presente juicio, la prescripción opera solo respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años siguientes a su causación, conforme fue estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL4340-2019, en donde se precisó:

*Esta Corporación ha sido enfática en cuanto a que el derecho pensional no prescribe, contrario a lo que sucede con las mesadas, toda vez que al tratarse de importes que se hacen exigibles periódicamente, admiten prescripción trienal, **cuyo cómputo corre de manera independiente para cada período, desde que se hace exigible la mensualidad.** (Negritas y subrayado fuera del texto original).*

Dicho criterio, también fue expuesto en la sentencia STL6208-2017, en la que se dijo:

*En el criterio de la Sala, los errores anteriores tuvieron su origen en que la corporación accionada olvidó que, si bien la interrupción de la prescripción se da por una sola vez, **en el caso de las mesadas pensionales, que son de naturaleza periódica y causación progresiva, el beneficiario puede legítimamente presentar reclamaciones respecto de cada mesada, en orden a interrumpir, también en forma individual, el fenómeno prescriptivo.** (Negritas y subrayado fuera del texto original).*

Acorde con dicha línea de pensamiento, resulta claro que por tratarse de una prestación de tracto sucesivo, se puede interrumpir la prescripción respecto de cada mesada en forma individual, lo que lógicamente debe ir acompañado de la presentación de la demanda, dentro del término previsto en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST.

En el caso bajo estudio, el derecho a reclamar la reliquidación respecto de la primera mesada se hizo exigible para el momento en que el entonces ISS incluyó en nómina a la actora para el reconocimiento y pago de la pensión a través de resolución No. 00068 del 17 de enero de 2003, actuación que ocurrió el 1 de marzo de ese mismo año, data a partir de la cual inició el término trienal que feneció el 1 de marzo de 2006, sin que durante ese espacio se hubiese desarrollado actuación tendiente a suspender o interrumpir tal término.

No obstante, conforme lo determinó el a quo y se avizora en el expediente, el día **22 de febrero de 2019**, la actora mediante derecho de petición reclamó la reliquidación de su mesada pensional, actuación con la que interrumpió la prescripción respecto de las mesadas causadas durante los tres años anteriores, esto es, las exigibles a partir del **22 de febrero de 2016**. Asimismo, se observa que la demanda fue radicada el **18 de octubre del mismo 2019**, de modo que se mantuvo la interrupción generada por la nombrada reclamación.

Así las cosas, resulta claro que el Despacho efectuó un análisis adecuado de la prescripción razón por la cual se deberá confirmar la decisión en ese sentido.

RETROACTIVO PENSIONAL

Sobre el cálculo del retroactivo pensional, avizora esta Corporación que el *a quo* liquidó tal concepto (ver archivo 008 carpeta 1 instancia, exp. digital), desde el **22 de febrero de 2019**, partiendo de la declaratoria de prescripción de las mesadas pensionales anteriores a esa data, a saber:

Año	Desde	Hasta	Incremento	Valor de la mesada reliquidada	Valor de la mesada pagada	Diferencia pensional	No. de Pagos	Retroactivo anual
1999	12/08/1999	31/12/1999		\$ 574.478,00	393352	\$ 181.126,00	Prescrito	
2000	1/01/2000	31/12/2000	9,23%	\$ 627.502,00	\$ 429.658,00	\$ 197.844,00		
2001	1/01/2001	31/12/2001	8,75%	\$ 682.408,00	\$ 467.253,00	\$ 215.155,00		
2002	1/01/2002	31/12/2002	7,65%	\$ 734.612,00	\$ 502.998,00	\$ 231.614,00		
2003	1/01/2003	31/12/2003	6,99%	\$ 785.961,00	\$ 538.158,00	\$ 247.803,00		
2004	1/01/2004	31/12/2004	6,49%	\$ 836.970,00	\$ 573.084,00	\$ 263.886,00		
2005	1/01/2005	31/12/2005	5,50%	\$ 883.003,00	\$ 604.604,00	\$ 278.399,00		
2006	1/01/2006	31/12/2006	4,85%	\$ 925.829,00	\$ 633.927,00	\$ 291.902,00		
2007	1/01/2007	31/12/2007	4,48%	\$ 967.306,00	\$ 662.327,00	\$ 304.979,00		
2008	1/01/2008	31/12/2008	5,69%	\$ 1.022.346,00	\$ 700.013,00	\$ 322.333,00		
2009	1/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 1.100.760,00	\$ 753.704,00	\$ 347.056,00		
2010	1/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 1.122.775,00	\$ 768.778,00	\$ 353.997,00		
2011	1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 1.158.367,00	\$ 793.148,00	\$ 365.219,00		
2012	1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 1.201.574,00	\$ 822.732,00	\$ 378.842,00		
2013	1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 1.230.892,00	\$ 842.807,00	\$ 388.085,00		
2014	1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 1.254.771,00	\$ 859.157,00	\$ 395.614,00		
2015	1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 1.300.696,00	\$ 890.602,00	\$ 410.094,00		
2016	1/01/2016	21/02/2016	6,77%	\$ 1.388.753,00	\$ 950.896,00	\$ 437.857,00		
2016	22/02/2016	31/12/2016	0,00%	\$ 1.388.753,00	\$ 950.896,00	\$ 437.857,00	12,30	\$5.385.641,10
2017	1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 1.468.606,00	\$ 1.005.573,00	\$ 463.033,00	14	\$6.482.462,00
2018	1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 1.528.672,00	\$ 1.046.701,00	\$ 481.971,00	14	\$6.747.594,00
2019	1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 1.577.284,00	\$ 1.079.986,00	\$ 497.298,00	14	\$6.962.172,00
2020	1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 1.637.221,00	\$ 1.121.025,00	\$ 516.196,00	14	\$7.226.744,00
2021	1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 1.663.580,00	\$ 1.139.074,00	\$ 524.506,00	14	\$7.343.084,00

De lo anterior se desprende que el Juzgador de Primera Instancia incluyó en el retroactivo pensional la mesada de febrero de 2019, solo en proporción de los días restantes entre el 22 y último día de mes, cálculo que resulta errado si se tiene en cuenta que las mesadas pensionales se causan el último día de cada mes, y su exigibilidad es a partir del 1º del mes siguiente, de modo que debió incluirse de manera integral la mesada de febrero de 2019, como quiera que la prescripción no cobijó ese día final; sin embargo, como ello no fue apelado por la parte demandante, no puede modificarse la sentencia en ese sentido, por cuanto haría más gravosa la situación de Colpensiones frente a quien se conoce este punto en grado de consulta.

Finalmente, procederá esta Sala a actualizar el retroactivo pensional al día 30 de noviembre de 2023, fecha en la que se profiere la presente sentencia de segunda instancia, el cual asciende a **\$56.050.117,00** conforme lo siguiente:

Año	Desde	Hasta	Incremento	Mesada Reliquidada	Mesada Pagada	Diferencia	No. Pagos	Retroactivo
1999	1/01/99	31/12/99		\$ 574.478	\$ 393.352	\$ 181.126	Prescripción	
2000	1/01/00	31/12/00	9,23%	\$ 627.502	\$ 429.658	\$ 197.844		
2001	1/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 682.408	\$ 467.253	\$ 215.155		
2002	1/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 734.612	\$ 502.998	\$ 231.614		
2003	1/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 785.961	\$ 538.158	\$ 247.803		
2004	1/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 836.970	\$ 573.084	\$ 263.886		
2005	1/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 883.003	\$ 604.604	\$ 278.399		
2006	1/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 925.829	\$ 633.927	\$ 291.902		
2007	1/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 967.306	\$ 662.327	\$ 304.979		
2008	1/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 1.022.346	\$ 700.013	\$ 322.333		
2009	1/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.100.760	\$ 753.704	\$ 347.056		
2010	1/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.122.775	\$ 768.778	\$ 353.997		
2011	1/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.158.367	\$ 793.148	\$ 365.219		
2012	1/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.201.574	\$ 822.732	\$ 378.842		
2013	1/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.230.892	\$ 842.807	\$ 388.085		
2014	1/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.254.771	\$ 859.157	\$ 395.614		
2015	1/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.300.696	\$ 890.602	\$ 410.094		
2016	1/01/16	21/02/16	6,77%	\$ 1.388.753	\$ 950.896	\$ 437.857		
2016	22/02/16	31/12/16	0,00%	\$ 1.388.753	\$ 950.896	\$ 437.857	12,30	\$ 5.385.641,10
2017	1/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.468.606	\$ 1.005.573	\$ 463.033	14	\$ 6.482.462,00
2018	1/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.528.672	\$ 1.046.701	\$ 481.971	14	\$ 6.747.594,00
2019	1/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.577.284	\$ 1.079.986	\$ 497.298	14	\$ 6.962.172,00

2020	1/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.637.221	\$ 1.121.025	\$ 516.196	14	\$ 7.226.744,00
2021	1/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.663.580	\$ 1.139.074	\$ 524.506	14	\$ 7.343.084,00
2022	1/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.757.073	\$ 1.203.090	\$ 553.983	14	\$ 7.755.762,00
2023	1/01/23	30/11/23	13,12%	\$ 1.987.601	\$ 1.360.935	\$ 626.666	13	\$ 8.146.658,00
Valor del retroactivo pensional de febrero 2016 a noviembre 2023								\$ 56.050.117,10

Por lo expuesto, se ordenará la modificación de la sentencia de primera instancia sobre este punto, a efectos de actualizar el retroactivo reconocido.

INTERESES DE MORA

Cuestiona Colpensiones la condena que por concepto de intereses moratorios le fue impuesta en la sentencia de primer grado. Sobre el particular, vale la pena rememorar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, regula los intereses moratorios, así:

ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. 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 efectuó el pago.

Sobre el particular, ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia CSJ SL3130-2020, que en caso de reliquidación de mesadas pensionales debe reconocerse el pago de intereses moratorios en favor del pensionado afectado, por las siguientes razones:

[...] una revisión atenta de la referida doctrina, obliga a la Corte a reconocer que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata de reajustes de la pensión, pues eso no es lo que se deriva de la norma, interpretada de manera racional y lógica.

En primer lugar, como antaño se había dicho en la sentencia CSJ SL, 2 may. 2002, rad. 17664, la Corte debe partir de la base de que «[...] el legislador no distinguió clase, fuente u otras calidades de la pensión», ni limitó expresamente la procedencia de los intereses moratorios al hecho de que se adeudara la totalidad de la mesada y no solo una parte de ella.

En efecto, si se observa con detenimiento el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se puede notar que el legislador no hizo diferenciación alguna a la hora de establecer los intereses moratorios, ni en función de la clase de pensión legal que les sirviera de base, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL1681-2020, ni teniendo en cuenta si se trataba del pago completo de la mesada pensional o tan solo de algún saldo.

Siendo ello así, lo primero que se debe consentir es que ni siquiera una interpretación literal de la norma llevaría a la conclusión que hasta ahora sostenía la Corte, en virtud de la cual los intereses moratorios solo proceden en los casos de mora en el pago completo de la mesada pensional y no como consecuencia de algún reajuste, pues eso no es lo que reza el texto de la disposición.

Para dar cuenta del anterior aserto es importante tener en cuenta que la norma consagra los intereses moratorios, en forma pura y simple, «[...] en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales [...]», además de que, en términos jurídicos, la mora en el cumplimiento de una obligación, como el pago de la mesada pensional, se produce tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su pago incompleto o deficitario. En este punto la mora esta conceptualmente ligada al pago de las obligaciones, entendido este, según el artículo 1627 del Código Civil, como «la prestación de lo que se debe», de manera que, mientras no se produzca este pago, en forma adecuada, oportuna y completa, la mora sigue produciendo todas sus consecuencias materiales y reales.

Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora. 3. En aras de reforzar argumentativamente la anterior inferencia, la Corte estima pertinente recordar que, en el específico ámbito de las relaciones de trabajo, respecto de las sanciones que castigan el incumplimiento del empleador en el pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, la jurisprudencia ha establecido que el fenómeno de la mora se consolida tanto en los casos de falta de pago de la obligación como en los de pagos parciales o deficitarios.

[...]

En esas condiciones, si los intereses moratorios tienen como finalidad reparar los perjuicios ocasionados al pensionado por la mora en el pago de su respectiva pensión, es imperioso reconocer que deben tener procedencia tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva.

Para la Corte, en este punto, no es admisible sostener que el pensionado únicamente sufre un daño económico cuando no recibe suma alguna por concepto de mesada pensional, pues, teniendo en cuenta que la pensión es un derecho íntimamente relacionado con el mínimo vital, además de que su cuantía está fijada legalmente y tiene una relación de correspondencia con los aportes al sistema, todo pago imperfecto, insustancial o incompleto seguirá generando un deterioro cierto, que merece a todas luces una legítima compensación.

Así las cosas, una interpretación teleológica de la norma impone reconocer que los intereses moratorios también proceden en los casos de pago parcial o incompleto de la pensión, pues en este caso el pensionado también sufre un injusto perjuicio, que merece reparación objetiva. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Acorde con lo expuesto, en el caso *sub examine* el ISS hoy Colpensiones por medio de resolución No. 00068 del 17 de enero de 2003, reconoció el derecho pensional de la actora, pero ordenó su pago en una cuantía deficitaria, omisión que activa el reconocimiento de intereses moratorios como una medida de reparación, tal y como jurisprudencialmente lo ha sostenido la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Se aclara que en razón a que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 22 de febrero del 2016 se encuentran prescritas, tales intereses se generarían desde esa data, hasta que se verifique el pago del retroactivo pensional y del ajuste en nómina, conforme fue adecuadamente ordenado por el Juez de primera instancia.

Por las razones expuestas, se deberá conformar la decisión en su integridad.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso evidentemente fue la administradora demandada.

Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

COSTAS

En cuanto a las costas y agencias de segunda instancia, se condenará a Colpensiones, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

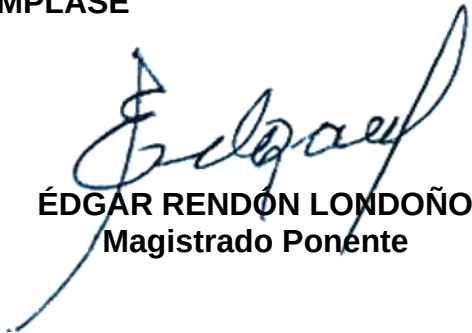
PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia para **CONDENAR** a **COLPENSIONES** al pago retroactivo pensional a favor de la ciudadana MARIELA ROMERO ALARCÓN, que liquidado entre el 22 de febrero del

2016 y el 30 de noviembre del 2023 que asciende a **\$56.050.117,10**, sobre el cual se autoriza a la entidad demandada realizar los descuentos de ley para aportes al sistema de seguridad social en salud.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones en la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501020200003701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ AIDA BARRETO BARRETO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ AIDA BARRETO BARRETO** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), que realizó con Porvenir S.A. así como del traslado horizontal efectuado a Protección S.A., por la omisión del deber de información y que se declare que se encuentra legalmente afiliada a Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **condene** a Porvenir, a Protección y a Colpensiones a registrar en sus sistemas que no existió ningún traslado válido al RAIS y a activar su afiliación al RPM; que se condene a Colpensiones a actualizar su historia laboral y a todas las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ulta petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 125 a 148 - archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 16 de marzo de 1966; que laboró en distintas entidades públicas desde el 16 de septiembre de 1988, hasta el 30 de septiembre de 1989; que desde agosto de 1998 se afilió a Porvenir S.A.; que posteriormente se trasladó a la AFP ING hoy Protección S.A. en agosto de 2003, donde estuvo vinculada hasta diciembre de 2011; que en enero de 2012, se trasladó nuevamente a Porvenir donde continuaba afiliada; que ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social un total de 1094 semanas.

Refirió que, al momento de realizar el traslado a Porvenir S.A. y a Protección S.A., ninguno de sus asesores le suministró una información completa, detallada y real acerca de las ventajas y desventajas de trasladarse al RAIS o de permanecer en el RPM; que los días 24 y 29 de octubre de 2019, presentó peticiones a Colpensiones, a Protección S.A. y a Porvenir S.A. encaminadas a que se anulara su vinculación al RAIS y se le retornara al RPM, las cuales fueron contestadas de manera negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 17 – 30 archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació el 16 de marzo de 1966; que laboró en distintas entidades públicas desde el 16 de septiembre de 1988, hasta el 30 de septiembre de 1989; que en agosto de 1998, la actora se afilió a Porvenir S.A.; que el 24 de octubre de 2019, ella formuló petición a Colpensiones encaminada a que se anulara su vinculación al RAIS y se le retornara al RPM. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. contestó (f° 121 – 140 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 16 de marzo de 1966; que se trasladó a la AFP ING hoy Protección S.A. en agosto de 2003, donde estuvo vinculada hasta diciembre de 2011 y que el 24 de octubre de 2019, ella formuló petición encaminada a que se anulara su

vinculación al RAIS y se le retornara al RPM, la cual fue contestada de forma negativa. Frente a los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación y la innominada o genérica.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A contestó (f°2 – 32 archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 07 de junio de 2023 (archivo 42 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Luz Aida Barreto Barreto en el año 1998 del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante Luz Aida Barreto Barreto ha estado afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., dentro del presente asunto.

CUARTO: ORDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAFP (anulación a través del MANTIS).

QUINTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante Luz Aida Barreto Barreto, incluidos los rendimientos financieros; así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión

mínima, con cargo a sus propios recursos, y eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere, o, en su defecto, cuando se rediman.

SEXTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y en favor de la demandante, señalando como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV. Absolviendo de costas a las demás demandadas.

Para fundamentar su decisión sostuvo que el marco normativo que debía tenerse en cuenta en este caso era los artículos 48 y 83 de la Constitución Política, los artículos 12, 13 y 129 de la Ley 100 de 1993, el Estatuto Financiero en su artículo 97 inciso primero y los Decretos que reglamentan el servicio de las AFPs, todos los cuales permitían concluir que desde su creación estas administradoras tenían la obligación de suministrar a los afiliados, en su calidad de consumidores financieros una información clara y oportuna, que les permitiera afiliarse al régimen que les resultara más favorable.

Arguyó que, respecto a la evolución normativa del deber de información en cabeza de la AFP, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 de 2019, aclaró y sintetizó el tema, en tres etapas: i) la del deber de información contenido en el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, y en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, que correspondía a la obligación de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; ii) la segunda etapa iniciada con la Ley 1328 de 2009, y Decreto 2241 de 2010, en la que el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo; y iii) la tercera a partir de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2061 de 2015, con la que se había introducido la obligación de brindar doble asesoría.

Expuso que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha establecido que la carga de la prueba cuando el afiliado alegaba que no recibió ningún tipo de información se traducía en una negación indefinida, por lo que se generaba una inversión de la carga de la prueba para trasladarla a las AFPs; que en ese sentido a ellas les correspondería demostrar o probar que efectivamente cumplió con ese deber de información, más aún porque se entendía que el fondo de pensiones estaba en mejores condiciones de aprobar dada su cercanía con los medios de prueba y también por tener la obligación de conservar los archivos soportes de ello.

Destacó que, la Alta Corte también ha previsto que la sola firma del formulario de afiliación no era una prueba suficiente para acreditar que se realizó una debida asesoría y que el afiliado dio su consentimiento informado, pues este documento sólo contenía información pre establecida del cual no se podría extraer que se hubiese suministrado ilustración clara, veraz y oportuna como mínimo acerca de las características, condiciones, accesos ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado.

Claro lo anterior, señaló que respecto de los afiliados a Cajas de Previsión por haber laborado en instituciones públicas era necesario tener en cuenta lo previsto en el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 2.2.1.1.1.5 del Decreto 1883 del 2016, y en el artículo 150 de la Ley 1151 de 2007, de los cuales se desprendía con claridad que los afiliados que pertenecían a estas cajas hacían parte del RPM, cuyo único administrador era Colpensiones, por lo que esta situación en nada variaba el análisis que debía efectuarse respecto del cumplimiento del deber de información y los eventuales efectos que de ello se derivasen.

Señaló que, en el caso que nos ocupa, las únicas pruebas que daban cuenta del traslado de régimen pensional eran los formularios de afiliación y el interrogatorio de parte rendido por la actora de los que no se extraía que ella hubiese recibido de Porvenir o de la AFP ING una asesoría e información en los términos requeridos por la normatividad vigente al momento en que efectuó el traslado y conforme a los lineamientos previstos por la Corte Suprema de Justicia, de lo que debía concluirse que ella no dio su consentimiento informado en los actos de traslado. Por ello, consideró que debía declararse la ineficacia del traslado primigenio al RAIS y de los que posteriormente realizó.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, refirió que el traslado de la actora se realizó de manera libre y voluntaria, toda vez que dentro del plenario obraban pruebas suficientes que permitían concluir que a la demandante no se le vulneró ningún derecho y que contrario sensu ella recibió una debida asesoría al diligenciar el formulario de afiliación; que el a quo no tuvo en cuenta que la demandante, dada su edad, no podía válidamente retornar al RPM, pues el legislador había establecido un límite temporal para tal acto, como lo eran 10 años anteriores a la edad de pensión conforme lo previsto en la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, así como el traslado horizontal que posteriormente realizó a la AFP ING hoy Protección S.A. y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **LUZ AIDA BARRETO BARRETO** nació el 16 de marzo de 1966 (fº 3 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que la actora estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social Municipal de Ibagué entre el 16 de septiembre de 1988 y el 30 de septiembre de 1989 (fº 16 archivo 01– carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que se vinculó al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 29 de julio de 1998, con efectividad del **30 de julio del mismo año** (fº 67-69 carpeta 13 en la carpeta 1ª inst. exp. Digital), **iv)** que posteriormente se trasladó a la AFP ING – hoy Protección S.A. a través de formulario de afiliación del 09 de junio de 2003, con fecha de efectividad del 01 de agosto del mismo año (fº 37 y 53 archivo 12 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **v)** que retornó a Porvenir S.A. a través de solicitud del 15 de noviembre de 2011, traslado que se hizo efectivo el 01 de enero de 2012, fondo al que continúa afiliada (fº 67 archivo 11 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de

la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que*

*aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –29 de julio de 1998, con efectividad del **30 de julio del mismo año** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 - posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obran formularios de solicitud de afiliación de las AFPs, de ellos solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dichas AFPs cumplieran con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Dilucidado lo anterior, cabe precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha previsto que los trabajadores que se encontrasen afiliados a las Cajas de Previsión Municipales, Departamentales o a CAJANAL con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y a la consecuente creación de los regímenes pensionales, debían tenerse como vinculados al RPM, de modo que, una vez declarada la ineficacia, procedía su regreso a ese régimen público. Al respecto, en sentencia CSJ SL5655-2021, esta Alta Corporación definió que:

[...] es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (negrilla y subrayado fuera del texto).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de

prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz,**

como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las *«primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos»* (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); al respecto, se observa que el a quo ordenó la devolución de tales emolumentos, pero no previó su indexación, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido y se dispondrá la indexación de los valores a restituir en favor de Colpensiones, ya que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

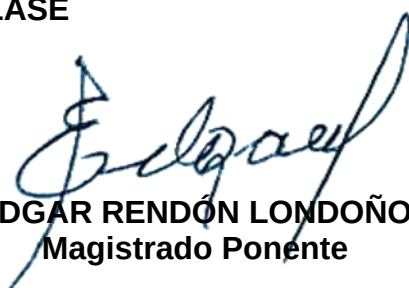
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a la indexación de los valores que deban restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de conformidad con lo ordenado por el a quo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Aclara voto)



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ AIDA BARRETO BARRETO
CONTRA COLPENSIONES y OTRO (RAD. 10-2020-00037-01)**

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto pues si bien estoy de acuerdo con que debe ser adicionada por la Sala la determinación tomada en primer grado, en cuanto a que las administradoras de fondos demandadas deben devolver debidamente indexado los valores que deben restituir a Colpensiones como consecuencia de la declaración de ineficacia efectuada, empero, se debió dejar por sentado que, aunque la actora realizó su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 30 de septiembre de 1989, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1° de abril de 1994, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al citado régimen, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. que tuvo ocurrencia el 29 de julio de 1998, un traslado, conforme pasa a exponerse:

No se desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o*

continuar vinculados a éste si ya lo están"; (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS o Caja con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través de la Caja de Previsión Social Municipal de Ibagué desde 16 de septiembre de 1988 al 30 de septiembre de 1989, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1° de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación.** Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.**"* (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1° de abril de 1994 no implica que la afiliada al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad en ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada a la Caja de Previsión Social Municipal de Ibagué desde 16 de septiembre de 1988 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 29 de julio de 1998 a AFP Porvenir S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.**

(...)

En ese sentido, por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida”.

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105010201900672-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SERGIO ALONSO ARRIETA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor Sergio Alonso Arrieta se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Colpatria hoy Porvenir; se condene a Colpensiones a reconocerle la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, al pago del retroactivo, a las mesadas adicionales de junio y diciembre, a los intereses corrientes y/o de mora, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 02 carp 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que nació el 25 de junio de 1943, por lo que alcanzó los 60 años de edad en la misma calenda del año 2003; que es beneficiario del régimen de transición en razón a su edad; y que tiene las siguientes cotizaciones o tiempos laborados:

PERIODO		FONDO O EMPLEADOR	SEMANAS
DESDE	HASTA		

15/03/1983	31/03/2000	Colpensiones	191,86
02/01/1969	20/01/1969	Ecopetrol	2,71
26/10/1970	10/07/1978	Ecopetrol	394,71
04/09/1987	30/11/1993	Fondo Nacional de Caminos Vecinales-Cajanal	321

Narró que, cumplió con el requisito de las 500 semanas en los 20 años anteriores a alcanzar los 60 años de edad; que el 01 de septiembre de 1997, se trasladó del ISS a la AFP Colpatria, el cual fue invalidado por no haber transcurrido un lapso de tres años a partir de la selección inicial; que el ISS le negó la pensión de vejez sugiriéndole que optara por la indemnización sustitutiva, la cual se le concedió; que el 16 de septiembre de 2016, solicitó nuevamente la pensión de vejez a Colpensiones, quien le negó el derecho porque al haberse trasladado de régimen había perdido los beneficios de la transición.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 61-69 archivo 02, carp 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que fue beneficiario del régimen de transición, pero que perdió este por haberse trasladado al RAIS, las semanas aportadas en el RPM; que se trasladó a la AFP Porvenir; que negó la pensión de vejez y reconoció una indemnización sustitutiva por valor de \$12.058.306; que el actor agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, y a otros que no eran ciertos, porque el demandante no acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido y compensación.

La AFP Porvenir S.A. contestó (archivo 08, carp 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos, aclarando que el traslado realizado a la AFP Colpatria en el año 1997, se hizo con el cumplimiento de las normas legales y acatando el deber de información.

Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 04 de marzo de 2022 (archivo 18-19 carp 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante SERGIO ALONSO ARRIETA el reconocimiento de la pensión de vejez como beneficiario del RT y conforme al artículo 12 del ACUERDO 049/1990, prestación que se reconoce a partir del 25 de junio de 2003, en catorce mesadas pensionales y se establece como mesada inicial la suma de UN MILLO OCHOCIENTOS MIL OCHOCIENTOS SIETE PESOS \$1.800.807 como primera mesada pensional, de conformidad a la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Se declara probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCION propuesta por la demandada COLPENSIONES en cuanto a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 27 de septiembre de 2016, y, en consecuencia, ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES del pago del retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas con anterioridad al 27 de septiembre de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante SERGIO ALONSO ARRIETA el retroactivo pensional causado desde el 27 de septiembre de 2016 hasta la fecha efectiva inclusión en nómina de pensionados en las siguientes sumas:

2016	3.173.590
2017	3.388.442
2018	3.583.278
2019	3.729.834
2020	3.848.443
2021	3.994.684
2022	4.058.998

Mesadas pensionales que se incrementaran anualmente con el incremento legal establecido, conforme a lo establecido en esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de NO CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS. En consecuencia, se absuelve de los intereses moratorios art 141 ley 100/93, y se declara no probadas las demás excepciones propuestas por COLPENSIONES, de conformidad parte motiva de la providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y en su favor se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, y se ABSUELVE de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. De conformidad a lo establecido en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a favor del demandante al pago de costas y deberán incluirse las agencias en derecho de esta instancia. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de DIEZ MILLONES MIL PESOS M/CTE (\$10.000.000).

CONDENAR a la parte demandante SERGIO ALONSO ARRIETA a favor de la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de costas y deberán incluirse las agencias en derecho de esta instancia. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de UN MILLON DE PESOS M/CTE (\$1.000.000).

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T.S.S.

El Juzgado, fijó como problema jurídico definir si el actor era beneficiario del régimen de transición y si por virtud de ello se le debía reconocer su pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 en 14 mesadas, y si había lugar a intereses corrientes o moratorios.

Señaló que, en el expediente estaba probado que el actor inicialmente se afilió al ISS el 15 de marzo de 1983; que el 7 de julio de 1997, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir, el cual fue invalidado y regresó al ISS hoy Colpensiones el 1 de agosto de 2001, por lo que establecería si dicho cambio de régimen le hizo perder el régimen de transición al promotor del litigio.

Expuso que, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establecía que serían beneficiarios del régimen de transición las personas que al 1° de abril de 1994 tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, quienes accederían a la pensión de vejez con los requisitos de edad, tiempo de cotización y monto fijado en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Agregó que, esta misma norma regulaba que quienes pese a cumplir los requisitos anteriores, se trasladaran voluntariamente al RAIS, perderían o no les sería aplicable dicho régimen.

Conforme el material probatorio, encontró que el demandante al 1 de abril de 1994, contaba con 773,51 semanas, por lo que en su caso era aplicable lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, respecto de que quienes se trasladaron del RPM al RAIS y deciden retornar al RPM, pueden recuperar el régimen de transición si a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaban con «750 semanas» (sic) o más, por lo que en este caso, el señor Arrieta recuperó el régimen de transición.

Explicó que, estudiaría el derecho a la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990, el que en su artículo 12 fijaba los requisitos para acceder a esa prestación, exigiendo 60 años de edad si era hombre y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Indicó que, el actor nació el 25 de junio de 1943, por lo que llegó a los 60 años de edad en esa misma data del año 2003; respecto de las semanas refirió que, primero verificaría si estaban acreditadas las quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 25/06/1983 y el 25/06/2003.

Antes de hacer esa validación, indicó que conforme la sentencia CSJ SL1981-2021, era posible hacer la sumatoria de los tiempos públicos y privados para efectos de acceder a la prestación bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, porque el régimen de transición solo había mantenido la edad, las semanas de cotización y el monto de la prestación, los demás aspectos serían regidos por la Ley 100 de 1993, por lo que conforme su artículo 33 era posible sumar dichos tiempos.

Estableció que, el actor había laborado para el Fondo Nacional de Caminos Vecinales desde el 04/09/1978 hasta el 30/11/1993 acumulando 320,8 semanas, y aportó 191,85 semanas al ISS hoy Colpensiones hasta el 31 de marzo del 2000, por lo que en los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de los 60 años, había acreditado 512,65 semanas, y cumplía con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de vejez.

Refirió que, establecería el IBL conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomando lo cotizado durante los últimos 10 años, el cual arrojó \$2.609.865, al que le aplicaría una tasa de reemplazo del 69% para el que se tuvo en cuenta 910,07 semanas; que al realizar las operaciones aritméticas la mesada pensional para el año 2003 sería de \$1.800.807, la cual se debe incrementarse anualmente conforme el IPC.; que se reconocerían 14 mesadas pensionales conforme el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de la excepción de prescripción, citó los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, para referir que el término para que operara dicho fenómeno era de tres años; que al haberse radicado esta demanda el 27 de septiembre de 2019, se encontraban prescriptas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 27 de septiembre de 2016.

Frente a los intereses corrientes, indicó que no existía norma que regulara este frente a las mesadas pensionales; que lo que sí estaba normado eran los intereses moratorios en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de los que absolvería porque su prestación fue reconocida en aplicación de la sentencia CSJ SL1981-2021 que permitió la sumatoria de tiempos públicos y privados, por ende, Colpensiones al negar la pensión

de vejez se encontraba amparada en la norma y en el criterio jurisprudencial que existía con anterioridad a la providencia referida; por lo tanto, en este caso en particular no existía mora. Seguidamente dijo que concedería la indexación sobre el retroactivo pensional.

Refirió que dentro del proceso estaba probado que el actor se le reconoció una indemnización sustitutiva, por lo que autorizaba a Colpensiones a descontar del retroactivo el valor pagado por dicho concepto.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que el demandante al 1° de abril de 1994 cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición; sin embargo, no acreditó los requisitos exigidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues no tenía a la entrada en vigor de este 750 semanas, por ende, no conservó el régimen de transición.

Afirmó que, si bien el demandante cumplió 60 años de edad el 25 de junio de 2003, no había acreditado un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo, pues al ISS solo aportó 191 semanas.

Insistió en que cuando la pensión de vejez se reconoce con el Acuerdo 049 de 1990, solo pueden tenerse en cuenta las semanas cotizadas con exclusividad al ISS, dado que ese régimen pensional no permitía la acumulación de tiempos públicos y privados.

Solicitó se le absuelva del pago de costas en primera instancia porque esa entidad siempre a obrado de buena fe y en estricta aplicación al principio legal correspondiente.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo que no fue objeto de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, de ser así, verificar si proceden los intereses corrientes y/o de mora.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Sergio Alonso Arrieta nació el 25 de junio de 1943; **ii)** que se afilió al ISS donde cotizó entre el 15 de marzo de 1983 y el 31 de marzo del 2000 un total de 191,86 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 13 de enero de 2020 (carp 03 exp adm, carp 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que prestó servicios a Ecopetrol entre el 02/01/1969 al 20/01/1969 y desde el 26/10/1970 hasta el 10/07/1978, periodos que se encuentran a cargo de esa entidad (f.º 34 archivo 02, carp 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que prestó servicios al extinto Fondo Nacional de Caminos Vecinales entre el 04/09/1987 y el 30/11/1993 realizando aportes a Cajanal (f.º 35 archivo 02, carp 1ª inst. exp. Digital); **v)** que mediante Resolución 007527 del 06 de marzo de 2004 el ISS le negó su derecho a la pensión de vejez; **vi)** que en Resolución 027669 del 27 de septiembre de 2004 el ISS le concedió una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por las semanas cotizadas en esa entidad en cuantía de \$8.000.142, la cual fue modificada en Resolución 033887 del 18 de octubre de 2005 elevando la cuantía a \$12.058.506; **vii)** que a través de la Resolución 026212 del 26 de junio de 2007, se le otorgó una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los tiempos de servicios a Ecopetrol en cuantía de \$11.707.577; **viii)** que en Resolución 000591 del 25 de mayo de 2005, la Caja Nacional de Previsión Social EICE le reconoció indemnización sustitutiva en cuantía de \$3.592.322,42 por los tiempos laborados al extinto Fondo Nacional de Caminos Vecinales; y **ix)** que en Resolución GNR 333674 del 10 de noviembre de 2016, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, la cual fue confirmada en Resolución VPB 45676 del 26 de diciembre de 2016.

Empieza el despacho por verificar si el actor era beneficiario del régimen de transición al momento en que entró en vigor la Ley 100 de 1993, esto es, el 01 de abril de 1994, data para la cual el actor no se encontraba realizando aportes al sistema general de pensiones, pero estaba afiliado al ISS. Recuérdese que, conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 eran beneficiarios del régimen de transición las personas que al momento de entrar en vigor la misma tuviesen 40 o más años de edad si eran hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, quienes podrían

pensionarse con la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto, establecidos en el régimen al cual se encontraban afiliados.

Del material probatorio se tiene que el señor Sergio Alonso Arrieta nació el 25 de junio de 1943 por lo que al 01 de abril de 1994, contaba con 50 años de edad, y además tenía 775 semanas cotizadas, de lo que se concluye que a esa data era beneficiario del régimen de transición.

Ahora, como quiera que el *a quo* analizó si por efectos del traslado que realizó el actor del régimen de prima media al de ahorro individual este había perdido el régimen de transición, esta Sala revisará ese asunto, para lo cual se tiene que el demandante el 7 de julio de 1997, suscribió formulario de traslado al RAIS a través de la AFP Colpatria, el que se hizo efectivo a partir del 1 de septiembre de 1997, y sobre este en el expediente se encuentra la siguiente información (f.º 39-44 archivo 02, carp 1ª inst. exp. Digital):

Comunicación del 4 de julio del 2000, emitida por el ISS y dirigida al actor, donde se le indicó:

De manera atenta y con el fin de cumplir con lo requerido por la Superintendencia Bancaria, en lo referente a su caso, le informo que usted se encuentra válidamente afiliado al Seguro Social, teniendo en cuenta que la afiliación a la A.F.P. COLPATRIA (7 de julio de 1.997), se considera inválida en razón a que no habían transcurrido tres (3) años a partir de la selección inicial.

- Comunicación del 5 de julio del 2000, emitida por el ISS y dirigida al Coordinador Grupo de Quejas Superintendencia Bancaria, informando:

Ref.: 2000049234-0
25.01- Instituto Seguro Social – Empresa Industrial y Comercial del Estado.
410 –Quejas
33 – Respuesta a Requerimiento
Con anexos

Atendiendo la solicitud formulada en el oficio de la referencia y una vez revisada la información correspondiente al señor SERGIO ALONSO ARRIETA JARABA, identificado con cédula de ciudadanía número 5.588.060, le manifiesto:

- 1. Que el señor Arrieta se encontraba **inactivo** al 31 de marzo de 1994. (Anexo Historia Laboral).*
- 2. Afiliación al ISS el 27 de Agosto de 1996, elige régimen.*
- 3. Afiliación a COLPATRIA S.A. el 7 de Julio de 1997, la cual se considera inválida en razón a que no habían transcurrido tres (3) años a partir de la selección inicial.*

Por lo anteriormente expuesto y una vez aplicado lo consagrado en la Circular Externa N° 058 de la Superintendencia Bancaria y efectuado los respectivos cruces de información con la Administradora de Pensiones Colpatria S.A, se define que la vinculación efectuada al Seguro Social es válida.

Anexo cartas enviadas a la A.F.P. COLPATRIA S.A, solicitando devolución de los aportes y al señor Sergio Alonso Arrieta.

Cordialmente,

- Comunicación del 25 de agosto del 2000, emitida por la Superintendencia Bancaria y dirigida al aquí demandante, refiriendo que:

De manera atenta le informamos que en los términos de la comunicación que se adjunta, en desarrollo de la facultad otorgada por el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, el Instituto de Seguros Sociales se ha pronunciado con respecto al caso de múltiple vinculación en el que usted se encontraba por estar vinculado al citado Instituto y a Colpatría Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones S.A.

Una vez efectuado el cruce de la respectiva información, se concluyó que la entidad administradora a la cual se encuentra válidamente afiliado es el Instituto de Seguros Sociales.

- Mediante documento de fecha 5 de julio del 2000, el ISS le solicitó a la AFP Colpatría S.A., la devolución de los aportes en pensiones del señor Sergio Alonso Arrieta, esto en razón a que este se encontraba válidamente afiliado al ISS.
- El 19 de noviembre de 2004 se informó por parte del ISS lo siguiente:

REF. : ARRIETA JARABA SERGIO ALONSO
C.C. No. 5.588.060

Por petición del afiliado en referencia, adjunto Reporte Oficial de la devolución de aportes efectuada por la Administradora de Fondo de Pensiones-HORIZONTE S.A. al Seguro Social el día 27 de Junio de 2001, en una consignación total de \$170.459.476,00 de los cuales le corresponde al mismo, por Traslado de Régimen la suma de \$12.415.271,00.

Es importante aclarar que mediante oficio VF-GNT DOB No.3280 del 26 de Junio de 2003, el Departamento de Operaciones Bancarias ISS, certifica el ingreso del dinero a la cuenta bancaria del Seguro Social.

Los porcentajes de devolución de dicho reporte oficial fueron hechos de conformidad con la Ley 100, Artículo 20, aplicable para los traslados de régimen "la tasa de cotización para pensión de vejez, será del 8% en 1994, 9% en 1995 y del 10% a partir de 1996, calculado sobre el ingreso base."

Acorde con lo anterior, el traslado del RPM al RAIS que realizó el promotor del litigio el 7 de julio de 1997, fue invalidado, quedando como única afiliación válida la realizada al régimen de prima media **conservando así el régimen de transición** porque la vinculación al RAIS no cumplió con el lleno de los requisitos legales.

En este orden, fue equivocado el análisis que realizó el a quo de cara a si dicho traslado al RAIS le hizo perder al demandante el régimen de transición, porque estudió lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, para quienes habiéndose trasladado válidamente al RAIS decidieran retornar al RPM y recuperar la transición, pues en este caso como ya se explicó dicha prerrogativa nunca se perdió.

Entrando en el asunto de fondo, la Sala pasa a estudiar si el señor Sergio Alonso Arrieta cumple con los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de vejez, por ser beneficiario del régimen de transición tal como quedó establecido en precedencia.

Bajo esas circunstancias, para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, deben verificarse los siguientes supuestos fácticos: i) sesenta (60) años o más de edad si es hombre; y ii) un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. Conforme a lo anterior, se procede a estudiar el material probatorio obrante en el expediente, así:

1.- Registro civil de nacimiento (f.º 36 archivo 02, carp 1ª inst. exp. Digital), donde se lee que el señor Sergio Alonso Arrieta nació el 25 de junio de 1943, concluyendo que llegó a los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2003.

2.- Que el actor acreditó los siguientes tiempos de servicios y/o semanas cotizadas al sistema general de pensiones entre el 25 de junio 1983 y el 25 de junio de 2003, -20 anteriores a cumplir 60 años-:

PERIODO		EMPLEADOR o ENTIDAD DE SEGUIDAD SOCIAL	SEMANAS
DESDE	HASTA		
18/11/1984	06/03/1987	ISS	51,72
02/01/1969	20/01/1969	Ecopetrol	2,57
26/10/1970	10/07/1978	Ecopetrol	396,29
04/09/1987	30/11/1993	Fondo Nacional de Caminos Vecinales- Cajanal	320,86
01/07/1996	30/03/2000	ISS	136,57
Total semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad			908

Surge palmario entonces que el señor Sergio Alonso Arrieta sí tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez a la luz del régimen de transición conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tal como lo determinó el juez de primera instancia.

En lo que tiene que ver con la fecha de disfrute de dicha prestación a efectos de establecer el retroactivo pensional, se tiene que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, señala: *«La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo»*, y el artículo 35 del mismo reglamento dispone que *«Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión»*.

En el *sub lite* conforme la historia laboral de Colpensiones el último empleador del demandante le reportó novedad de retiro a partir del 30 de marzo del 2000, siendo esa también la última cotización al sistema, luego el actor tiene derecho a empezar a disfrutar su pensión de vejez a partir del **25 de junio de 2003**, tal como lo determinó el juez de primera instancia.

De otra parte, cabe señalar que conforme al actual criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es posible la sumatoria de tiempos públicos y privados con el fin de acceder a la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990; lo anterior, conforme a la nueva línea de pensamiento vertida en la sentencia CSJ SL1947-2020, CSJ SL1981-2020, reiterada recientemente en providencias CSJ SL3484-2022 y CSJSL387-2023; en la primera de ellas se indicó:

No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas. (Negrillas fuera del texto original).

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho

precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna. (Negrillas fuera del texto original).

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación. (Negrillas fuera del texto original).

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

De otro lado, se aclara que el Acto Legislativo 01 de 2005 no afectó esta prestación como quiera que se causó a partir del 25 de junio de 2003, es decir, con anterioridad a la expedición de este; luego, no le asiste razón a Colpensiones en su recurso de apelación al señalar que el actor no cumplía con los requisitos allí exigidos.

En lo que tiene que ver con la tasa de reemplazo se tiene que conforme el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta que el actor en toda su vida laboral acumuló 911,57 semanas, le corresponde un **63% sobre el IBL**, debiéndose hallar este último con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para causar la pensión conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, 9 años, 2 meses y 25 días.

De otro lado, en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones se tiene que conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS,

esta se contará desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y el simple reclamo por parte del afiliado de la prestación o derecho, interrumpirá la misma pero sólo por un lapso igual.

En el *sub lite*, la causación y disfrute del derecho se dio desde el 25 de junio de 2003, y según el contenido de la Resolución 007527 del 06 de marzo de 2004, el actor solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez el 1° de agosto de 2003, la cual fue negada, viéndose obligado a recibir una indemnización sustitutiva por los aportes por él realizados; posteriormente el 16 de septiembre de 2016, peticionó ante Colpensiones nuevamente el reconocimiento de la pensión de vejez, la que fue negada mediante Resolución GNR 333674 del 10 de noviembre de 2016, decisión que se confirmó en Resolución VPB 45676 del 26 de diciembre de igual año, y finalmente el 27 de septiembre de 2019, radicó esta acción.

Conforme lo anterior, se tiene que la primera reclamación interrumpió la prescripción de las mesadas causadas a partir del 25 de junio de 2003; no obstante, dado que no presentó la acción ordinaria dentro de los tres años siguientes, esto es hasta el 1° de agosto de 2006, dichas mesadas quedaron afectadas del fenómeno de la prescripción.

La segunda reclamación realizada el 16 de septiembre de 2016, igualmente tiene la virtualidad de interrumpir el fenómeno de la prescripción, de las mesadas causadas a partir del 16 de septiembre de 2013, dado que el acto administrativo que resolvió dicha petición quedó ejecutoriada con la Resolución VPB 45676 del 26 de diciembre de 2016, y la demanda se radicó dentro de los 3 años siguientes, dado que se instauró el 27 de septiembre de 2019; sin embargo, no hay lugar a modificar la declaratoria del *a quo* respecto de esta excepción, porque la parte actora no apeló tal aspecto y estuvo de acuerdo con que la misma operó desde el 27 de septiembre de 2016, razón por la cual no puede la Sala entrarse en ese estudio.

Por lo anterior, la liquidación de esta prestación quedará así:

IBL

NOMBRE		SERGIO ALONSO ARRIETA JARABA							
CEDULA		5.588.060							
FECHA DE NACIMIENTO		25/06/1943							
Año de la pensión		2003							

Año	Fecha inicial	Fecha final	Días	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario	Salario Actualizado	Salario por días
1986	11/12/1986	31/12/1986	21	2,38	49,83	20,94	\$ 79.290,00	\$1.660.332,60	\$34.866.984,60
1987	01/01/1987	31/01/1987	31	2,88	49,83	17,30	\$ 79.290,00	\$1.371.717,00	\$42.523.227,00
1987	01/02/1987	28/02/1987	28	2,88	49,83	17,30	\$ 79.290,00	\$1.371.717,00	\$38.408.076,00
1987	01/03/1987	06/03/1987	6	2,88	49,83	17,30	\$ 79.290,00	\$1.371.717,00	\$8.230.302,00
1987	01/09/1987	30/09/1987	30	2,88	49,83	17,30	\$ 74.043,00	\$1.280.943,90	\$38.428.317,00
1987	01/10/1987	31/10/1987	31	2,88	49,83	17,30	\$ 82.270,00	\$1.423.271,00	\$44.121.401,00

1987	01/11/1987	30/11/1987	30	2,88	49,83	17,30	\$ 82.270,00	\$1.423.271,00	\$42.698.130,00
1987	01/12/1987	31/12/1987	31	2,88	49,83	17,30	\$ 82.270,00	\$1.423.271,00	\$44.121.401,00
1988	01/01/1988	31/01/1988	31	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$43.324.608,00
1988	01/02/1988	29/02/1988	29	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$40.529.472,00
1988	01/03/1988	31/03/1988	31	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$43.324.608,00
1988	01/04/1988	30/04/1988	30	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$41.927.040,00
1988	01/05/1988	31/05/1988	31	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$43.324.608,00
1988	01/06/1988	30/06/1988	30	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$41.927.040,00
1988	01/07/1988	31/07/1988	31	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$43.324.608,00
1988	01/08/1988	31/08/1988	31	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$43.324.608,00
1988	01/09/1988	30/09/1988	30	3,58	49,83	13,92	\$ 135.540,00	\$1.886.716,80	\$56.601.504,00
1988	01/10/1988	31/10/1988	31	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$43.324.608,00
1988	01/11/1988	30/11/1988	30	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$41.927.040,00
1988	01/12/1988	31/12/1988	31	3,58	49,83	13,92	\$ 100.400,00	\$1.397.568,00	\$43.324.608,00
1989	01/01/1989	31/01/1989	31	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$42.328.640,00
1989	01/02/1989	28/02/1989	28	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$38.232.320,00
1989	01/03/1989	31/03/1989	31	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$42.328.640,00
1989	01/04/1989	30/04/1989	30	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$40.963.200,00
1989	01/05/1989	31/05/1989	31	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$42.328.640,00
1989	01/06/1989	30/06/1989	30	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$40.963.200,00
1989	01/07/1989	31/07/1989	31	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$42.328.640,00
1989	01/08/1989	31/08/1989	31	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$42.328.640,00
1989	01/09/1989	30/09/1989	30	4,58	49,83	10,88	\$ 169.425,00	\$1.843.344,00	\$55.300.320,00
1989	01/10/1989	31/10/1989	31	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$42.328.640,00
1989	01/11/1989	30/11/1989	30	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$40.963.200,00
1989	01/12/1989	31/12/1989	31	4,58	49,83	10,88	\$ 125.500,00	\$1.365.440,00	\$42.328.640,00
1990	01/01/1990	31/01/1990	31	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$40.243.332,00
1990	01/02/1990	28/02/1990	28	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$36.348.816,00
1990	01/03/1990	31/03/1990	31	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$40.243.332,00
1990	01/04/1990	30/04/1990	30	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$38.945.160,00
1990	01/05/1990	31/05/1990	31	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$40.243.332,00
1990	01/06/1990	30/06/1990	30	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$38.945.160,00
1990	01/07/1990	31/07/1990	31	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$40.243.332,00
1990	01/08/1990	31/08/1990	31	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$40.243.332,00
1990	01/09/1990	30/09/1990	30	5,78	49,83	8,62	\$ 203.310,00	\$1.752.532,20	\$52.575.966,00
1990	01/10/1990	31/10/1990	31	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$40.243.332,00
1990	01/11/1990	30/11/1990	30	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$38.945.160,00
1990	01/12/1990	31/12/1990	31	5,78	49,83	8,62	\$ 150.600,00	\$1.298.172,00	\$40.243.332,00
1991	01/01/1991	31/01/1991	31	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$37.082.587,50
1991	01/02/1991	28/02/1991	28	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$33.493.950,00
1991	01/03/1991	31/03/1991	31	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$37.082.587,50
1991	01/04/1991	30/04/1991	30	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$35.886.375,00
1991	01/05/1991	31/05/1991	31	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$37.082.587,50
1991	01/06/1991	30/06/1991	30	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$35.886.375,00
1991	01/07/1991	31/07/1991	31	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$37.082.587,50
1991	01/08/1991	31/08/1991	31	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$37.082.587,50
1991	01/09/1991	30/09/1991	30	7,65	49,83	6,51	\$ 248.062,00	\$1.614.883,62	\$48.446.508,60
1991	01/10/1991	31/10/1991	31	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$37.082.587,50
1991	01/11/1991	30/11/1991	30	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$35.886.375,00
1991	01/12/1991	31/12/1991	31	7,65	49,83	6,51	\$ 183.750,00	\$1.196.212,50	\$37.082.587,50
1991	01/01/1992	31/01/1992	31	7,65	49,83	6,51	\$ 232.995,00	\$1.516.797,45	\$47.020.720,95
1992	01/02/1992	29/02/1992	29	9,7	49,83	5,14	\$ 232.995,00	\$1.197.594,30	\$34.730.234,70
1992	01/03/1992	31/03/1992	31	9,7	49,83	5,14	\$ 232.995,00	\$1.197.594,30	\$37.125.423,30
1992	01/04/1992	30/04/1992	30	9,7	49,83	5,14	\$ 232.995,00	\$1.197.594,30	\$35.927.829,00
1992	01/05/1992	31/05/1992	31	9,7	49,83	5,14	\$ 232.995,00	\$1.197.594,30	\$37.125.423,30
1992	01/06/1992	30/06/1992	30	9,7	49,83	5,14	\$ 232.995,00	\$1.197.594,30	\$35.927.829,00
1992	01/07/1992	31/07/1992	31	9,7	49,83	5,14	\$ 232.995,00	\$1.197.594,30	\$37.125.423,30
1992	01/08/1992	31/08/1992	31	9,7	49,83	5,14	\$ 232.995,00	\$1.197.594,30	\$37.125.423,30
1992	01/09/1992	30/09/1992	30	9,7	49,83	5,14	\$ 314.543,00	\$1.616.751,02	\$48.502.530,60
1992	01/10/1992	31/10/1992	31	9,7	49,83	5,14	\$ 232.995,00	\$1.197.594,30	\$37.125.423,30
1992	01/11/1992	30/11/1992	30	9,7	49,83	5,14	\$ 232.995,00	\$1.197.594,30	\$35.927.829,00
1992	01/12/1992	31/12/1992	31	9,7	49,83	5,14	\$ 557.462,00	\$2.865.354,68	\$88.825.995,08
1992	01/01/1993	31/01/1993	31	9,7	49,83	5,14	\$ 401.644,00	\$2.064.450,16	\$63.997.954,96
1993	01/02/1993	28/02/1993	28	12,14	49,83	4,10	\$ 429.244,00	\$1.759.900,40	\$49.277.211,20
1993	01/03/1993	31/03/1993	31	12,14	49,83	4,10	\$ 498.244,00	\$2.042.800,40	\$63.326.812,40
1993	01/04/1993	30/04/1993	30	12,14	49,83	4,10	\$ 486.744,00	\$1.995.650,40	\$59.869.512,00
1993	01/05/1993	31/05/1993	31	12,14	49,83	4,10	\$ 463.744,00	\$1.901.350,40	\$58.941.862,40
1993	01/06/1993	30/06/1993	30	12,14	49,83	4,10	\$ 532.263,00	\$2.182.278,30	\$65.468.349,00
1993	01/07/1993	31/07/1993	31	12,14	49,83	4,10	\$ 521.244,00	\$2.137.100,40	\$66.250.112,40
1993	01/08/1993	31/08/1993	31	12,14	49,83	4,10	\$ 509.744,00	\$2.089.950,40	\$64.788.462,40
1993	01/09/1993	30/09/1993	30	12,14	49,83	4,10	\$ 646.179,00	\$2.649.333,90	\$79.480.017,00
1993	01/10/1993	31/10/1993	31	12,14	49,83	4,10	\$ 613.244,00	\$2.514.300,40	\$77.943.312,40
1993	01/11/1993	30/11/1993	30	12,14	49,83	4,10	\$ 1.200.890,00	\$4.923.649,00	\$147.709.470,00
1996	01/07/1996	31/07/1996	29	21,8	49,83	2,29	\$ 2.342.239,00	\$5.363.727,31	\$155.548.091,99
1996	01/08/1996	31/08/1996	30	21,8	49,83	2,29	\$ 2.342.239,00	\$5.363.727,31	\$160.911.819,30
1996	01/09/1996	30/09/1996	30	21,8	49,83	2,29	\$ 2.342.239,00	\$5.363.727,31	\$160.911.819,30
1996	01/10/1996	31/10/1996	30	21,8	49,83	2,29	\$ 2.342.239,00	\$5.363.727,31	\$160.911.819,30
1996	01/11/1996	30/11/1996	30	21,8	49,83	2,29	\$ 2.342.239,00	\$5.363.727,31	\$160.911.819,30
1996	01/12/1996	31/12/1996	30	21,8	49,83	2,29	\$ 2.342.239,00	\$5.363.727,31	\$160.911.819,30
1997	01/01/1997	31/01/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 2.616.848,00	\$4.919.674,24	\$147.590.227,20
1997	01/02/1997	28/02/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 2.616.848,00	\$4.919.674,24	\$147.590.227,20
1997	01/03/1997	31/03/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 2.616.847,00	\$4.919.672,36	\$147.590.170,80
1997	01/04/1997	30/04/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 2.616.847,00	\$4.919.672,36	\$147.590.170,80
1997	01/05/1997	31/05/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 2.616.847,00	\$4.919.672,36	\$147.590.170,80
1997	01/06/1997	30/06/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 2.616.847,00	\$4.919.672,36	\$147.590.170,80
1997	01/07/1997	31/07/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 3.440.100,00	\$6.467.388,00	\$194.021.640,00
1997	01/08/1997	31/08/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 2.616.847,00	\$4.919.672,36	\$147.590.170,80
1997	01/09/1997	30/09/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 2.762.227,00	\$5.192.986,76	\$155.789.602,80
1997	01/10/1997	31/10/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 3.440.100,00	\$6.467.388,00	\$194.021.640,00
1997	01/11/1997	30/11/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 3.207.091,00	\$6.029.331,08	\$180.879.932,40
1997	01/12/1997	31/12/1997	30	26,52	49,83	1,88	\$ 3.440.100,00	\$6.467.388,00	\$194.021.640,00
1997	01/01/1998	31/01/1998	30	26,52	49,83	1,88	\$ 4.076.520,00	\$7.663.857,60	\$229.915.728,00
1998	01/02/1998	28/02/1998	30	31,21	49,83	1,60	\$ 4.076.520,00	\$6.522.432,00	\$195.672.960,00
1998	01/03/1998	31/03/1998	30	31,21	49,83	1,60	\$ 4.076.520,00	\$6.522.432,00	\$195.672.960,00
1998	01/04/1998	30/04/1998	30	31,21	49,83				

1998	01/07/1998	31/07/1998	30		31,21	49,83	1,60	\$ 4.076.520,00	\$6.522.432,00	\$195.672.960,00
1998	01/08/1998	31/08/1998	30		31,21	49,83	1,60	\$ 2.221.567,00	\$3.554.507,20	\$106.635.216,00
1998	01/09/1998	30/09/1998	30		31,21	49,83	1,60	\$ 4.076.520,00	\$6.522.432,00	\$195.672.960,00
1998	01/10/1998	31/10/1998	30		31,21	49,83	1,60	\$ 4.076.520,00	\$6.522.432,00	\$195.672.960,00
1998	01/11/1998	30/11/1998	30		31,21	49,83	1,60	\$ 4.076.520,00	\$6.522.432,00	\$195.672.960,00
1998	01/12/1998	31/12/1998	28		31,21	49,83	1,60	\$ 4.076.520,00	\$6.522.432,00	\$182.628.096,00
2000	01/02/2000	29/02/2000	29		39,79	49,83	1,25	\$ 1.000.000,00	\$1.250.000,00	\$36.250.000,00
2000	01/03/2000	31/03/2000	30		39,79	49,83	1,25	\$ 1.500.000,00	\$1.875.000,00	\$56.250.000,00
Días cotizados			3325	Salarios por días cotizados						\$8.867.466.145,78
Semanas cotizadas tiempo hiciere falta			475,00	Valor del IBL tiempo que le hiciera falta 2003						\$ 2.666.907,00
				Valor de la tasa de reemplazo						63,00%
				Valor de la mesada pensional 2003						\$ 1.680.151,00
				SMML Vigente						\$332.000,00

Acorde con la anterior liquidación, se tiene que la mesada inicial que le corresponde al actor para el año 2003, asciende a \$1.680.151,00 y NO a \$1.800.807,00, como lo dijo el juez de primer grado; por lo tanto, la Sala de Decisión en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se está surtiendo en favor de Colpensiones modificará la decisión del juzgado en este puntal aspecto.

De igual forma, al variarse el monto de la mesada inicial, ello tiene incidencia en el retroactivo pensional a liquidar, el cual también se modificará y quedará de la siguiente manera:

Año	Desde	Hasta	Incremento	Vaor mesada	No. Pagos	Retroactivo
2003	25/06/2003	31/12/2003		\$ 1.680.151	Prescripción	
2004	01/01/2004	31/12/2004	6,49%	\$ 1.789.193		
2005	01/01/2005	31/12/2005	5,50%	\$ 1.887.599		
2006	01/01/2006	31/12/2006	4,85%	\$ 1.979.148		
2007	01/01/2007	31/12/2007	4,48%	\$ 2.067.814		
2008	01/01/2008	31/12/2008	5,69%	\$ 2.185.473		
2009	01/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 2.353.099		
2010	01/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 2.400.161		
2011	01/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 2.476.246		
2012	01/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 2.568.610		
2013	01/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 2.631.284		
2014	01/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 2.682.331		
2015	01/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 2.780.504		
2016	01/01/2016	26/09/2016	6,77%	\$ 2.968.744		
2016	27/09/2016	31/12/2016	0,00%	\$ 2.968.744	5	\$ 14.843.720,00
2017	01/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 3.139.447	14	\$ 43.952.258,00
2018	01/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 3.267.850	14	\$ 45.749.900,00
2019	01/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 3.371.768	14	\$ 47.204.752,00
2020	01/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 3.499.895	14	\$ 48.998.530,00
2021	01/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 3.556.243	14	\$ 49.787.402,00
2022	01/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 3.756.104	14	\$ 52.585.456,00
2023	01/01/2023	30/11/2023	13,12%	\$ 4.248.905	12	\$ 50.986.860,00
Valor del retroactivo pesonal delseptiembre 2016 a noviembre 2023						\$ 354.108.878,00

Asimismo, se ordenará a Colpensiones realizar la compensación de las sumas de dinero entregadas al actor por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el 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 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedara así:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante SERGIO ALONSO ARRIETA el reconocimiento de la pensión de vejez como beneficiario del RT y conforme al artículo 12 del ACUERDO 049/1990, prestación que se reconoce a partir del 25 de junio de 2003, en catorce mesadas pensionales y se establece como mesada inicial la suma de UN MILLÓN SEISCIENTOS OCHENTA MIL CIENTO CINCUENTA Y UN PESOS (\$1.680.151) como primera mesada pensional, de conformidad a la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedara así:

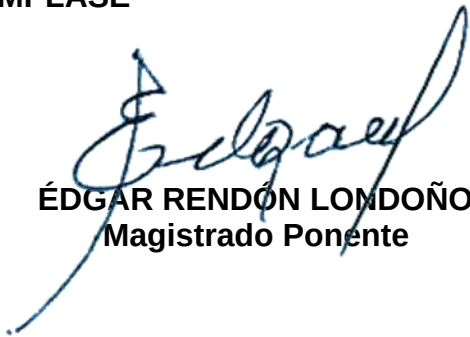
TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante SERGIO ALONSO ARRIETA la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO OCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$354.108.878) por concepto de retroactivo pensional causado desde el 27 de septiembre de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2023.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones realizar la compensación de las sumas de dinero entregadas al actor por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501020140050901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EPS SÁNITAS S.A.
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la **Entidad Promotora de Salud Sánitas S.A.** que se declare la existencia de una obligación a pagar por parte de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social por la suma de **\$625.650.405**, correspondientes a noventa y nueve recobros por concepto de la cobertura y suministro efectivo de procedimientos, servicios o medicamentos, NO incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, o no costeados por la Unidades de Pago por Capitación – UPC; que se declare la existencia de una obligación por concepto de gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS por el valor de **\$62.565.040**. Como consecuencia de

lo anterior, solicita que se condene al Ministerio de Salud y Protección Social al pago de las sumas precitadas, a los intereses moratorios previstos en el artículo 04 del Decreto 1281 de 2002 y a la indexación.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 11 – 1ra instancia-Expediente Digital), señaló que cubrió el suministro de los servicios, tratamientos equipos y medicamentos no contemplados en el POS al momento de la prestación del servicio o no costeados por la UPC; que tales servicios se prestaron con ocasión de órdenes judiciales de tutela o autorizaciones impartidas por el Comité Técnico Científico a favor de los usuarios que se relacionan en la base de datos anexa a la demanda; que tiene derecho al recobro de tales órdenes referidas, con ocasión del suministro o provisión de los servicios y/o medicamentos; que autorizó a sus IPS la prestación del servicio o entrega del insumo; que una vez autorizados los servicios, las IPS le radicaron las correspondientes facturas de venta, acompañadas de los soportes que acreditaban la prestación; que pagó a las IPS las facturas de venta y radicó las solicitudes de recobro ante el Consorcio administrador del Fosyga a través del diligenciamiento de los formatos MYT 01 y MYT 02 con los que se presentaron 99 solicitudes de recobro contenidas en 116 ítems, junto con los correspondientes soportes.

Refirió que, había presentado una demanda primigenia por el valor de \$725.100.804 por 110 recobros; que con ocasión del desarrollo de un procedimiento administrativo de pago, desistió de once recobros por el valor de \$99.450.000; que reelaboró las solicitudes de recobro, previa corrección de los defectos o de las insuficiencias que habían motivado las glosas; que esta nueva radicación se efectuó mediante el diligenciamiento del Formato MYT 04 establecido por el entonces Ministerio de Protección Social; que ninguna de las solicitudes fue aprobada ni ordenado su pago correspondiente; que el Ministerio, representado por el Consorcio Administrador del Fosyga, glosó los recobros con fundamento en *«Los valores objeto de recobro ya fueron pagados por el Fosyga o (ii) Como consecuencia del acta de CTC o del fallo de tutela se incluyeron prestaciones contenidas en los planes de beneficios»*; que como consecuencia de la negativa de la entidad a cancelar los recobros presentados, se puso fin a la actuación administrativa; que a la fecha se ha visto en la imposibilidad de recuperar las

erogaciones en las que incurrió para cubrir las órdenes de tutela y las autorizaciones del CTC; que el 12 de febrero de 2015 EPS Sánitas remitió reclamación administrativa contentiva de las prestaciones con destino al Ministerio de Protección Social.

Por su parte, **LA NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, contestó la demanda (archivo 16, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó que EPS Sánitas realizó recobros ante el Fosyga, aclarando que ello tuvo lugar a través del Consorcio SAYP 2011; que EPS Sánitas reelaboró las solicitudes de recobro, previa corrección de los defectos o de las insuficiencias que habían motivado las glosas; que la EPS presentó objeción a las glosas mediante formato MYT-04; que ninguna de las solicitudes presentadas nuevamente fueron pagadas, aclarando que ello se debió a que los valores objeto de recobro ya habían sido saldados por el Fosyga a través de la UPC, conforme lo indicó el Consorcio SAYP 2001 en comunicación CMP-05626-16 del 29 de marzo de 2016; que los recobros fueron glosados, agregando que también se formularon las causales de *«cuando el usuario reportado en el recobro se registre como fallecido en la BDUA, RNEC, RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto, para la fecha de prestación del servicio»* y *«cuando los valores objeto del recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga o se encuentren en el plan de beneficios»*; que en tal sentido las solicitudes presentadas a través del formato MYT-04 fueron rechazadas; que se puso fin a la vía gubernativa; que la demandante agotó el requisito de procedibilidad para demandar; que el 12 de febrero de 2015, remitió reclamación administrativa contentiva de las prestaciones con destino al Ministerio de Protección Social. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, inexistencia de la obligación, indebida escogencia de la acción y culpa exclusiva de la EPS recobrante.

Cabe precisar que mediante providencia notificada por estrados el 01 de febrero de 2017, el a quo declaró probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario y en consecuencia ordenó que se integrara al proceso al Consorcio SAYP 2011 conformado por la Fiduprevisora S.A. y Fiducoldex y se procediera con su notificación.

FIDUCARIA LA PREVISORA S.A. y FIDUCULDEX S.A., contestó la demanda (archivo 24, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, no aceptó ningún hecho, indicando que no le constaban o que no eran ciertos. Como excepciones de mérito formuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva del Consorcio SAYP 2011, inexistencia de la obligación indemnizatoria, ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del Estado, inexistencia de responsabilidad solidaria del Consorcio SAYP 2011 respecto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Fosyga 2014, imposibilidad Jurídica, inexistencia del Daño Antijurídico, Prescripción, inexistencia de la obligación por tratarse de recobros glosados en Auditoría del Consorcio Fidufosyga 2005, y la innominada.

La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** por medio de memorial radicado el 25 de septiembre de 2017 (archivo 29, carpeta 1ª inst. exp. Digital), solicitó que se le tuviera como sucesor procesal de la **NACIÓN – MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL**, con ocasión de lo cual, el a quo en audiencia de la misma fecha, dispuso aceptar la sucesión procesal solicitada y en consecuencia tener como demandada a **LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**.

TRÁMITES PROCESALES Y ACTUACIONES RELEVANTES EN PRIMERA INSTANCIA FRENTE A LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTE ASUNTO

El trámite judicial que nos ocupa, fue radicado ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, con ocasión de lo cual fue asignado por reparto al Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Laboral del Circuito de Bogotá, quien a través de providencia del 22 de abril de 2014 (archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. Digital) declaró su falta de jurisdicción y competencia para conocer del asunto y ordenó remitir el proceso a los Juzgados Laborales del Circuito de la misma ciudad. Contra esta decisión la demandante interpuso

recurso de reposición y la autoridad judicial en auto del 27 de mayo de 2014 resolvió no reponer la providencia recurrida (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

El proceso fue conocido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, quien, a través de providencia del 03 de octubre de 2016 (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. Digital), declaró que no era competente para conocer del proceso, suscitó el conflicto negativo de competencia y remitió el expediente al Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria a efectos de que lo resolviera.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 25 de enero de 2017 (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. Digital), resolvió dirimir el conflicto negativo de jurisdicciones en el sentido de asignar el conocimiento del presente asunto a la Jurisdicción Ordinaria Laboral representada por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de noviembre de 2019 (archivo 41, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de PRESCRIPCIÓN de los siguientes recobros:

45434483, 45557000, 45722857, 45723596, 45723598, 45728296, 45945100, 46101614, 46172750, 46173343, 46176871, 46218556, 46218559, 46218565, 46218569, 46218570, 46218673, 46218675, 46606766, 46834756, 46834835, 47062441, 47065841, 47197236, 47362837 y 47362983.

Se declaran prescritos y en consecuencia se ABSUELVE a la demandada. De conformidad a la parte considerativa.

SEGUNDO: Se declare probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación respecto a los siguientes recobros, que se mencionan:

48935214, 48935217, 48937072, 48938913, 49039391, 49039392, 49068086, 49068221, 49068344, 49068673, 49357734, 49358971, 49359024, 49359267, 49408350, 49408412, 49408413, 49438312, 49438326, 49880874, 49881582, 49915254, 49915584, 50377170, 50764712 y 49031634.

Se exonera a la demandada al pago de los mismos, y se ABSUELVE a la demandada de estos, de conformidad a la parte motive de esta providencia.

Por ende, se ABSUELVE del pago de los intereses moratorios y de servicios por la declaratoria de esta excepción frente a los recobros enlistados, por lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: se CONDENA a la demandada ADRES a pagar a la EPS SANITAS S.A. el valor correspondiente al recobro del radicado 50435523 por la suma de \$3,700,000 al cual debe realizar el pago de los intereses establecidos en el Estatuto Tributario para obligaciones de carácter Fiscal, entre la fecha de radicación del correspondiente recobro y la presentación de los formularios MYT01 Y MYT02 que corresponde a la fecha de presentación el 15 de marzo de 2012 hasta la fecha efectiva de pago a favor de la demandada EPS SÁNITAS S.A., de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: se condena en costas a la parte demandada ADRES a favor de la parte demandante EPS SÁNITAS S.A., tásense e inclúyase como agendas derecho la suma de \$ 300.000.

QUINTO: De no ser apelada la presente providencia, remítase al H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta (art. 69 CPT).

Como **fundamento de su decisión** señaló que para entrar a evaluar las pretensiones era necesario tener claro entonces el concepto de STENT y la clasificación existente de los mismos para lo cual se remitió al dictamen pericial que fue efectivamente trasladado, con base en el cual determinó que existen dos clasificaciones principales correspondientes a Stents coronarios y Stents vasculares periféricos; que ambos a su vez se clasifican en Stents convencionales, Stents farmacoactivos y Stents farmacoactivos bioabsorbibles.

Precisó que, para la fecha de la prestación de los servicios que se reclaman vía recobro estaban vigentes los Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, en los que se incluía en su artículo 61 la cobertura del «La prótesis endovascular Stent Coronario Convencional no recubierto.»; que luego de examinar los documentos adjuntos, se hallaba que los diversos Stents cobrados en el proceso no se enmarcaban en el tipo cubierto por el POS, por lo que era procedente entonces a revisar los pagos presuntamente efectuados por la EPS cuyo reintegro se pretendía a través de los recobro.

Indicó que, resultaba pertinente analizar de manera inicial si alguno de los recobros estaba afectado por prescripción, para tal efecto adujo que en este caso debería aplicarse el término trienal previsto en el artículo 151 del CPTSS y que el mismo empezaba a correr desde la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago, de la fecha de la radicación de la factura o de la prestación del servicio, según fuera el caso.

Con base en lo expuesto, refirió que los recobros 45434483 y 45557000 se presentaron el 15 de diciembre de 2010; que los No. 45722857, 45723596, 45723598, 45728296 y 45945100 fueron presentados el 15 de enero de 2011; que los No. 46101614, 46172750, 46173343, 46176871, 46218556, 46218559, 46218565, 46218569, 46218570, 46218673 y 46218675 fueron presentados el 15 de febrero del 2014; que el No. 46606766 fue presentado el 15 de abril de 2011; que los No. 46834756, 46834835, 47062441 y 47065841 fueron presentados el 15 de mayo de 2011; los No. 47197236, 47362837 y 47362983 fueron presentados el 15 de junio de 2011; que los No. 48935214, 48935217, 48937072, 48938913, 49039391, 49068086, 49068221, 49068344 y 49068673 fueron presentados el 15 de diciembre de 2011; que los No. 49357734 y 49358971 fueron radicados el 15 de enero de 2012; que los No. 49408350, 49408412, 49408413 y 49438312 fueron presentados el 15 de febrero de 2012; que los No. 49880874, 49881582, 49915584 y 50377170 fueron radicados el 15 de marzo de 2012 y que los No. 50764712 y 49031634 fueron radicados el 15 de mayo de 2012; mientras que la demanda de este proceso de radicó el 12 de diciembre de 2013.

Visto lo anterior, determinó que se encontraban afectados por la prescripción los recobros anteriores al 12 de diciembre del 2011, correspondientes a 45434483, 45557000, 45722857, 45723596, 45723598, 45728296, 45945100, 46101614, 46172750, 46173343, 46176871, 46218556, 46218559, 46218565, 46218569, 46218570, 46218673, 46218675, 46606766, 46834756, 46834835, 47062441, 47065841, 47197236, 47362837 y 47362983.

Arguyó que, era procedente entonces analizar los recobros restantes, por lo que era importante tener en cuenta que el artículo 10 de la Resolución 30992 de 2008, establecía los requisitos para su presentación ante la ADRES; que esta disposición indicaba que tal solicitud debería efectuarse a través de la dependencia de correos acompañada de una serie de documentos, entre ellos, la copia simple de la factura de venta o documento equivalente, expedida por el proveedor, con constancia de cancelación junto con el documento que evidenciara la prestación del servicio o la entrega del medicamento; que verificadas cada una de las imágenes contenidas en el CD a folio 50 no se especificaba que correspondieran al Stents y tampoco estaban firmadas por el paciente, lo que permitía concluir que no obraba el documento que acreditara el cobro del servicio por parte de la IPS.

Mencionó que, aunque en el dictamen obrante en el expediente se concluía que el insumo recobrado era Stent medicado y que en tal sentido no existía discusión acerca de su no cobertura por el POS, lo cierto era que al revisar las facturas de los recobros restantes se observaba que los insumos cobrados correspondían a servicios médicos, laboratorios y suministros, sin mencionar Stents. Así, frente a cada recbro precisó:

- ✓ 48935217: que la factura contenía el cobro de interconsultas, examen de laboratorio, hemogramas, creatinina, hidrógeno, potasio, sodio, angioplastia coronaria y arterioectomía de un vaso, medicamento, glucometría y suministro de internación en unidad de cuidados intensivos, sin que mencionara o se allegara documento soporte de Stent.
- ✓ 48937072: que la factura No. 90013170835 contenía el cobro de especialistas, hospitalización, medicamentos, material quirúrgico, oxígeno, laboratorio clínico, electrocardiograma, ecocardiograma, rehabilitación cardiaca, honorarios médicos, insumos hemodinámica, angioplastia e implante de Stent (no identifica la clase), derechos de sala de urgencia, consulta de urgencias, glucometría, terapia física. Bajo lo anterior indicó que debía presumirse que el Stent correspondía al convencional cubierto.
- ✓ 48938913: que la factura No. 3685 contenía un valor total por concepto de materiales sin especificar a qué correspondía.

- ✓ 49031634: que en la factura se cobraban derechos de sala, medicamentos, materiales médico quirúrgico, patología, anestesia, honorarios médicos, ayudantía de honorarios médicos, procedimientos no quirúrgicos, lo que en realidad correspondía a los materiales y suministros requeridos por la IPS para realizar el retiro de un Stent, mas no por la colocación o cambio del dispositivo.
- ✓ 49039391: que la factura No.113170912 contenía el cobro por conceptos de medicamentos de electrocardiograma, insumos hemodinámica, angioplastia e implante de Stent (sin especificar la clase), por lo que debía presumirse que correspondía al cubierto por el POS.
- ✓ 49039392: que la factura No. 113178292 contenía el cobro de conceptos de control de especialista, hospitalización, medicamento, unidad de cuidados intensivos, oxígeno, laboratorio clínico, imagenología, electrocardiograma, ecocardiograma, rehabilitación cardíaca, hemodinámica, derechos de sala de urgencias, consulta de urgencias, terapia respiratoria y arteriografía coronaria. Señaló que en mencionada factura no se señaló la clase del Stent colocado, por lo que debía presumirse que correspondía al cubierto por el POS.
- ✓ 49068086: que en la factura No. 1131591 se cobraban servicios de hospitalización, medicamentos, material quirúrgico, derechos de sala de cirugía y laboratorio clínico, angioplastia e implante de Stent (sin especificar la clase), por lo que debía presumirse que correspondía al cubierto por el POS.
- ✓ 49068221: que en la factura No. 113199489 se hacía alusión a angioplastia e implantación de Stent (sin especificar la clase), por lo que debía presumirse que correspondía al cubierto por el POS.
- ✓ 49068344: que en la factura No. 23 no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 29068673: que en la factura No. 100075192 no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 49357734: que la factura No. 113207467 no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 49358971: que la factura No. 962909 no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.

- ✓ 49359024: que la factura No. 4235 no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 49359267: que la factura No. 38952 no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 4940835: que en la factura No. 25202903 no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 49408412: que factura No. TH 49841, no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 49408413: que en la factura No. TH 49615 se evidenciaba descripción del servicio de enfermedad coronaria, sin embargo, no se especificó que se hubiese realizado el implante de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 49438312: que en la factura No. ASP 4319 no se identificaba la clase de Stent que se implantó, por lo que debía presumirse que correspondía al cubierto por el POS.
- ✓ 49438326: que la factura No. 1578633, no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 49880874: que la factura No. 749267, no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 49881582: que la factura No. 113220620 no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 49917254: que en la factura 200780 se hace alusión al cobro de un Stent sin especificar su clasificación, por lo que debía presumirse que correspondía al cubierto por el POS.
- ✓ 49915584: que la factura No. FCB 480243 no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.
- ✓ 50377170: que la factura No. BGA 482548 ni los soportes especificaban qué tipo de Stent fue implantado, por lo que debía presumirse que correspondía al cubierto por el POS.
- ✓ 50435523: que en la factura No. 0668 sí se especificaba el cobro de un Stent medicado 2.5x80, por lo tanto, determinó que había lugar a ordenar su pago, como quiera que no se encontraba cubierto por el POS.

- ✓ 50764712: que la factura No. 202528746 no identificaba cobro de un Stent, por lo que no era procedente su reconocimiento.

Por lo expuesto, consideró que en este caso solo había lugar a ordenar el pago por el recobro No. 50435523 por la suma de \$3.700.000 a favor de la demandante con cargo a la ADRES.

Sobre la solicitud de los intereses moratorios, indicó que el reconocimiento de los mismos por parte de la demandada de conformidad a lo establecido en la normatividad correspondiente a los establecidos en el Estatuto Tributario para obligaciones de carácter Fiscal desde el 15 de marzo de 2012 fecha en la que se radicó el recobro ante la ADRES hasta que se efectúe su pago.

En cuanto a los perjuicios correspondiente a los gastos de administración asociados al proceso, determinó el *a quo* que no se allegaron pruebas que permitiesen comprobar su causación y mucho menos su cuantía.

RECURSO DE APELACIÓN.

EPS SÁNTAS S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, solicitando que se revocaran los numerales primero, segundo y quinto. Para tal efecto, reprochó el análisis que realizó el *a quo* respecto del dictamen pericial, de los documentos obrantes en el proceso y sobre la interpretación que este le dio a la prescripción.

Como primer punto aludió que contrario a lo determinado por el *a quo*, de la documental aportada al proceso se desprendía que se prestaron unos insumos correspondientes a Stents no cubiertos por el POS, en las fechas discriminadas según las bases de datos allegadas; que además ello se comprobaba también con el dictamen pericial aportado; que todos los cobros estaban acompañados de autorizaciones de Comité Técnico Científico o de fallos de tutela, por lo que correspondían a tecnologías

debidamente ordenadas y entregadas a los pacientes, que no estaban cubiertas por el POS.

Manifestó que, la Juzgadora no tuvo en cuenta que cuando la ADRES formuló las glosas a los 103 recobros alegó la causal de que los insumos ya habían sido pagados, sin hacer mención alguna a que los servicios se encontraban dentro el POS o a que no existían soportes de la entrega del insumo, por lo que no era procedente que ahora se negara en pago con base en una causal diferente, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Resolución 3099 de 2008; que tampoco se tuvo en cuenta que la factura no era el único documento que contenía información de recobro, pues para ello se aportaron los respectivos soportes del servicio, entre ellos, fallos de tutela, actas de Comité Técnico Científico, la historia clínica, las notas de enfermería y controles, frente los cuales el Despacho había realizado un análisis restrictivo, por haberse limitado a examinar sólo las facturas.

Sobre la interpretación de la prescripción, indicó que el despacho concluyó que unos recobros estaban prescritos, partiendo de la premisa de que debía aplicar el término de tres años, sin tener en cuenta que la situación jurídica de los recobros sólo se consolidó cuando la ADRES resolvió sobre las glosas y no antes; que de conformidad con sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá proferida al interior del proceso con radicado 2014-0678, la fecha a partir de la cual se debía contar la prescripción correspondía a la data en que se prestó el servicio, entendiéndose dicho término interrumpido con la presentación de la factura y suspendido por el trámite administrativo de recobro, es decir, hasta la fecha de notificación de la glosa o de su ratificación.

Para finalizar, solicitó que se tuviera en cuenta que el dictamen médico hizo una valoración integral de lo que contenían las historias clínicas, los apartes y las consideraciones jurídicas expuestas y que, de acuerdo con ello, debía revocarse la sentencia de primera instancia.

La **ADRES** interpuso parcial contra la sentencia. Señaló que el recobro 50435523 correspondía a un servicio que hacía parte del POS y que en tal sentido no era procedente su reconocimiento. Agregó que el dictamen pericial allegado por **SANITAS** no cumplió a cabalidad con la idoneidad probatoria, pues no realizó en su contenido un estudio acucioso de ninguno de los soportes que conformaban los cobros.

Frente a la condena de intereses moratorios, precisó que estos eran considerados como una obligación accesoria toda vez que su naturaleza misma no podía subsistir sin una obligación principal y teniéndose que la ADRES por mandato legal no era la responsable de realizar el pago de servicios que hacían parte del POS, por sustracción de materia, no podía existir la obligación accesoria, pago de intereses, por ello solicitó se revoque la decisión frente a esta.

Sobre la condena en costas, señaló que no se evidenció que se le haya causado un perjuicio a la demandante, pues indicó que eran las inconsistencias de la misma EPS, en los soportes allegados las que dieron lugar a la no aprobación del pago en vía administrativa del recobro 50435523, razón por la cual determinó que no era procedente, por tanto, solicitó que se revocara.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por la sociedad demandante y la entidad accionada, en consonancia con los reparos invocados en la alzada por la demandante, en atención a lo previsto en el artículo 66-A del CPTSS, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la ADRES en lo no apelado, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el recurso de alzada corresponde a esta Sala de decisión establecer si es procedente condenar a la ADRES al pago de los cobros efectuados por la EPS Sánitas S.A. por concepto del suministro de Stents, para lo cual se deberá

determinar si los servicios de salud cuyo pago pretende la entidad demandante estaban por fuera del POS, si fueron efectivamente prestados, si sobre tales obligaciones operó el fenómeno prescriptivo y, de encontrarse que procede su pago, establecer si hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios, indexación y los gastos de administración reclamados.

RECOBRO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS O SUMINISTRO DE MEDICAMENTO CON CARGO AL ADRES

La Ley 100 de 1993, creó el actual Sistema General de Seguridad Social con el objetivo de regular, entre otros asuntos, el servicio público esencial de salud, sus condiciones de acceso a la población en todos los niveles de atención y garantizar la protección al derecho a la seguridad social. En ejecución de ello, se fundaron las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud - EPS, a quienes se les encargó la tarea de brindar atención a los usuarios y en general de prestar el servicio de Salud directamente y/o a través de sus instituciones vinculadas (IPS). Igualmente, se instituyó el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios en Salud), como un conjunto de servicios al que todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social tendría derecho, delimitado por las Resoluciones expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social (Acuerdos 008 de 2009, 029 de 2011 y Resoluciones 5521 de 2013, 5926 de 2014, 5592 de 2015, 6408 de 2016, 5269 de 2017, 5857 de 2018, 3512 de 2019, 2481 de 2020, 2292 de 2021, 2808 de 2022 y 087 de 2023).

Se resalta además que, a efectos de que las EPS garantizaran el suministro de los servicios incluidos en el POS, se previó que les sería girado como contraprestación por parte del Estado un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación – UPC; sin embargo, en aras de asegurar la protección del derecho fundamental a la salud de los afiliados, estas entidades se han visto obligadas a prestar servicios que no se encuentran previstos en el mentado Plan y que, en tal virtud, no estaban financiados dentro de la UPC. Con ocasión de ello, inicialmente vía jurisprudencial se dispuso que el Estado debería reconocer a las EPS los costos de los servicios prestados por fuera del POS y, posteriormente, con la creación del Fondo de Solidaridad y Garantía del

Sistema General de Seguridad Social en Salud – FOSYGA, reglamentado en el Decreto 1283 de 1996, se dispuso que sería esta entidad la encargada de girar a las EPS los recursos para cubrir los referidos servicios (Corte Constitucional sentencias C-316/08, T- 760 del 2008, T- 438/09, T-115/13, entre muchas otras).

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T- 760 del 2008, frente a la obligación del Estado de financiar tales servicios y de proveer los mecanismos para que las EPS efectúen los recobros de manera ágil, dispuso:

2.2.5.1. Cuando una persona requiere un servicio de salud que no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Servicios, y carece de recursos para cubrir el costo del mismo que le corresponda asumir, las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio (EPS) deben cumplir con su responsabilidad y, en consecuencia, asegurar el acceso a éste. No obstante, es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional y la regulación han reconocido a la entidad aseguradora el derecho de repetir contra el Estado (ver secciones 4.4. y 6.2.), a través del Fosyga. El adecuado financiamiento de los servicios de salud no contemplados en el POS depende entonces, del correcto flujo de recursos por parte del Estado para cubrir el pago de los recobros que reglamentariamente sean presentados por las entidades que garantizan la prestación del servicio. En la medida en que tales costos no están presupuestados por el Sistema dentro del monto que recibe la entidad aseguradora de la prestación del servicio de salud por cuenta de cada uno de sus afiliados o beneficiarios (UPC, unidad de pago por capitación), su falta de pago atenta contra la sostenibilidad del sistema, y en tal medida, al acceso a la prestación de los servicios de salud que se requieran con necesidad. Al ser las entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio (EPS), o incluso las instituciones prestadoras de salud (IPS), las que suelen asumir los costos de la demora de los pagos de los recobros, se genera además, una presión sobre éstas para dejar de autorizar la prestación de servicios de servicios no contemplados en el POS. Así pues, en la medida que la capacidad del Sistema de Salud para garantizar el acceso a un servicio de salud depende de la posibilidad de financiarlo sin afectar la sostenibilidad del Sistema, el que no exista un flujo de recursos adecuado para garantizar el acceso a los servicios de salud que se requieran con necesidad, no incluidos dentro de los planes de servicio, obstaculiza el acceso a dichos servicios. Con relación al cumplimiento oportuno de los fallos de tutela y al derecho al recobro de servicios médicos no cubiertos por el plan de beneficios ante el Fosyga, se plantean, a su vez, tres conjuntos de órdenes.

[...]

En este caso se ordenará al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga sea ágil con miras a asegurar el flujo de recursos necesario para proteger efectivamente el derecho en el sistema.

[...]

Ahora bien, mediante la Resolución 2948 del 2003, se previó el procedimiento para el recobro ante el FOSYGA de servicios o medicamentos no incluidos en el POS que fueren autorizados por los Comités Técnico Científicos, y mediante la Resolución 2949 de la misma anualidad, se previó el procedimiento para el recobro de procedimientos NO POS ordenados por fallos de tutela. Estas regulaciones fueron posteriormente derogadas entre otras por las Resoluciones 3797 de 2004, 3933 de 2006, 3099 del 2008, 3813 de 2013, 5395 de 2013, 1328 de 2016, 3651 de 2016, estando vigente en la actualidad la Resolución 1885 de 2018, *«Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones»*. Se puntualiza que, las nombradas resoluciones comportan en general un trámite análogo para los respectivos recobros y establece los documentos requeridos para la presentación de los mismos a efectos de que FOSYGA – actual ADRES proceda a su pago o efectúe la respectiva glosa teniendo en cuenta lo dispuesto en los Decretos 1281 de 2002 y 4747 de 2007.

Cabe precisar igualmente que, con la creación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES a través de la Ley 1753 del 2015, en su artículo 66, asumió el pago de las prestaciones de servicios de salud no incluidos en el POS – hoy PBS, conforme lo previó el literal h) del artículo 67 ibídem.

Resulta claro entonces que, las EPS están obligadas a asumir con cargo a sus propios recursos, la prestación de los servicios y medicamentos incluidos en el POS – hoy PBS, para lo cual reciben financiación del Estado (UPC), y en el evento en que tales entidades deban suministrar servicios que estén por fuera del mentado Plan (ya sea con ocasión de una orden impartida por un Juez de la Republica vía tutela o por lo dispuesto por el Comité Técnico Científico), tendrán la facultad de recobrarlos al ADRES, entidad que debe proceder a su pago, siempre que se acredite la prestación del servicio y el cobro se ajuste a los lineamientos de la normatividad vigente para el momento de la prestación. Sobre este punto, el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, establece:

*«Además de los requisitos legales, quienes estén **obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios [...]**».* (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, cuando una EPS pretenda el reconocimiento de los recobros vía judicial, en virtud de lo precitado y de la regla contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso, tendrá la carga de demostrar que efectivamente prestó servicios de salud que no estaban cubiertos en el POS – hoy PBS, que fueron ordenados por un Comité Técnico Científico o por un fallo de tutela; por su parte, la ADRES deberá acreditar que no se prestó el servicio o que la glosa con base en la cual se negó el pago fue fundada y se ajustó a lo previsto en los Decretos 1281 de 2002 y 4747 de 2007.

En este orden, en lo que interesa al caso en particular, conforme se dejó sentado en los antecedentes, se tiene que EPS Sánitas S.A. a través del presente proceso ordinario laboral pretende que se condene al ADRES al pago de noventa y nueve recobros por el suministro de Stents diferentes al tipo Stent Coronario Convencional no recubierto, insumos que según el dicho de la demandante no se encontraban incluidos en el POS para la fecha de autorización y suministro.

Al respecto, tal y como se dejó sentado en precedencia, el a quo, al proferir la sentencia de primera instancia determinó que para la data en que los insumos objeto de los recobros se habían suministrado a los pacientes, aquellos no estaban incluidos en el referido plan, debido a que para esa calenda se encontraba vigente el Acuerdo 08 de 2009, en el que solo se incluía el Stent Coronario Convencional no recubierto, mientras que los que fueron entregados por parte de la EPS eran de tipos diferentes al prenombrado (Stents farmacoactivos y Stents farmacoactivos bioabsorbibles). De ahí concluyó que, en principio, los recobros frente a los insumos eran procedentes por no encontrarse incluidos en el POS, consideración frente a la cual ninguna de las partes formuló reparo alguno.

Dicho lo anterior, con ocasión de la excepción de prescripción formulada por la ADRES la Juzgadora de primera instancia procedió a examinar si frente a los recobros pretendidos había ocurrido el término de prescripción, y al respecto adujo que los identificados con el No. de radicación 45434483, 45557000, 45722857, 45723596, 45723598, 45728296, 45945100, 46101614, 46172750, 46173343, 46176871, 46218556, 46218559, 46218565, 46218569, 46218570, 46218673, 46218675, 46606766, 46834756, 46834835, 47062441, 47065841, 47197236, 47362837 y 47362983 estaban prescritos, por las razones expuestas en los antecedentes de esta providencia.

Sobre este punto, como ya se dijo, el apoderado de la parte actora formuló recurso de apelación y para tal efecto argumentó que la jueza no tuvo en cuenta que la reclamación realizada por parte de la EPS Sánitas a la ADRES respecto de cada recobro suspendió el término de prescripción, hasta tanto la entidad estatal formulara la respectiva glosa.

Dilucidado lo anterior, procede entonces la Sala a establecer si los recobros No. 45434483, 45557000, 45722857, 45723596, 45723598, 45728296, 45945100, 46101614, 46172750, 46173343, 46176871, 46218556, 46218559, 46218565, 46218569, 46218570, 46218673, 46218675, 46606766, 46834756, 46834835, 47062441, 47065841, 47197236, 47362837 y 47362983 estaban afectados por prescripción para el momento en que se presentó la demanda.

DE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS RECOBROS EN SALUD

El ordenamiento jurídico colombiano solo hasta el año 2022, a través del Decreto 507 de ese año, reguló de manera específica la prescripción de los recobros relacionados con suministros de servicios o insumos de salud. Previo a ello, no existía norma especial sobre el particular; de ahí que, antes de la mentada regulación, la prescripción de los recobros correspondiera a la general prevista en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, que en su tenor literal establecen: «**ARTICULO 151. PRESCRIPCION.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que

se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. [...]», «**ARTÍCULO 488. REGLA GENERAL.** 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 [...]»

Cabe ahora recordar que, el mentado término prescriptivo puede verse suspendido o interrumpido con las actuaciones que el legislador ha previsto de manera taxativa. Es así como el artículo 6 del CPTSS establece que en tratándose de pleitos contra entidades de la administración pública, la reclamación administrativa que se les formule, suspende el mentado término mientras esté pendiente su resolución. De igual manera, el artículo 151 del mismo cuerpo normativo consagra que la reclamación tiene la virtualidad de interrumpir el lapso prescriptivo. En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL13000-2015, reiterada en sentencias SL3023-2020 y SL3889-200 consideró:

*En efecto, de acuerdo con el art. 6º del C.P.T. y S.S., la reclamación administrativa del derecho presentada ante entidades de la administración pública, **suspende** el término de prescripción hasta (i) cuando se decida la petición, o (ii) cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta.*

*En cuanto a esta última hipótesis, incorporada por la L. 712/2001, debe clarificarse que fue declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2006, en el entendido que «el agotamiento de la reclamación administrativa por virtud del silencio administrativo negativo, es optativo del administrado, de tal manera que si decide esperar la respuesta de la administración, la contabilización del término de prescripción solo se hará a partir del momento en el que la respuesta efectivamente se produzca». **De suerte que, hoy por hoy, un adecuado entendimiento del art. 6º del C.P.T y S.S., debe necesariamente contemplar el hecho de que hasta tanto no se emita y notifique la respuesta a la reclamación, el término prescriptivo permanece suspendido.***

*Siendo esto así, en el sub examine la demanda fue promovida dentro del plazo de los tres años siguientes a la fecha de agotamiento de la reclamación administrativa, por cuanto si bien la solicitud del derecho se presentó el 22 de agosto de 2005, lo cierto es que la respuesta vino a producirse el 30 de diciembre de 2005 y notificarse hasta el 26 de enero de 2006 (fl. 130), **motivo por el cual, debe entenderse que el término prescriptivo resurgió nuevamente el 27 de enero de 2006, y con él, la posibilidad del trabajador de accionar ante los jueces del trabajo dentro de los tres años siguientes a esta última calenda, como efectivamente ocurrió.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Igualmente, en sentencia CSJ SL1867-2023 la Alta Corporación expuso:

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, cuando es necesaria la presentación de la reclamación administrativa, en los términos del inciso 2° del artículo 6 del CPTSS, modificado por el artículo 4 de la Ley 712 de 2001, declarado condicionalmente exequible en la sentencia CC-C792 de 2006, como sucedió en el caso de autos, es optativo para la accionante esperar el término de un mes en virtud del silencio administrativo negativo, o aguardar a la respuesta de la administración, tiempo durante el cual el término de prescripción de la acción queda suspendido.

En otras palabras, para el cómputo de la prescripción no solo se debe tomar en cuenta la interrupción que ciertamente solo opera por una sola vez, sino que se debe descontar el tiempo en que se da la suspensión, la cual puede ser por el término que se toma la demandada en responder la respectiva petición del art. 6 del CPTSS, incluido el término que dura el agotamiento de la reclamación administrativa si es del caso; o cuando transcurre el mes sin que la entidad responda y el demandante inicia la acción judicial, pues en tal evento se entiende que este da por agotado su reclamo, y, desde ese momento, cesa la suspensión del término prescriptivo, así la administración se pronuncie con posterioridad, como lo tiene enseñado esta Sala, entre otras en las sentencias CSJ SL17165-2015 y SL5024-2021. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De lo precitado se desprende que la reclamación administrativa efectuada a entidades de la administración pública tiene la virtualidad de suspender el término de prescripción desde su presentación hasta la fecha en que sea resuelta, **momento a partir del cual se contabiliza nuevamente el término trienal de prescripción.** Cabe igualmente recordar que, como es sabido, el cómputo de la prescripción inicia cuando la obligación que se pretende reclamar se hace exigible, cuestión que para el caso de los recobros ocurre cuando se suministran los insumos o se presta el servicio, pues solo en ese momento se configura el gasto con cargo a la EPS que la habilitaría para efectuar el recobro al ADRES.

Bajo los anteriores criterios, con ocasión del recurso de alzada interpuesto por la demandante, deberá analizarse si respecto de las facturas sobre las cuales la Juzgadora declaró la prescripción, tal fenómeno se había consumado. Para tal efecto, deberá tenerse en cuenta que a partir de la fecha de la prestación del servicio inició el término trienal, el cual pudo ser suspendido con la formulación de la reclamación administrativa ante la ADRES hasta que la misma fuese resuelta, data a partir de la cual se reiniciaría el período de tres años de prescripción. Asimismo, cabe referir que la demanda que dio inicio al presente trámite judicial fue radicada el **12 de diciembre de 2013**, de manera

que se analizará si realmente la prescripción respecto de estas facturas ocurrió antes de esa data. Así pues, se procederá a examinar para cada uno de los recobros, los siguientes hitos temporales para dilucidar el asunto bajo estudio: **(i)** fecha de la entrega de los insumos; **(ii)** radicación de la reclamación administrativa; **(iii)** fecha de la objeción o glosa por parte de la ADRES y **(iv)** fecha en la que feneció el término trienal de prescripción, con el fin de identificar si ello ocurrió con anterioridad al **12 de diciembre de 2013**.

# Radicado	FACTURA	FECHA PRESTACIÓN DE SERVICIO	FECHA DE FACTURA	PRESENTACIÓN DE LA FACTURA ANTE ADRES	FECHA DE GLOSA - RESPUESTA	FENECE TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN
45434483	1458751	28/07/2010	28/07/2010	1/10/2010	15/12/2010	15/12/2013
45557000	BGA-402189	12/07/2010	15/07/2010	20/10/2010	15/12/2010	15/12/2013
45722857	113 130533	12/09/2010	20/09/2010	11/11/2010	15/01/2011	15/01/2014
45723596	4647649	23/11/2009	23/11/2009	2/11/2010	15/01/2011	15/01/2014
45723598	BGA 380377	25/02/2010	2/03/2010	2/11/2010	15/01/2011	15/01/2014
45728296	4011096	20/07/2010	27/07/2010	3/11/2010	15/01/2011	15/01/2014
45945100	H2 3994	29/07/2010	30/07/2010	26/11/2010	15/01/2011	15/01/2014
46101614	MC 250288	26/08/2010	2/09/2010	1/12/2010	15/02/2011	15/02/2014
46172750	2348543	2/09/2010	6/09/2010	13/12/2010	15/02/2011	15/02/2014
46173343	BGA 419282	15/10/2010	17/10/2010	14/12/2010	15/02/2011	15/02/2014
46176871	1470344	27/08/2010	20/09/2010	1/12/2010	15/02/2011	15/02/2014
46218556	113 99641	27/04/2010	4/05/2010	15/12/2010	15/02/2011	15/02/2014
46218559	113 111162	20/05/2010	21/05/2010	15/12/2010	15/02/2011	15/02/2014
46218565	3912546	28/03/2010	31/03/2010	15/12/2010	15/02/2011	15/02/2014
46218569	2310049	9/06/2010	22/06/2010	15/12/2010	15/02/2011	15/02/2014
46218570	2290829	29/04/2010	18/05/2010	15/12/2010	15/02/2011	15/02/2014
46218673	2279134	23/04/2010	27/04/2010	15/12/2010	15/02/2011	15/02/2014

46218675	BGA 392831	20/05/2010	21/05/2010	15/12/2010	15/02/2011	15/02/2014
46606766	113 148865	15/12/2010	20/12/2010	1/02/2011	15/04/2011	15/04/2014
46834756	BGA 434408	13/01/2011	14/01/2011	15/03/2011	15/04/2011	15/04/2014
46834835	641024	9/12/2010	29/12/2010	15/03/2011	15/05/2011	15/05/2014
47062441	3428406	6/11/2010	8/11/2010	15/03/2011	15/05/2011	15/05/2014
47065841	113 159683	28/01/2011	1/02/2011	15/03/2011	15/05/2011	15/05/2014
47197236	113 158985	19/01/2011	23/01/2011	15/04/2011	15/06/2011	15/06/2014
47362837	5183607	9/12/2010	15/12/2010	15/04/2011	15/06/2011	15/06/2014

Conforme a la anterior tabla se halla que, contrario a lo señalado por el a quo, ninguno de los recobros estaba afectado por el fenómeno prescriptivo. Nótese, conforme lo adujo el recurrente, que en este caso EPS Sánitas presentó reclamaciones administrativas respecto de cada recobro, actuaciones con las que se suspendió el término de prescripción mientras la entidad estatal diera respuesta, tal como lo establece el prenombrado artículo 6 del CPTSS y la sentencia C-792 de 2006. Así pues, una vez se obtuvo la respuesta de cada reclamación, feneció la suspensión y el término trienal de prescripción para cada recobro se reinició, cuestión que erradamente no fue analizada ni tomada en cuenta por la Juzgadora de primera instancia.

Ahora, como quiera que la demandada es una entidad que maneja recursos públicos y formuló la excepción de prescripción en su contestación, la Sala procede a analizar si respecto de los demás recobros estudiados en la sentencia de primera instancia se configuró tal fenómeno; pues bien, luego de revisar en detalle los documentos obrantes en el plenario, se advierte que para la fecha de la presentación de la demanda (**12 de diciembre de 2013**), ninguno de los recobros restantes estaba afectado por el término de prescripción, conforme se detalla a continuación:

# Radicado	FACTURA	FECHA PRESTACIÓN DE SERVICIO	FECHA DE FACTURA	FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA FACTURA ANTE ADRES	FECHA DE GLOSA - RESPUESTA	FENECE TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN

48935214	1100310318	27/07/2011	18/08/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
48935217	MC 329925	28/06/2011	08/07/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
48937072	113 170835	18/03/2011	01/04/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
48938913	AF 3685	23/03/2011	07/04/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
49031634	22 4209389	07/04/2011	12/04/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
49039391	113 170912	01/04/2011	03/04/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
49039392	113 178282	11/04/2011	18/04/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
49068086	113 201591	04/08/2011	16/08/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
49068221	113 199489	30/08/2011	01/09/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
49068344	23 4278576	14/07/2011	18/07/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
49068673	100075192	22/02/2011	24/02/2011	14/10/2011	15/12/2011	15/12/2014
49357734	113 207467	25/08/2011	22/09/2011	30/11/2011	15/01/2012	15/01/2015
49358971	962909	11/08/2011	02/09/2011	30/11/2011	15/01/2012	15/01/2015
49359024	AF-4235	08/07/2011	22/07/2011	30/11/2011	15/01/2012	15/01/2015
49359267	38952	13/04/2011	19/04/2011	30/11/2011	15/01/2012	15/01/2015
49408350	2520293	10/08/2011	22/08/2011	13/12/2011	15/02/2012	15/02/2015
49408412	TH 49841	18/08/2011	24/08/2011	13/12/2011	15/02/2012	15/02/2015
49408413	TH 49615	29/07/2011	12/08/2011	13/12/2011	15/02/2012	15/02/2015
49438312	XXAF 4319	27/07/2011	29/07/2011	14/12/2011	15/02/2012	15/02/2015
49438326	1578833	28/06/2011	06/07/2011	14/12/2011	15/02/2012	15/02/2015
49880874	749267	03/09/2011	28/09/2011	05/01/2012	15/03/2012	15/03/2015
49881582	113 220620	19/10/2011	17/11/2011	05/01/2012	15/03/2012	15/03/2015
49915254	113 200780	09/07/2011	29/07/2011	16/01/2012	15/03/2012	15/03/2015
49915584	FCV480243	22/05/2011	25/05/2011	16/01/2012	15/03/2012	15/03/2015
50377170	BGA-482548	05/10/2011	05/10/2011	13/03/2012	15/05/2012	15/05/2015
50764712	2528746	27/08/2011	07/09/2011	16/04/2012	15/06/2012	15/06/2015

Ante este panorama tendrá que revocarse el fallo recurrido en lo atinente a la declaración tal excepción de conformidad con las razones expuestas, como quiera que para la fecha en que se radicó la demanda, ninguno de los recobros estaba afectado por este fenómeno.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA DE LOS RECOBROS

Deberá ahora la Sala dilucidar si respecto de los cobros era procedente declarar la existencia de la obligación de pago con cargo a la ADRES, de conformidad con lo alegado por la demandante en el recurso de alzada. A su vez, la Corporación tendrá que revisar si, como lo adujo la demandada en su recurso de apelación, el cobro No. 50435523 era improcedente en razón a que el servicio cobrado hacía parte del POS.

Pues bien, de entrada avizora esta Corporación que conforme lo consideró la Juez de primera instancia, la normatividad que regulaba el conjunto de servicios cubiertos por el POS – hoy PBS, correspondía a la vigente para la fecha en que tales insumos fueron entregados, pues solo en ese momento se configuró el gasto con cargo a la EPS que la habilitaría para efectuar el cobro al ADRES. Así las cosas, después de estudiar minuciosamente los medios de prueba que militan en el expediente, se avizora que los insumos cobrados fueron entregados en los años 2010 y 2011 (como se desprende de las tablas antes expuestas), esto es, en vigencia de la Acuerdo 008 de 2009 en lo referente a los servicios incluidos en el POS.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que el mentado Acuerdo, en su artículo 61 numeral 3, incluyó como insumo cubierto por el POS, «*La prótesis endovascular Stent Coronario Convencional no recubierto*» (Negrilla y subrayado fuera del texto original). En este punto, cabe referir que conforme fue explicado en el dictamen pericial aportado por EPS Sánitas S.A. (archivo 32. 1ª Inst. Exp. digital), elaborado por el médico especialista en auditoria médica, Dr. Fernando Quintero Bohórquez (que no fue objetado, aclarado ni complementado), existen diversos tipos de Stents, que a su vez se subdividen en otras categorías, dependiendo de su uso clínico, a saber:

- (i) **Stents Coronarios:** Utilizados para el tratamiento de enfermedades coronarias. Este a su vez puede ser de tipo a) convencional, b) medicados, recubiertos o libertadores de fármacos y c) farmacoactivos biodegradables. (ver f°9-14 archivo 32. 1ª Inst. Exp. digital)

- (ii) **Stents Vasculares periféricos:** Empleados para la dilatación de los vasos sanguíneos o arterias. Estos también pueden ser distintas clases, esto es, a) convencional, b) medicados, recubiertos o libertadores de fármacos y c) farmacoactivos biodegradables. (ver f°9-14 archivo 32. 1ª Inst. Exp. digital)

Se tiene entonces que, en atención a lo explicado previamente, de las diversas clases de Stents existentes, **la única cubierta por el POS para las fechas en que se prestaron los servicios objeto de recobro, correspondía a la de Stent coronario convencional, de modo que, lógicamente los Stents coronarios medicados, coronarios biodegradables y los periféricos de todo tipo no estaban incluidos dentro del mentado Plan Obligatorio.**

Con base en lo expuesto y en atención a los argumentos del recurso de alzada, procederá esta Sala a examinar si los recobros correspondieron a la prestación del servicio de Stents coronarios medicados, coronarios biodegradables y/o los periféricos y si obran los documentos que acrediten la efectiva entrega del insumo.

Así, luego de un examen exhaustivo de los medios de prueba, específicamente los documentos soporte de cada recobro, advierte esta Sala que, contrario a lo considerado por la Juzgadora de primera instancia, sí se encuentran en el expediente las constancias del suministro de los Stents no cubiertos por el POS, pues, aunque en las facturas recobradas no se especifique el tipo de insumo entregado, lo cierto es que la demandante también allegó para cada caso, las Actas de Comité Técnico Científico, las historias clínicas y los documento de detalle de insumos recobrados, en los que se puede comprobar con claridad que los mentados insumos correspondían a Stents medicados y a periféricos no cubiertos por el POS y, además, que si fueron suministrados a los pacientes, de conformidad con lo exigido por el artículo 10 de la Resolución 3099 de 2008, normatividad vigente para la fecha del servicio. A continuación, se detallan los resultados de los hallazgos para cada caso:

# Radicado	FACTURA	NOMBRE DEL PACIENTE	VALOR	SOPORTES
45434483	1458751	STELLA RESTREPO GÓMEZ	\$3.290.000	- Acta: Paciente de 69 años con estenosis crítica en el tercio medio de la arteria iliaca externa derecha que requiere angioplastia periférica más colocación de Stent Periférico. - Autorización del servicio. - Orden médica - Historia clínica: Implante de Stent Periférico
45557000	BGA- 402189	MARIO PINZÓN CASTRO	\$6.051.400	- Acta: Paciente quien presenta sensación de mareo asociado a debilidad general. Se decide realizar angioplastia más implante de Stent medicado en coronaria derecha. Paciente evolucionó favorablemente - Orden médica - Historia clínica: Colocación de Stent medicado
45722857	113 130533	MANUEL ENRIQUE RODRÍGUEZ CALDERÓN	\$3.800.000	- Acta: Paciente de 64 años con infarto agudo de miocardio más hipertensión arterial diabetes mellitus tipo II enfermedad de dos vasos angina postinfarto. Requiere angioplastia con el uso de Stent Promus medicado para evitar reestenosis. - Volante de autorización de servicios - Historia clínica: Implante de Stent medicado
45723596	4647649	NIBARDO PLAZA ARTUNDUAG A	\$4.325.000	- Acta: Paciente con diagnóstico de angina de pecho con enfermedad coronaria a quien se decide pasar a cirugía y se coloca Stent en lesión proximal para evitar reestenosis paciente que evoluciona hacia la mejoría y se decide salida con manejo médico - Volante de autorización de servicios - Historia clínica: Implante de Stent Taxus (medicado)
45723598	BGA 380377	AMADELIZ CÁCERES CONTRERAS	\$16.365.000	- Acta: Paciente con historia conocida de enfermedad coronaria a quien se decide pasar a cateterismo más angioplastia más implante de Stent medicado en circunfleja y marginal con la utilización de balón maverick. Paciente que tolera procedimiento y que evoluciona hacia la mejoría y se decide salida con manejo médico. - Historia clínica: Colocación Stent coronario medicado
45728296	4011096	JAIME FRANCISCO OCHOA VÁSQUEZ	\$8.098.532	- Acta: Paciente de 69 años con angina de pecho cardiovascular. Requiere angioplastia más colocación de Stent medicado Promus para evitar reestenosis. - Volante de autorización de servicios - Historia clínica: Implante Stent medicado Promus
45945100	H2 3994	CAROLINA VARGAS ESCOBAR	\$329.000	- Acta: Se solicita STENT periférico para el tratamiento y control adecuado de la sintomatología producida por la patología de base con el fin de mejorar su calidad de vida. - Volante de autorización de servicios: servicio no POS - Orden médica - Historia clínica: Implante de Stent Periférico
46101614	MC 250288	SERGIO CASTAÑEDA VILLAMIZAR	\$5.282.550	- Acta: Se solicita se realización de angioplastia con STENT medicado para evitar estenosis ya que está en riesgo inminente la vida del paciente. - Volante de autorización de servicios: servicios no POS - Historia clínica: Colocación Stent coronario medicado

46172750	2348543	BERNARDA TÍJARO VARGAS	\$4.740.000	- Acta: Paciente de 76 años con enfermedad isquémica crónica con lesión crítica en DA con compromiso de DIAG 2 a quien se le realiza angioplastia e implante de STENT medicado - Volante de autorización de servicios: angioplastia coronaria dos o más vasos con STENT - Historia clínica: Colocación de Stent resolute (medicado)
46173343	BGA 419282	ENRIQUE RUEDA SERRANO	\$6.595.400	- Acta: Paciente de 71 años de edad con diagnóstico de angina de pecho quien requiere STENT promus durante el procedimiento de angioplastia para garantizar la estabilidad y permeabilidad coronaria ya que está en riesgo la vida del paciente. - Volante de autorización de servicios: inserción o implante de prótesis intracoronaria (STENT) SOD - Historia clínica: Colocación de Stent Promus
46176871	1470344	TERESITA DE JESÚS GONZÁLEZ MOLINA	\$4.696.768	- Acta: Paciente con diagnóstico de enfermedad coronaria quien requiere revascularización miocárdica con STENT medicado con un soporte o armazón para mantener abierto el vaso sanguíneo contribuyendo a mejorar el flujo de sangre al musculo cardiaco - Orden médica - Historia clínica: implantación Stent medicado
46218556	113 99641	JOSÉ DEL CARMEN ROA	\$4.344.000	- Acta: Paciente de 59 años de edad con enfermedad coronaria y lesión arteria descendente anterior y primera diagonal proximal por lo cual requiere angioplastia coronaria con implante de STENT Promus medicado con algo riesgo de reestenosis paciente soporta procedimiento y en dado de alta con recomendaciones y cuidados ambulatorios. - Volante de autorización de servicios - Historia clínica: Colocación de STENT Promus medicado
46218559	113 111162	JULIO ALBERTO PACHÓN	\$4.344.000	- Acta: Enfermedad coronaria presenta lección proximal en arteria, por lo cual se requiere angioplastia coronaria con implante de STENT medicado para evitar trombosis, y así evitar poner en riesgo la vida del paciente.
46218565	23 No.391254 6	CARLOS ALBERTO RUGELES REY	\$9.222.440	- Acta: Paciente de 56 años con angina de pecho que requirió angioplastia coronaria con implante de STENT cypher medicado cuyo tubo mantiene abierta la lesión y así permite la circulación y va recubierto de medicamento para evitar que se vuelva a cerrar. - Historia clínica: Colocación STENT cypher medicado
46218569	2310049	GUIOMAR OSMA DE GODOY	\$4.732.000	- Acta: Paciente con enfermedad coronaria quien requiere realización de angioplastia e implante STENT. Se solicita STENT medicado para el control adecuado de la sintomatología producida por la patología de base con el fin de mejorar la calidad de vida. - Volante de autorización de servicios: angioplastia coronaria dos o más vasos con STENT - Historia clínica: Implante STENT (Cypher) medicado
46218570	2290829	SAUL FONSECA ÁLVAREZ	\$4.740.000	Acta: Paciente de 61 años con diagnóstico de enfermedad aterosclerótica del corazón quien requería hospitalización y cirugía para colocación de STENT CYPHER medicado catéter balón maverick para dilatación paciente que responde bien a la cirugía se decide salida con recomendaciones y cita de control con cardiología

				- Volante de autorización de servicios: suministro de STENT - Historia clínica: Implante STENT (Cypher) medicado
46218673	2279134	CARLOS ARTURO MEJÍA CHAMORRO	\$4.740.000	- Acta: Paciente de 57 años de edad con enfermedad arterial coronaria conocida por lo que requiere angioplastia coronaria transluminal percutánea con inserción de STENT cypher medicado por tener lesión larga en bifurcación con alto riesgo de re-estenosis con terapia convencional paciente soporta procedimiento. - Historia clínica: Implante STENT (Cypher) medicado
46218675	BGA 392831	GUSTAVO GÓMEZ GARCÍA	\$25.361.000 Valor unitario: \$7.364.000 \$17.997.000	- Acta: Paciente que por su patología se hace necesario implementar angioplastia de un vaso con STENTS medicados como parte del tratamiento con el fin de mejorar su calidad de vida. - Historia clínica: Colocación de TENTS medicados, dos Cypher y dos Promus.
46606766	113 148865	LUIS EDUARDO ROJAS PONTÓN	\$ 8.685.900 Valor unitario: \$4.341.900 \$4.344.000	- Acta: Paciente de 51 años con enfermedad coronaria lesión de la arteria descendente anterior y circunfleja por lo que requiere angioplastia coronaria con implante de STENTS medicados promus y Xtence por alto riesgo de estenosis - Historia clínica: implante de STENTS medicados promus y Xtence
46834756	BGA 434408	EFRAÍN FLOREZ	\$4.744.000	- Acta: Paciente de 64 años con antecedentes de obesidad, dislipidemia, hipertensión arterial que consulta por angina progresiva se documenta lesión extensa en descendente anterior por lo que se coloca STENT medicado el cual tiene un liberador de fármaco que ayuda a impedir el cierre de la arteria paciente que tolera procedimiento y evoluciona hacia la mejoría y se decide salida con manejo médico. - Volante de autorización de servicios: inserción o implante de prótesis intracoronaria (STENT) - Historia clínica: Implante exitoso de Stent medicado
46834835	641024	SIXTO ARRIETA BELLO	\$5.544.000	- Acta: Paciente de 84 años con angina inestable presenta oclusión total de arteria coronaria descendente y estenosis severa requiere angioplastia con colocación de STENT medicado Promus para evitar reestenosis. - Volante de autorización de servicios: inserción o implante de prótesis intracoronaria (STENT) - Historia clínica: Implantación de Stent medicado Promus
47062441	3428406	HÁCTOR ÁLVAREZ MEJÍA	• \$1.842.750	- Acta: Paciente de 77 años con fistula traqueoesofágica congénita. Irradiado por cáncer de laringe. Requiere STENT traqueal periférico para evitar reestenosis de tráquea. - Historia clínica: Colocación de Stent traqueal Periférico
47065841	113 159683	PRESENTACIÓN DEL CARMEN BARBOSA DE MEDRANO	\$4.344.000	- Acta: Paciente de 81 años con dolor torácico típico angina inestable debe recibir antiagregación [...] requiere colocación de STENT medicado Promus el cual tiene un liberador de fármaco que ayuda a impedir el cierre de la arteria. Paciente que tolera procedimiento y evoluciona hacia la mejoría. - Historia clínica: Colocación de STENT medicado Promus
47197236	113 158985	PARMENIO SUAREZ SUÁREZ	\$ 8.688.000 Valor unitario \$4.344.000	Acta: Paciente con diagnóstico de enfermedad coronaria difusa antecedentes de diabetes mellitus presenta lesión de la arteria coronaria izquierda tercio proximal medio y oistal por lo que se hace necesario

			\$4.344.000	la realización de angioplastia coronaria con implante de dos STENTS medicados Promus. • Historia clínica: Implante de dos STENTS medicados Promus.
47362837	5183607	ELSA MONDRAGÓN BEJARANO	\$9.863.250	• Acta: Paciente de 70 años con diagnóstico de infarto agudo de miocardio quien requirió revascularización miocárdica con STENT medicado como un soporte o armazón para mantener abierto el vaso sanguíneo. • Volante de autorización de servicios: angioplastia coronaria dos o más vasos con STENT, inserción o implante de prótesis intracoronaria (STENT) • Historia clínica: implantación tres Stents medicados
48935214	110031031	ROBERTO PAREDES CAJIAO	\$3.300.000	• Acta: Paciente con 82 años con antecedentes de hipertensión arterial, cardiopatía isquémica con infarto agudo de miocardio antiguo con deterioro de la salud por lo que es ingresado a para angioplastia más STENT medicado • Volante de autorización de servicios • Historia clínica: colocación de Stent medicado
48935217	MC 329925	LUIS ENRIQUE OVIEDO REYES	\$5.438.550	• Acta: Paciente con antecedentes coronarios y oclusivos arteriales que el año pasado requirió cateterismo con STENT en DA y continua con episodios recurrentes de disconfort torácico por lo que se requiere otra intervención con STENT medicado. • Historia clínica: Colocación de Stent Promus (liberador de droga)
48937072	113 170835	MARIO PIVOTA QUEVEDO	\$4.500.000	• Acta: Paciente que requiere arteriografía coronaria y cateterismo izquierdo con colocación de STENT periférico para la corrección del aneurisma y para restaurar el flujo sanguíneo • Historia clínica: colocación de Stent medicado periférico.
48938913	AF 3685	SERGIO CASTAÑEDA VILLAMIZAR	\$4.100.000	• Acta: Paciente con diagnóstico de cardiopatía isquémica persiste con agonía se hospitaliza para manejo médico se requiere realización de cronografía y colocación de Stent medicado Promus. • Volante de autorización de servicios: servicios no POS • Orden médica • Historia clínica: colocación de Stent medicado Promus.
49031634	22 4209389	GERMÁN DANIEL VILLALBA RAMOS	\$4.226.230	• Acta: El comité después de estudiar los documentos e historias clínicas solicitados al médico tratante encuentra que es un. Se solicita retiro de STENT traqueal por broncoscopia para el tratamiento y control adecuado de la sintomatología producida por la patología de base. • Volante de autorización de servicio: servicio no POS • Historio clínica: retiro de Stent tranqueal
49039391	113 170912	ANA DELIA SÁNCHEZ DE MIRANDA	\$4.344.000	• Acta: Paciente que requiere arteriografía coronaria y cateterismo izquierdo con colocación de STENT medicado Promus el cual tiene un liberador de fármaco que ayuda a impedir el cierre de la arteria paciente que tolera procedimiento y evoluciona hacia la mejoría y se decide salida con manejo médico. • Historia clínica: Colocación STENT medicado Promus.
49039392	113 178282	JOSÉ DEL CARMEN ACEVEDO	\$4.344.000	• Acta: Paciente es llevado a arteriografía coronaria más cateterismo izquierdo que requiere colocación de STENT medicado Promus el cual tiene un liberador de fármaco que ayuda a impedir el cierre de la arteria

				paciente que tolera procedimiento y evoluciona hacia la mejoría y se decide salida con manejo médico. • Historia clínica: Colocación de STENT medicado Promus
49068086	113 201591	NEMESIO SUÁREZ PÉREZ	\$6.007.456	• Acta: Paciente con diagnóstico de estenosis INTRASTENT hola íliaca derecha más estenosis íliaca externa quién requiere tratamiento quirúrgico para manejo de su patología, dentro del procedimiento se insertan STENT periféricos ya que son necesarios para la dilatación del vaso obstruidos •
49068221	113 199489	JOSÉ JOAQUIN RODRÍGUEZ BELTRÁN	\$4.500.000	• Acta: El comité después de estudiar los documentos e historias clínicas solicitados al médico tratante encuentra que es un paciente con hoy estenosis arterial dolor de pecho que requiere como tratamiento colocación de STENT medicado se utiliza STENT Promus. • Historia clínica: Colocación de Stent.
49068344	23 4278576	CÉSAR ADOLFO COHEN ROMERO	\$5.520.800	• Acta: Paciente de 80 años con dolor precordial enfermedad coronaria implante de 2 STENT hace 3 años se realiza angioplastia con STENT medicado para mejorar el estado del paciente y calidad de vida. • Volante de autorizaciones de servicios: suministro de STENT medicado • Historia clínica: Colocación de Stent medicado
49068673	100075192	ALBA MARÍA MAYOR DE POSSO	\$2.945.000	• Acta: Paciente hoy remitida por dolor torácico con troponina positiva a quien se le diagnostica infarto agudo de miocardio se inicia antiagregante plaquetario y se decide cateterismo que evidencia enfermedad coronaria se decide colocación de STENT medicado Cypher en descendente anterior para evitar reestenosis paciente que tolera procedimiento y evoluciona hacia la mejoría y se decide salida con manejo médico • Historia clínica: Colocación de STENT Cypher
49357734	113 207467	JOSÉ ALBERTO CEDIEL VILLAMIL	\$5.825.993	• Acta: Paciente que requiere implantación de STENT periférico Fluency DIF medicado para dilatación severa de íliaca primitiva e hipogástrica izquierda. • Historia clínica: Implantación de STENT periférico Fluency
49358971	962909	JOSÉ ARMANDO ARANGO RENDÓN	\$3.900.000	• Acta: Paciente hoy de 66 años con enfermedad aterosclerótica de 2 vasos quien se hospitaliza para manejo médico requiere cateterismo cardíaco hallando enfermedad coronaria aterosclerótica severa se intenta paso de STENT medicado sin posibilidad e inserción por gran placa excéntrica dura insumo no reutilizable • Volante autorización de servicios: inserción o implante de prótesis inter coronaria (STENT) • Historia clínica: Intento de STENT medicado-insumo no reutilizable
49359024	AF-4235	HENRY VARGAS TRUJILLO	\$4.097.900	• Acta: Paciente con diagnóstico de infarto agudo de miocardio quien requirió angioplastia coronaria translaminar más colocación de STENT Promus medicado • Orden médica. • Historia clínica: Colocación de STENT Promus
49359267	38952	ANA DOLORES TAPIA DE GUERRERO	\$7.367.879	• Acta: Paciente con la enfermedad cerebrovascular que ingresó a cirugía para terapia endovascular quien requiere Stent cerebral para evitar daños mayores según patología • Historia clínica: Colocación de Stent cerebral.

49408350	2520293	HILDA MELENDRO DE TRIANA	\$2.434.545	- Acta: Paciente con lesión renal derecha severa con oclusión renal izquierda. Se realizó angioplastia renal implante de Stent con resultado óptimo. - Historia clínica: Colocación de Stent de Palmaz periférico.
49408412	TH 49841	CÉSAR CASTILLO NARIO	\$3.800.000	- Acta: Paciente de 62 años con diagnóstico de angina de pecho inestable requirió angioplastia e implantación de Stent coronario medicado por tener reestenosis convencional. - Volante de autorización de servicios: inserción o implante de prótesis intra coronaria (stent) - Historia clínica: Colocación de Stent recubierto promus
49408413	TH 49615	HUGO ALDEMAR GÓMEZ MARÍN	\$3.800.000	- Acta: Paciente de 75 años de edad con diagnóstico de angina inestable enfermedad coronaria bypass previo y diabetes mellitus se realizó cateterismo nuevamente por prueba esfuerzo positiva es prioritario stent medicado por tener diabetes mellitus tipo II falla de puente coronarios la posibilidad de reestenosis y eventos adversos es muy alto por lo que se solicita stent medicado biomatrix 3.00 x 24 - Volante de autorización de servicios: inserción o implante de prótesis intra coronaria (stent) SOD - Historia clínica: Colocación de Stent medicado.
49438312	XXAF 4319	JULIO CÉSAR AYALA	\$ 8.200.000 Valor unitario: \$4.100.000 \$4.100.000	- Acta: Paciente con diagnóstico de hola infarto agudo de miocardio, se solicita colocar stents coronario Xience y Promus. - Historia clínica: Colocación de Stents medicados Xience y Promus
49438326	1578833	JAIME DE JESÚS HERNÁNDEZ ARANGO	\$ 4.790.956	- Acta: Paciente que llevado a cateterismo cardíaco que requiere colocación de Stent medicado Biomatrix hoy el cual tiene un liberador de fármaco que ayuda a impedir el cierre de la arteria paciente que tolera procedimiento y evoluciona hacia la mejoría y se decide salida con manejo médico. - Orden médica - Historia clínica: Implantación de Stent medicado Biomatrix
49880874	749267	MARÍA ADELFA LOMBANA VDA DE GIRALDO	\$16.562.388	- Acta: Paciente de 75 años con enfermedad severa de 2 vasos principales arterias circunflejas en su segmento proximal y medio y hoy la arteria coronaria derecha con lesión larga en un segmento medio y distal por las características de la lesión y el alto riesgo de estenosis con stent convencional hoy requiere utilización de tres Stents medicados los cuales tienen un liberador de fármaco que ayuda a impedir el cierre de la arteria - Volante de autorización de servicios - Historia clínica: Implantación de tres Stents medicados Promus
49881582	113 220620	DORA YANETH PEAÁ RODRÍGUEZ	\$ 17.565.366 Valor unitario: \$6.007.456 \$5.575.125 \$5.982.785	- Acta: Paciente de 40 años de edad que ingresa al servicio presentando disección de aorta infra renal con extensión a yagas y oclusión de arteria ilíaca derecha con isquemia de MID por lo que es necesario realizar angioplastia con Stents periféricos para iliacas y aborto abdominal para lograr una dilatación a nivel de los vasos obstruidos - Volante de autorización de servicios - Historia clínica: Colocación de dos Stents periféricos auto expandibles y un Stent periferico para coartación

49915254	113 200780	LUCAS JESÚS GERARDINO ÁLVAREZ	\$4.344.000	- Acta: Paciente de 58 años cuadro clínico de 1 hora de evolución consistente en dolor torácico tipo opresivo sensación de ahogo refiere irritación a brazo derecho diaforesis. Paciente en reanimación se realiza ecocardiograma arteriografía coronaria y característico de infarto de miocardio se coloca stent medicado por tratarse de lesión larga vaso pequeño y estenosis con alta tasa de fallo de terapia convencional - Historia clínica: Implantación de Stent medicado.
49915584	FCV- 480243	NICOLÁS ARTURO PINEDA GÓMEZ	\$4.400.000	- Acta: Paciente de 53 años con cuadro clínico de dolor precordial opresivo, irradiación a brazo izquierdo y maxilar inferior [...] ingresa para manejo médico y quirúrgico realizándole una angioplastia con el plan para manejo de su enfermedad, se implanta Stent medicado ya que hay alto riesgo de reestenosis de la prótesis por los antecedentes del paciente. - Volante autorización de servicios. - Historia clínica: Se implanta Stent medicado.
50377170	BGA- 482548	ANA BEATRIZ MONTENEGRO DE ARANGO	\$ 9.797.900 Valor unitario: \$4.897.900 \$4.900.000	- Acta: Paciente con diagnóstico de angina de pecho no especificada, enfermedad coronaria severa con antecedentes de enfermedad coronaria con revascularización quirúrgico [...] se solicita Stents medicado porque es un insumo necesario para llevar a cabo el objetivo de tratamiento que es mantener el adecuado control de la sintomatología producida. - Volante de autorización de servicios: servicios no POS - Historia clínica: Colocación de Stent medicado Resolute y Stent medicado Xience
50764712	2528746	GABRIEL ABIATUN CELIN	\$5.092.413	- Acta: Paciente de 47 años que ingresa al servicio con antecedentes de angina de pecho en el momento se encuentra con dolor en el PHO opresión se realizan paraclínicos que evidencia enfermedad arterosclerótica del corazón por lo que se hace necesario intervenir quirúrgicamente para realizar angioplastia coronaria e implantación de STENT medicado que tiene un liberador de fármaco que ayuda impedir el cierre de la arteria [...] - Historia clínica: Implementación de Stent medicado.

Resulta manifiesto entonces que, tal como lo expuso la demandante en su recurso, el a quo omitió valorar de manera integral los soportes de cada recobro, así como el dictamen pericial aportado, yerro que lo llevó a concluir que no estaban demostradas las entregas de los insumos no POS y, consecuentemente, a declarar la erradamente inexistencia de la obligación de pago.

Ahora, frente al reparo formulado por la demandada con relación a la condena impuesta por el recobro 50435523 consistente en que el servicio pretendido estaba incluido en el POS y que en tal sentido no era procedente su reconocimiento, estima esta Corporación que no está llamado a prosperar, como quiera que al igual que en los

casos anteriores, obra factura, Acta de Comité Técnico Científico que ordena la colocación de un Stent medicado al paciente, así como historia clínica con nota quirúrgica que acredita la implantación del insumo:

✓ Acta (ver anexos demanda - archivo 50435523. 1ª Inst. Exp. digital):

HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA)	110X
Análisis del Caso: EL COMITÉ DESPUÉS DE ESTUDIAR LOS DOCUMENTOS E HISTORIAS CLÍNICAS SOLICITADOS AL MÉDICO TRATANTE ENCUENTRA QUE ES UN PACIENTE CON DIAGNÓSTICO DE HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA) SEVERA NO CONTROLADA DE DIFÍCIL MANEJO DE VARIOS AÑOS DE EVOLUCIÓN SIN CONTROL EFECTIVO DE SUS CIFRAS TENSIONALES, EN MEDICACIONES PREVIAS CON BETABLOQUEADORES CON LOS CUALES HACE EPISODIOS DE BRADICARDIAS SIN PRESENTAR CONTROL Y SIN ALGUNOS EFECTOS ADVERSOS. SE SOLICITA INSUMO STENT MEDICADO PARA EL MANEJO ADECUADO DE LA ENFERMEDAD PRODUCIDA CON EL FIN DE MEJORAR Y CONTROLAR DE LA ENFERMEDAD, EVITANDO COMPLICACIONES.	

✓ Nota quirúrgica (ver anexos demanda - archivo 50435523. 1ª Inst. Exp. digital)

PREVIA ASEPSIA, ANTISEPSIA Y ANESTESIA, SE CANULA SELECTIVAMENTE ARTERIA CORONARIA DERECHA, SE REALIZA DISPARO DE CONTROL ENCONTRANDO STENT SOBRE SEGMENTO MEDIO CON REESTENOSIS FOCAL 50%, LESION SUBOCCLUSIVA DISTAL A STENT 99%. SE AVANZA ALAMBRE GUIA DISTALMENTE, SE PREDILATA CON BALON A NIVEL DE STENT SOBRE SEGMENTO MEDIO Y SOBRE SGEMENTO DISTAL, A CONTINUACION SE IMPLANTA STENT MEDICADO INTERSTENT SOBRE SEGMENTO MEDIO Y SOBRE SEGMENTO DISTAL 2.75 X 30 MM CON BUEN RESULTADO ANGIOGRAFICO Y FLUJO DISTAL TIMI III

Por todo lo anterior, estima la Sala que la sentencia de primera instancia deberá ser revocada para en su lugar, declarar que la ADRES debe reconocer los recobros correspondientes a los No. 45434483, 4555700, 45722857, 45723596, 45723598, 45728296, 45945100, 46101614, 46172750, 46173343, 46176871, 46218556, 46218559, 46218565, 46218569, 46218570, 46218673, 46218675, 46606766, 46834756, 46834835, 47062441, 47065841, 47197236, 47362837, 48935214, 48935217, 48937072, 48938913, 49031634, 49039391, 49039392, 49068086, 49068221, 49068344, 49068673, 49357734, 49358971, 49359024, 49359267, 49408350, 49408412, 49408413, 49438312, 49438326, 49880874, 49881582, 49915254, 49915584, 50377170, 50764712 y 50435523, como quiera que se reclamaron en el término trienal y además se encuentran acreditados los presupuestos que dan lugar a su pago, pues se allegan todos los documentos que acreditan la debida entrega de los insumos. En ese orden, hay lugar a reconocer la existencia de la obligación y a condenar a la demandada por valor de **\$319.674.366**, conforme la relación precedente y las consideraciones aquí vertidas.

INTERESES MORATORIOS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Sobre el reconocimiento de intereses moratorios para el caso de recobros de servicios de salud, el Decreto 4747 de 2007, en su artículo 24 dispone: *«En el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto-ley 1281 de 2002. [...]»*

A su vez, el Decreto- Ley 1281 de 2002, vigente para la data en que se prestaron los servicios, establece en inciso cuatro de su artículo 7: *«Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.»*

De las disposiciones normativas en cita, claramente se desprende que la procedencia de los intereses moratorios está condicionada a que las glosas efectuadas por la ADRES – antes FOSYGA- resulten infundadas y a que el cobro se presente dentro de los seis meses siguientes a la prestación del servicio. Al respecto, se precisa que tal como fue confesado por la misma demandante en el escrito de demanda (ver hecho décimo segundo), con ocasión de las glosas inicialmente formuladas por la ADRES frente a la radicación de los recobros en formatos MYT 01 y 02, ella reelaboró las solicitudes, *«previa corrección de los defectos o de las insuficiencias que habían motivado las glosas»*; de ahí que, deba determinarse que las glosas inicialmente formuladas por la demandada no resultaron injustificadas y que en tal virtud no se cumplió el supuesto de hecho previsto en las normas precitadas para la procedencia de intereses moratorios.

Respecto de los gastos de administración, se indica que no se allega prueba o soporte alguno de su causación, por lo que se absolverá a la demandada de ese pedimento.

INDEXACIÓN

Con relación a la indexación de las sumas reconocidas, cabe referir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de larga data ha sostenido que su aplicación resulta procedente como mecanismo para hacer frente a la devaluación del poder adquisitivo del dinero, tal y como fue referido desde la sentencia CSJ SL, 5 ago. 1996, rad. 8616, ratificado en las sentencias CSJ SL 736-2013 y CSJ SL359-2021: *«Ha sido posición reiterada de esta Sala de la Corte la de reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo del fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, aduciendo para ello razones de justicia y equidad o porque se produce el retardo en el cumplimiento de una obligación.»*

Por ende, estima la Sala que el caso bajo estudio el monto de la condena impuesta, naturalmente se ha visto devaluado con el transcurrir del tiempo y, por ello, resulta procedente ordenar su indexación desde la fecha de la prestación de cada servicio según las tablas contenidas en la sentencia, como quiera que en esa fecha se hizo exigible la obligación de pago y se empezó a causar la devaluación del poder adquisitivo de las sumas objeto de recobro.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

La ADRES en su recurso de alzada cuestiona la imposición de costas en contra; no obstante, de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del CGP, al haber resultado vencida, resaltaba procedente tal condena, de tal suerte que no le asiste razón a la recurrente en su inconformidad, debiendo confirmarse la decisión en este aspecto.

COSTAS

En lo que respecta a las costas y agencias de segunda instancia, se condenará a la ADRES, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del Código General

del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá del 27 de octubre de 2020, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES**, al pago a favor de la parte actora **EPS SÁNTITAS S.A.** de la suma de **\$319.674.366**, por concepto los recobros No. 45434483, 4555700, 45722857, 45723596, 45723598, 45728296, 45945100, 46101614, 46172750, 46173343, 46176871, 46218556, 46218559, 46218565, 46218569, 46218570, 46218673, 46218675, 46606766, 46834756, 46834835, 47062441, 47065841, 47197236, 47362837, 48935214, 48935217, 48937072, 48938913, 49031634, 49039391, 49039392, 49068086, 49068221, 49068344, 49068673, 49357734, 49358971, 49359024, 49359267, 49408350, 49408412, 49408413, 49438312, 49438326, 49880874, 49881582, 49915254, 49915584, 50377170, 50764712 y 50435523, los cuales se pagarán debidamente indexados desde la fecha de prestación de servicio de cada uno y hasta el pago efectivo, conforme lo siguiente:

# Radicado recobro	FECHA DE PRESTACIÓN DE SERVICIO	VALOR
45434483	28/07/2010	\$3.290.000
45557000	12/07/2010	\$6.051.400
45722857	12/09/2010	\$3.800.000
45723596	23/11/2009	\$4.325.000

45723598	25/02/2010	\$16.365.000
45728296	20/07/2010	\$8.098.532
45945100	29/07/2010	\$329.000
46101614	26/08/2010	\$5.282.550
46172750	02/09/2010	\$4.740.000
46173343	15/10/2010	\$6.595.400
46176871	27/08/2010	\$4.696.768
46218556	27/04/2010	\$4.344.000
46218559	20/05/2010	\$4.344.000
46218565	28/03/2010	\$9.222.440
46218569	09/06/2010	\$4.732.000
46218570	29/04/2010	\$4.740.000
46218673	23/04/2010	\$4.740.000
46218675	20/05/2010	\$25.361.000
46606766	15/12/2010	\$8.685.900
46834756	13/01/2011	\$4.744.000
46834835	09/12/2010	\$5.544.000
47062441	06/11/2010	\$1.842.750
47065841	28/01/2011	\$4.344.000
47197236	19/01/2011	\$8.688.000
47362837	09/12/2010	\$9.863.250
48935214	27/07/2011	\$3.300.000
48935217	28/06/2011	\$5.438.550
48937072	18/03/2011	\$4.500.000
48938913	23/03/2011	\$4.100.000
49031634	07/04/2011	\$4.226.230
49039391	01/04/2011	\$4.344.000
49039392	11/04/2011	\$4.344.000
49068086	04/08/2011	\$6.007.456
49068221	30/08/2011	\$4.500.000
49068344	14/07/2011	\$5.520.800
49068673	22/02/2011	\$2.945.000
49357734	25/08/2011	\$5.825.993
49358971	11/08/2011	\$3.900.000
49359024	08/07/2011	\$4.097.900
49359267	13/04/2011	\$7.367.879

49408350	10/08/2011	\$2.434.545
49408412	18/08/2011	\$3.800.000
49408413	29/07/2011	\$3.800.000
49438312	27/07/2011	\$8.200.000
49438326	28/06/2011	\$4.790.956
49880874	03/09/2011	\$16.562.388
49881582	19/10/2011	\$17.565.366
49915254	09/07/2011	\$4.344.000
49915584	22/05/2011	\$4.400.000
50377170	05/10/2011	\$9.797.900
50764712	27/08/2011	\$5.092.413
50435523	06/09/2011	\$3.700.000

TERCERO: COSTAS de ambas instancias a cargo de la ADRES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la ADRES en la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105009202100039-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BERTHA SILVIA CÁRDENAS RIVERA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora Bertha Silvia Cárdenas Rivera se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle una pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1993, por ser beneficiaria del régimen de transición, junto con la mesada 14, los reajustes anuales, al retroactivo pensional, a la indexación, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 03, carp 01, carp 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que nació el 29 de marzo de 1956, por lo que alcanzó los 55 años de edad en la misma calenda del año 2011; que acreditó 1.014 semanas antes del 31 de diciembre de 2014, tiempo dentro del cual, se debe contar el trabajado para la Secretaría de Gobierno del Departamento de Cundinamarca entre el 06/01/1991 y el 31/12/1994.

Narró que, el 31 de agosto de 2020 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez, pero esa entidad mediante Resolución SUB 195671 del 14 de

septiembre de igual año, pese a determinar que era beneficiaria del régimen de transición y a reconocer que acreditó 1.014 semanas antes del 31 de diciembre de 2014, le negó la prestación pretendida.

Señaló que contra el anterior acto administrativo interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto a través de la Resolución SUB 226915 del 23 de octubre de 2020 confirmando su decisión.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 11, carp 01, carp 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la Resolución SUB 195671 del 14 de septiembre de 2020, y su contenido, al igual que la Resolución SUB 226915 del 23 de octubre de 2020; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, y a otros que no eran ciertos, porque la demandante no acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pues no tenía las semanas mínimas de cotización exigidas por el Decreto 758 de 1990 al 31 de diciembre de 2014, año en el cual se extinguió el régimen de transición, ya que solo contaba con 821 semanas exclusivas al ISS hoy Colpensiones de las cuales no cumplió 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores a la edad, porque solo alcanzó 433 semanas de cotización.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de los intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud de los Acuerdos PCSJA22-11918 del 2 de febrero de 2022 y CSJBTA22-15 del 1.º de marzo de 2022, quien mediante sentencia del 28 de septiembre de 2022 (archivo 18-19 carp. 1ª inst, exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora Berta Sylvia Rivera Cárdenas causó el Derecho pensional de vejez, regulado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y por aplicación del criterio jurisprudencial reseñado en la parte motiva de la providencia, a partir del 31

de mayo del año 2014, con fecha de disfrute posterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez, en favor de la señora Silvia Rivera Cárdenas a partir del 1° de abril del año 2019, fecha en la cual puede entrar a disfrutar la prestación en cuantía inicial de \$1.948.650 a razón de 13 meses al año más los incrementos de ley, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones al pago del retroactivo pensional en favor de la demandante, liquidado entre el primero de abril del año 2019 y el 30 de agosto del año 2022, que asciende a la suma de \$89.866.176, sin perjuicio de las mesadas que se causen en adelante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

CUARTO: AUTORIZAR a Colpensiones a descontar de la anterior suma, a título de retroactivo, el valor correspondiente tanto a los aportes en salud para redirigirlos a la EPS, a la cual se encuentra afiliada la demandante, así como lo correspondiente al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que le había sido reconocida a la demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a pagar a la demandante la indexación de cada una de las mesadas que hacen parte del retroactivo pensional, al momento en que se verifique el pago del mismo.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada

SÉPTIMO: CONDENAR a la demandada en costas y para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma del salario mínimo legal mensual vigente.

OCTAVO: En caso de no ser apelada, esta decisión se remitirá en grado Jurisdiccional de consulta ante el superior para lo pertinente.

El Juzgado, fijó como problema jurídico definir si la demandante era beneficiaria del régimen de transición y si por virtud de ello se le debía reconocer su pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en 14 mesadas, en caso de ser afirmativa la respuesta, definir la fecha de efectividad de la prestación, y si había lugar al pago de intereses moratorios o en forma subsidiaria a la indexación.

Indicó que, verificaría lo relacionado con el derecho pensional, para lo cual afirmó que en el expediente obraba certificación electrónica de tiempos laborados CETIL que daba cuenta que la actora había laborado para el Departamento de Cundinamarca entre el 06/01/1991 y el 31/12/1994, aportes que fueron pagados a la entonces Caja de Previsión Social de Cundinamarca; que dichos periodos fueron reconocidos por Colpensiones en la Resolución SUB 226915 del 23 de octubre de 2020, donde se indicó que ella contaba con 1.217 semanas de cotizaciones, pese a no estar incluidas en la historia laboral más reciente obrante en el expediente de fecha 21 de octubre de 2021. Por lo que consideró que ese lapso debía ser contabilizado para efectos pensionales.

Claro lo anterior, sostuvo que determinaría si la actora era beneficiaria del régimen de transición conforme lo fijado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, encontrando que la misma nació el 29 de marzo de 1956 por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 38 años de edad, circunstancia que en principio la hacía beneficiaria de dicho régimen, lo que le permitía acceder a la pensión de vejez en los términos de la legislación anterior.

Agregó que, el Acto Legislativo 01 de 2005 había limitado el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, al 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de esa norma constitucional, a los cuales se les mantendría dicho régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.

Señaló que, dada la fecha de nacimiento de la actora, se podía concluir que al 31 de julio de 2010, no había alcanzado la edad mínima de pensión, pues llegó a los 55 años de edad el 29 de marzo de 2011; por lo que debía acreditar 750 semanas al 29 de julio de 2005, para poder conservar el régimen de transición. Así al verificar si se cumplía con este último requisito encontró que conforme la historia laboral emitida por Colpensiones actualizada al 21 de octubre de 2021, y los tiempos públicos laborados para el Departamento de Cundinamarca, al 29 de julio de 2005, acreditaba 963 semanas, por lo que era viable que su régimen de transición se conservara hasta el 31 de diciembre de 2014.

Refirió entonces, que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 exigía 55 años de edad a las mujeres y un mínimo de 500 semanas de cotización dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad, o 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo. Agregó que el primer requisito, esto es, la edad la alcanzó el 29 de marzo de 2011, y el segundo, también estaba acreditado porque contaba con 1.026,89 semanas, teniendo en cuenta los tiempos públicos laborados para el Departamento de Cundinamarca.

Indicó que conforme la sentencia CSJ SL1981-2021, era posible hacer la sumatoria de los tiempos públicos y privados para efectos de acceder a la prestación bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, porque el régimen de transición solo había mantenido la edad, las semanas de cotización y el monto de la prestación, los demás aspectos serían regidos por la Ley 100 de 1993, por lo que conforme su artículo 33 era posible sumar dichos tiempos.

Respecto de la fecha de disfrute de la prestación, arguyó que de conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, debía tenerse en cuenta hasta la última cotización, la que en este caso se efectuó el 30 de marzo de 2019, debiéndose reconocer la pensión de vejez a partir del 01 de abril de igual año. Añadió que el IBL debía calcularse conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto era, con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, al cual le aplicaría una tasa de reemplazo del 87% por haber cotizado 1.231 semanas.

Determinó que la primera mesada pensional tendría como cuantía la suma de \$1.948.650, prestación que se reconocería en 13 mesadas pensionales al año. Agregó que, dado que a la actora se le había reconocido indemnización sustitutiva, del retroactivo se autorizaba a Colpensiones a descontar lo pagado por ese concepto, al igual que los aportes a salud.

Frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indicó que absolvería de estos porque su prestación fue reconocida en aplicación de la sentencia CSJ SL1981-2021 que permitió la sumatoria de tiempos públicos y privados, por ende, Colpensiones al negar la pensión de vejez se encontraba amparada en la norma y en el criterio jurisprudencial que existía con anterioridad a la providencia referida; por lo tanto, en este caso en particular no existía mora. Seguidamente dijo que concedería la indexación sobre el retroactivo pensional.

Respecto de la excepción de prescripción, señaló que la declararía no probada, dado que la fecha de disfrute de la pensión se dio a partir del 01 de abril de 2019, la reclamación administrativa se realizó el 31 de agosto de 2020 y la demanda se presentó el 14 de enero de 2021, luego no había mesada pensional alguna afectada por dicho fenómeno.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **ACTORA** interpuso recurso de apelación parcial frente a la negativa de los intereses moratorios y de la mesada 14. Respecto del primer asunto indicó que conforme el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia tiene derecho a que se le pague su prestación de forma oportuna, además que en la sentencia CSJ SL1681-2020 la Corte Suprema de Justicia había fijado el criterio de que los intereses moratorios debían aplicarse a toda clase de pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que, si bien la prestación aquí estudiada se había dada en virtud de un cambio jurisprudencial, el mismo obedecía a la sentencia CC SU-769 de 2014 por medio de la cual esa Corporación determinó la posibilidad de acumular tiempos públicos y privados para acceder a la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pero que Colpensiones en nota aclaratoria BZ 20165123509 del 19 de mayo del 2016 pese a acoger la misma, hizo una interpretación completamente errada, pues considero que esta providencia se aplicaría a las personas que cumplan requisitos del mencionado Acuerdo 049 de 1990, sumando tiempos públicos y privados con posterioridad a su fecha de expedición.

Agregó que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1981-2020, y SL1947-2020, también acogió dicho criterio, por ende, ese era un tema ampliamente discutido y acogido por Colpensiones; sin embargo, no reconoció la prestación de la demandante, incurriendo en una omisión y en un incumplimiento en el pago oportuno de su pensión, por lo que debe reconocerse los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Frente al segundo punto de inconformidad, consideró que la actora había causado su derecho pensional el 29 de marzo de 2011, pues a esta data alcanzó los 55 años de edad y acreditaba 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión, y el Acto Legislativo 01 de 2005 había mantenido la mesada 14 para quienes adquirieran la prestación antes del 31 de julio de 2011 y la misma fuese igual o inferior a 3 SMMLV, razón por la que tenía derecho a que se le pagara dicha mesada adicional.

COLPENSIONES NO interpuso recurso alguno

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, de ser así, verificar: i) la fecha

de causación y de disfrute de la prestación; *ii*) la tasa de reemplazo, el IBL y la cuantía de esta; y *iii*) la procedencia de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i*) que la señora Bertha Silvia Cárdenas Rivera nació el 29 de marzo de 1956; *ii*) que se afilió al ISS donde cotizó entre el 04 de octubre de 1975 y el 8 de diciembre de 1984, y posteriormente a partir del 1 de enero y el 31 de marzo de 2019 un total de 1.013,57 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 27 de octubre de 2021 (carp 12 exp adm, carp 1ª inst. exp. Digital); *iii*) que prestó servicios al Departamento de Cundinamarca entre el 06/01/1991 y el 31/12/1994, realizando aportes a CAPRECOM, conforme certificación electrónica de tiempos laborados CETIL expedida el 13 de mayo de 2019 (f.º 1-4 archivo 02, carp 01, carp 1ª inst. exp. Digital); *iv*) que el 27 de julio de 2018, solicitó reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la cual le fue otorgada mediante Resolución SUB 223910 del 23 de agosto de 2018, en cuantía de \$28.608.239, teniendo en cuenta 989 semanas cotizadas a Colpensiones; *v*) que contra el anterior acto administrativo interpuso recurso de reposición, informando que *«definitiva y absolutamente NO deseo la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo cual continuaré cancelando mis aportes mensuales»* hasta obtener la pensión de vejez, petición que fue atendida en Resolución SUB 267607 del 11 de octubre de 2018, revocando la Resolución SUB 223910 del 23 de agosto de igual año, y allí se aclaró que el valor de la prestación no se cobró; *vi*) que el 31 de agosto de 2020 petitionó el reconocimiento de su pensión de vejez, pero a través de la Resolución SUB 195671 del 14 de septiembre de la misma anualidad le fue negada, porque pese a ser beneficiaria del régimen de transición, no cumplía ni con los requisitos exigidos por la Ley 71 de 1988 -1.029 semanas- ni los del Acuerdo 049 de 1990 -aportes exclusivos al ISS-, y tampoco tenía 1.300 semanas en cualquier tiempo; y *vii*) que a través de la Resolución SUB 226515 del 23 de octubre de 2020 se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo anterior, confirmando en todas sus partes el mismo.

Empieza el despacho por verificar si la actora era beneficiario del régimen de transición al momento en que entró en vigor la Ley 100 de 1993, esto es, el 01 de abril de 1994, data para la cual la demandante se encontraba realizando aportes a CAPRECOM como afiliada del RPM. Recuérdese que, conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, eran beneficiarios del régimen de transición las personas que al momento de entrar en vigor la misma tuviesen 35 o más años de edad si eran mujeres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, quienes podrían pensionarse con la

edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto, establecidos en el régimen al cual se encontraban afiliados.

Del material probatorio, se tiene que la señora Bertha Silvia Cárdenas Rivera nació el 29 de marzo de 1956, por lo que al 01 de abril de 1994, contaba con 38 años de edad, de lo que se concluye que a esa data era beneficiaria del régimen de transición.

No obstante, recuérdese que conforme el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por regla general iría hasta el 31 de julio de 2010, y de manera excepcional se extendería hasta el 31 de diciembre de 2014, a los afiliados que a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo –29 de julio de 2005- tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, por lo que se hace necesario contrastar la situación fáctica de la demandante.

Bajo esas circunstancias, para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, deben verificarse los siguientes supuestos fácticos: *i)* cincuenta y cinco (55) años o más de edad si es mujer; y *ii)* un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así, con el fin de establecer si la señora Bertha Silvia Cárdenas Rivera cumple con los presupuestos exigidos, se procede a estudiar el material probatorio obrante en el expediente, encontrando copia de la cédula de ciudadanía (archivo GEN-CSA-AF-2018_10781842-20180830041518 carp 12 exp adm, carp 1ª inst. exp. Digital), donde se lee que la señora Bertha Silvia Cárdenas Rivera nació el 29 de marzo de 1956, concluyendo que llegó a los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2011.

Acorde con lo anterior, la demandante NO acreditó los requisitos mínimos exigidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, con anterioridad al 31 de julio de 2010, por lo que debe determinarse si a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 –29 de julio de 2005- tenía cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, para que su régimen de transición se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014.

Realizados los cálculos, se tiene que la actora al 29 de julio de 2005, tenía 759.48 semanas, lo que implica que su régimen de transición se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, tal como se evidencia en el siguiente cuadro:

PERIODO		EMPLEADOR o ENTIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL	SEMANAS
DESDE	HASTA		
04/10/1975	08/12/1984	ISS	407
06/01/1991	31/12/1994	Departamento de Cundinamarca- CAPRECOM	205
01/01/1995	29/07/2005	ISS	147.48
Semanas cotizadas al 29 de julio de 2005			759.48

Acorde con lo anterior, se pasa a estudiar si la señora Bertha Silvia Cárdenas Rivera cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, ya referidos en párrafo que antecede, con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, por haber conservado el beneficio del régimen de transición tal como quedó establecido en precedencia. Del material probatorio obrante en el expediente, se extrae que:

1.- Copia de la cédula de ciudadanía (archivo GEN-CSA-AF-2018_10781842-20180830041518 carp 12 exp adm, carp 1ª inst. exp. Digital), donde se lee que la señora Bertha Silvia Cárdenas Rivera nació el 29 de marzo de 1956, concluyendo que llegó a los 55 años de edad el mismo día y mes del año **2011**.

2.- Que la actora acreditó los siguientes tiempos de servicios y/o semanas cotizadas al sistema general de pensiones entre el 29 de marzo de 1991, y el 29 de marzo de 2011, -20 anteriores a cumplir 55 años-:

PERIODO		EMPLEADOR o ENTIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL	SEMANAS
DESDE	HASTA		
29/03/1991	31/12/1994	Departamento de Cundinamarca- CAPRECOM	196.57
01/01/1995	30/09/2007	ISS	241.05
Total semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad			437.62

Es decir, que la señora Bertha Silvia Cárdenas Rivera, **NO** acreditó el requisito de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión.

Por lo que se estudiaría si completó 1.000 semanas de aportes en cualquier tiempo con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, para lo cual se tuvo en cuenta los

siguientes tiempos de servicios y/o semanas cotizadas al sistema general de pensiones:

PERIODO		EMPLEADOR o ENTIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL	SEMANAS
DESDE	HASTA		
04/10/1975	08/12/1984	ISS	407.0
06/01/1991	31/12/1994	Departamento de Cundinamarca- CAPRECOM	205.0
01/01/1995	30/09/2007	ISS	241.05
01/06/2011	31/05/2014	ISS	148.16
Total 1.000 semanas cotizadas al 31/05/2014			1001.2

Surge palmario entonces que la señora Bertha Silvia Cárdenas Rivera sí tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez a la luz del régimen de transición conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, la cual se causó a partir del **01 de junio de 2014**, por ser esta la data en que cumplió ambos requisitos, esto es edad y semanas de cotización o tiempos de servicios.

En lo que tiene que ver con la fecha de disfrute de dicha prestación a efectos de establecer el retroactivo pensional, se tiene que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, señala: *«La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo»*, y el artículo 35 del mismo reglamento dispone que *«Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión»*.

En el *sub lite* conforme la historia laboral de Colpensiones la actora realizó aportes hasta el 31 de marzo de 2019 acumulando un total de **1.218,57**, siendo esa su última cotización al sistema en calidad de trabajadora independiente, luego la demandante tiene derecho a empezar a disfrutar su pensión de vejez a partir del **01 de abril de 2019**, tal como lo determinó el juez de primera instancia.

De otra parte, cabe señalar que conforme al actual criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es posible la sumatoria de tiempos públicos y privados con el fin de acceder a la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990; lo anterior, conforme a la nueva línea de pensamiento vertida

en la sentencia CSJ SL1947-2020, CSJ SL1981-2020, reiterada recientemente en providencias CSJ SL3484-2022 y CSJ SL387-2023; en la primera de ellas se indicó:

No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas. (Negrillas fuera del texto original).

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna. (Negrillas fuera del texto original).

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación. (Negrillas fuera del texto original).

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

De otro lado, frente a la **mesada 14**, se tiene que el Acto Legislativo 01 de 2005, estableció que las personas que causaran su derecho a partir de su vigencia –29 de julio de 2005- solo tendría derecho a 13 mesadas pensionales, excepto quienes percibieran una pensión igual o inferior a 3 SMMLV si la misma se adquiría antes del 31 de julio de 2011, quienes tendrían derecho a recibir 14 mesadas pensionales al año.

En el *sub lite* se tiene que la señora Bertha Silvia Cárdenas Rivera causó su prestación a partir del **01 de junio de 2014**, dado que si bien había alcanzado los 55 años de edad el 29 de marzo de 2011, solo acreditó las semanas requeridas hasta el 31 de mayo de 2014, por lo que la pensión de vejez se adquirió una vez reunió ambos requisitos, es decir en el año 2014, cuando por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005 solo había lugar a reconocer 13 mesadas pensionales, tal como lo determinó la juez de instancia.

En lo que tiene que ver con la tasa de reemplazo se tiene que conforme el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta que el actor en toda su vida laboral acumuló 1.218,57 semanas, le corresponde un **87% sobre el IBL**, debiéndose hallar este último con el promedio de lo devengado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Hechas las operaciones de rigor, se obtiene un IBL de \$2.234.300, tal como se observa a continuación:

AFILIADO	BERTHA SILVIA RIVERA CARDENAS
CEDULA	41758617
FECHA DE NACIMIENTO	29/03/1956
Año de la pensión	2019

Año	Fecha inicial	Fecha final	Días cot.	IPC Inicial	IPC Final	Valor Indexación	IBC	IBC Actualizado	IBC por días laborados
2002	23/12/2002	31/12/2002	8	46,58	100,00	2,15	\$ 309.000	\$664.350,00	\$5.314.800,00
2003	01/03/2003	31/03/2003	30	49,83	100,00	2,01	\$ 332.000	\$667.320,00	\$20.019.600,00
2004	01/09/2004	30/09/2004	15	53,07	100,00	1,88	\$ 179.000	\$336.520,00	\$5.047.800,00
2004	01/10/2004	31/10/2004	30	53,07	100,00	1,88	\$ 358.000	\$673.040,00	\$20.191.200,00
2004	01/11/2004	30/11/2004	30	53,07	100,00	1,88	\$ 368.000	\$691.840,00	\$20.755.200,00
2004	01/12/2004	31/12/2004	30	53,07	100,00	1,88	\$ 358.000	\$673.040,00	\$20.191.200,00
2005	01/01/2005	31/01/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/02/2005	28/02/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/03/2005	31/03/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/04/2005	30/04/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/05/2005	31/05/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/06/2005	30/06/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/07/2005	31/07/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/08/2005	31/08/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/09/2005	30/09/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/10/2005	31/10/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/11/2005	30/11/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2005	01/12/2005	31/12/2005	30	55,99	100,00	1,79	\$ 382.000	\$683.780,00	\$20.513.400,00
2006	01/01/2006	31/01/2006	30	58,7	100,00	1,70	\$ 408.000	\$693.600,00	\$20.808.000,00
2006	01/02/2006	28/02/2006	30	58,7	100,00	1,70	\$ 408.000	\$693.600,00	\$20.808.000,00
2006	01/03/2006	31/03/2006	30	58,7	100,00	1,70	\$ 408.000	\$693.600,00	\$20.808.000,00
2006	01/04/2006	30/04/2006	25	58,7	100,00	1,70	\$ 408.000	\$693.600,00	\$17.340.000,00
2006	01/05/2006	31/05/2006	30	58,7	100,00	1,70	\$ 408.000	\$693.600,00	\$20.808.000,00
2006	01/06/2006	30/06/2006	30	58,7	100,00	1,70	\$ 408.000	\$693.600,00	\$20.808.000,00
2006	01/07/2006	31/07/2006	30	58,7	100,00	1,70	\$ 658.000	\$1.118.600,00	\$33.558.000,00
2006	01/08/2006	31/08/2006	30	58,7	100,00	1,70	\$ 678.000	\$1.152.600,00	\$34.578.000,00
2006	01/09/2006	30/09/2006	30	58,7	100,00	1,70	\$ 713.000	\$1.212.100,00	\$36.363.000,00
2006	01/10/2006	31/10/2006	30	58,7	100,00	1,70	\$ 733.000	\$1.246.100,00	\$37.383.000,00
2006	01/11/2006	30/11/2006	30	58,7	100,00	1,70	\$ 713.000	\$1.212.100,00	\$36.363.000,00
2006	01/12/2006	03/12/2006	3	58,7	100,00	1,70	\$ 346.000	\$588.200,00	\$1.764.600,00
2006	06/12/2006	31/12/2006	25	58,7	100,00	1,70	\$ 373.000	\$634.100,00	\$15.852.500,00
2007	01/01/2007	31/01/2007	30	61,33	100,00	1,63	\$ 478.000	\$779.140,00	\$23.374.200,00
2007	01/02/2007	28/02/2007	30	61,33	100,00	1,63	\$ 477.000	\$777.510,00	\$23.325.300,00
2007	01/03/2007	31/03/2007	5	61,33	100,00	1,63	\$ 72.000	\$117.360,00	\$586.800,00
2007	01/07/2007	31/07/2007	30	61,33	100,00	1,63	\$ 1.160.000	\$1.890.800,00	\$56.724.000,00
2007	01/08/2007	31/08/2007	30	61,33	100,00	1,63	\$ 1.160.000	\$1.890.800,00	\$56.724.000,00
2007	01/09/2007	30/09/2007	30	61,33	100,00	1,63	\$ 1.160.000	\$1.890.800,00	\$56.724.000,00
2011	01/06/2011	30/06/2011	30	73,45	100,00	1,36	\$ 535.600	\$728.416,00	\$21.852.480,00
2011	01/07/2011	31/07/2011	30	73,45	100,00	1,36	\$ 535.600	\$728.416,00	\$21.852.480,00
2011	01/08/2011	31/08/2011	30	73,45	100,00	1,36	\$ 535.600	\$728.416,00	\$21.852.480,00
2011	01/09/2011	30/09/2011	30	73,45	100,00	1,36	\$ 535.600	\$728.416,00	\$21.852.480,00
2011	01/11/2011	30/11/2011	30	73,45	100,00	1,36	\$ 535.600	\$728.416,00	\$21.852.480,00
2012	01/01/2012	31/01/2012	17	76,19	100,00	1,31	\$ 905.000	\$1.185.550,00	\$20.154.350,00
2012	01/02/2012	29/02/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 1.597.000	\$2.092.070,00	\$62.762.100,00
2012	01/03/2012	31/03/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 1.778.000	\$2.329.180,00	\$69.875.400,00
2012	01/04/2012	30/04/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 2.140.000	\$2.803.400,00	\$84.102.000,00
2012	01/05/2012	31/05/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 2.568.000	\$3.364.080,00	\$100.922.400,00
2012	01/06/2012	30/06/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 2.247.000	\$2.943.570,00	\$88.307.100,00
2012	01/07/2012	31/07/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 2.247.000	\$2.943.570,00	\$88.307.100,00
2012	01/08/2012	31/08/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 2.247.000	\$2.943.570,00	\$88.307.100,00
2012	01/09/2012	30/09/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 2.247.000	\$2.943.570,00	\$88.307.100,00
2012	01/10/2012	31/10/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 2.247.000	\$2.943.570,00	\$88.307.100,00
2012	01/11/2012	30/11/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 2.247.000	\$2.943.570,00	\$88.307.100,00
2012	01/12/2012	31/12/2012	30	76,19	100,00	1,31	\$ 2.247.000	\$2.943.570,00	\$88.307.100,00
2013	01/01/2013	31/01/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.247.000	\$2.876.160,00	\$86.284.800,00
2013	01/02/2013	28/02/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.247.000	\$2.876.160,00	\$86.284.800,00
2013	01/03/2013	31/03/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.247.000	\$2.876.160,00	\$86.284.800,00
2013	01/04/2013	30/04/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.247.000	\$2.876.160,00	\$86.284.800,00
2013	01/05/2013	31/05/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.809.000	\$3.595.520,00	\$107.865.600,00
2013	01/06/2013	30/06/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.360.000	\$3.020.800,00	\$90.624.000,00
2013	01/07/2013	31/07/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.360.000	\$3.020.800,00	\$90.624.000,00
2013	01/08/2013	31/08/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.360.000	\$3.020.800,00	\$90.624.000,00
2013	01/09/2013	30/09/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.360.000	\$3.020.800,00	\$90.624.000,00

2013	01/10/2013	31/10/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.360.000	\$3.020.800,00	\$90.624.000,00
2013	01/11/2013	30/11/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.360.000	\$3.020.800,00	\$90.624.000,00
2013	01/12/2013	31/12/2013	30	78,05	100,00	1,28	\$ 2.360.000	\$3.020.800,00	\$90.624.000,00
2014	01/01/2014	30/01/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.202.000	\$2.774.520,00	\$83.235.600,00
2014	01/02/2014	28/02/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.360.000	\$2.973.600,00	\$89.208.000,00
2014	01/03/2014	31/03/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.360.000	\$2.973.600,00	\$89.208.000,00
2014	01/04/2014	30/04/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.360.000	\$2.973.600,00	\$89.208.000,00
2014	01/05/2014	31/05/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.360.000	\$2.973.600,00	\$89.208.000,00
2014	01/06/2014	30/06/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.360.000	\$2.973.600,00	\$89.208.000,00
2014	01/07/2014	31/07/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.360.000	\$2.973.600,00	\$89.208.000,00
2014	01/08/2014	31/08/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 3.883.000	\$4.892.580,00	\$146.777.400,00
2014	01/09/2014	30/09/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.550.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00

2014	01/10/2014	31/10/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.550.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
2014	01/11/2014	30/11/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.550.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
2014	01/12/2014	31/12/2014	30	79,56	100,00	1,26	\$ 2.550.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
2015	01/01/2015	31/01/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.550.000	\$3.085.500,00	\$92.565.000,00
2015	01/02/2015	28/02/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.550.000	\$3.085.500,00	\$92.565.000,00
2015	01/03/2015	31/03/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.550.000	\$3.085.500,00	\$92.565.000,00
2015	01/04/2015	30/04/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.550.000	\$3.085.500,00	\$92.565.000,00
2015	01/05/2015	31/05/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.550.000	\$3.085.500,00	\$92.565.000,00
2015	01/06/2015	30/06/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.550.000	\$3.085.500,00	\$92.565.000,00
2015	01/07/2015	31/07/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 3.366.000	\$4.072.860,00	\$122.185.800,00
2015	01/08/2015	31/08/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.669.000	\$3.229.490,00	\$96.884.700,00
2015	01/09/2015	30/09/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.669.000	\$3.229.490,00	\$96.884.700,00
2015	01/10/2015	31/10/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.669.000	\$3.229.490,00	\$96.884.700,00
2015	01/11/2015	30/11/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.669.000	\$3.229.490,00	\$96.884.700,00
2015	01/12/2015	31/12/2015	30	82,47	100,00	1,21	\$ 2.669.000	\$3.229.490,00	\$96.884.700,00
2016	01/01/2016	31/01/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.669.000	\$3.042.660,00	\$91.279.800,00
2016	01/02/2016	29/02/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2016	01/03/2016	31/03/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2016	01/04/2016	30/04/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2016	01/05/2016	31/05/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2016	01/06/2016	30/06/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2016	01/07/2016	31/07/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2016	01/08/2016	31/08/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2016	01/09/2016	30/09/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2016	01/10/2016	31/10/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2016	01/11/2016	30/11/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2016	01/12/2016	31/12/2016	30	88,05	100,00	1,14	\$ 2.876.000	\$3.278.640,00	\$98.359.200,00
2017	01/01/2017	31/01/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 2.876.000	\$3.077.320,00	\$92.319.600,00
2017	01/02/2017	28/02/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 2.876.198	\$3.077.531,86	\$92.325.955,80
2017	01/03/2017	31/03/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 2.876.198	\$3.077.531,86	\$92.325.955,80
2017	01/04/2017	30/04/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 2.876.199	\$3.077.532,93	\$92.325.987,90
2017	01/05/2017	31/05/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 2.876.199	\$3.077.532,93	\$92.325.987,90
2017	01/06/2017	30/06/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 4.170.487	\$4.462.421,09	\$133.872.632,70
2017	01/07/2017	31/07/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 3.091.913	\$3.308.346,91	\$99.250.407,30
2017	01/08/2017	31/08/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 3.091.913	\$3.308.346,91	\$99.250.407,30
2017	01/09/2017	30/09/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 3.091.913	\$3.308.346,91	\$99.250.407,30
2017	01/10/2017	31/10/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 3.091.913	\$3.308.346,91	\$99.250.407,30
2017	01/11/2017	30/11/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 3.091.913	\$3.308.346,91	\$99.250.407,30
2017	01/12/2017	31/12/2017	30	93,11	100,00	1,07	\$ 3.091.913	\$3.308.346,91	\$99.250.407,30
2018	01/01/2018	31/01/2018	30	96,92	100,00	1,03	\$ 3.091.913	\$3.184.670,39	\$95.540.111,70
2018	01/02/2018	28/02/2018	22	96,92	100,00	1,03	\$ 2.267.403	\$2.335.425,09	\$51.379.351,98
2018	01/07/2018	31/07/2018	30	96,92	100,00	1,03	\$ 781.242	\$804.679,26	\$24.140.377,80
2018	01/08/2018	31/08/2018	30	96,92	100,00	1,03	\$ 781.242	\$804.679,26	\$24.140.377,80
2018	01/09/2018	30/09/2018	30	96,92	100,00	1,03	\$ 781.242	\$804.679,26	\$24.140.377,80
2018	01/10/2018	31/10/2018	30	96,92	100,00	1,03	\$ 781.242	\$804.679,26	\$24.140.377,80
2018	01/11/2018	30/11/2018	30	96,92	100,00	1,03	\$ 781.242	\$804.679,26	\$24.140.377,80
2018	01/12/2018	31/12/2018	30	96,92	100,00	1,03	\$ 781.242	\$804.679,26	\$24.140.377,80
2019	01/02/2019	28/02/2019	30	100	100,00	1,00	\$ 828.116	\$828.116,00	\$24.843.480,00
2019	01/03/2019	31/03/2019	30	100	100,00	1,00	\$ 828.116	\$828.116,00	\$24.843.480,00
Días cotizados 10 años			3.600,00	Salarios por días cotizados					\$8.043.480.704,38
Semanas cotizadas totales			1.227,14	Valor del IBL 10 últimos años		2019		\$ 2.234.300,00	
				Tasa de reemplazo				87,00%	
				Valor de la mesada pensional		2019		\$ 1.943.841,00	

Al aplicarle a dicho IBL un porcentaje del 87% (artículo 20 del Acuerdo 049/1990), se obtiene un monto de \$1.943.841, correspondiente a la primera mesada pensional, y NO de \$1.948.650, como lo dijo el juez de primer grado; por lo tanto, la

Sala de Decisión en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se está surtiendo en favor de Colpensiones modificará la decisión del juzgado en este puntual aspecto.

De otro lado, en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones se tiene que conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, esta se contará desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y el simple reclamo por parte del afiliado de la prestación o derecho, interrumpirá la misma pero sólo por un lapso igual.

En el *sub lite*, el disfrute del derecho se dio desde el 01 de abril de 2019, y según el contenido de la Resolución SUB 195671 del 14 de septiembre de 2020, la actora solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez el 31 de agosto de igual año, la cual fue negada, decisión que se confirmó en la Resolución SUB 226515 del 23 de octubre de 2020, y finalmente el 14 de enero de 2021, radicó esta acción.

Conforme lo anterior, se tiene que la reclamación de fecha 31 de agosto de 2020, interrumpió la prescripción de las mesadas causadas desde el disfrute de la pensión y como quiera que se presentó la demanda dentro de los tres años siguientes al 23 de octubre de 2020, NO hay mesadas afectadas por dicho fenómeno.

Así las cosas, el retroactivo de la mesada pensional quedará de la siguiente manera:

Tabla del retroactivo pensional del 01/04/2019 al 30/11/2023						
Año	Desde	Hasta	Incremento	Valor Mesada	No. Pagos	Retroactivo
2019	01/04/2019	31/12/2019		\$ 1.943.841	10	\$ 19.438.410
2020	01/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.017.707	13	\$ 26.230.191
2021	01/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.050.192	13	\$ 26.652.496
2022	01/01/2021	31/12/2021	5,62%	\$ 2.165.413	13	\$ 28.150.369
2023	01/01/2021	30/11/2021	13,12%	\$ 2.449.515	12	\$ 29.394.180
Valor del retroactivo pensional						\$ 129.865.646

Conforme lo anterior, el retroactivo causado desde el 01 de abril de 2019 a la fecha de esta sentencia -30/11/2023- asciende a la suma de \$129.865.646, esto sin perjuicio de las mesadas pensionales que se continúen causando en adelante.

INTERESES DE MORA- APELACIÓN DEMANDANTE

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que regula los intereses moratorios, así:

ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. 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 efectuó el pago.

Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que en principio deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio; así se explicó por la referida Corporación en sentencia CSJ SL2037-2023:

Finalmente, en lo que respecta a la condena impuesta por intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es de recordar que la Corte, ha considerado que estos no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio, por lo que proceden siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independiente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares en las instancias administrativas, en la medida que con ellos se pretende compensar económicamente y aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación.

Asimismo, esta Corporación en la sentencia CSJ SL3130-2020 se explicó que pese al cambio jurisprudencial respecto de que los intereses moratorios proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente, haciendo la siguiente salvedad:

En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas. (subraya fue del texto original)

Igualmente, en la sentencia CSJ SL387-2023, al analizar un caso de similares contornos al bajo estudio, en el sentido que la pensión de vejez se reconoció bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990, aplicando el criterio jurisprudencial vertido en la sentencia CSJ SL1981-2020 que permite sumar tiempos públicos no cotizados al ISS -hoy Colpensiones- con semanas efectivamente aportadas a dicha entidad, frente a los intereses moratorios expuso «Respecto de los intereses moratorios, estos no son procedentes toda vez que el reconocimiento pensional obedece a un cambio jurisprudencial (CSJ SL1947-2020)».

Conforme lo anterior, se tiene que en este asunto no es procedente la imposición de intereses de mora, como quiera que la pensión de la actora también se está reconociendo con fundamento en el criterio jurisprudencial vertido en la sentencia CSJ SL1981-2020.

Por lo que las mesadas pensionales adeudadas por Colpensiones deben ser indexadas una a una desde su causación hasta su pago efectivo.

Por último, teniendo en cuenta que a la actora **NO** se le reconoció ni pagó indemnización sustitutiva de pensión de vejez en razón a que esta prestación fue revocada mediante la Resolución SUB 267607 del 11 de octubre de 2018, y allí se dejó claro que la prestación no se pagó, NO hay lugar a compensación alguna, luego se revocará parcialmente el numeral cuarto del resuelve de la providencia de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el 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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedara así:

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez, en favor de la señora Silvia Rivera Cárdenas a partir del 1° de abril del año 2019, en cuantía inicial de **\$1.943.841** a razón de 13 meses al año más los incrementos de ley, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedara así:

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a pagar por concepto de retroactivo pensional en favor de la demandante, liquidado entre el 1° de abril de 2019 y el 30 de noviembre de 2023, la suma de \$129.865.646, sin perjuicio de las mesadas que se causen en adelante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de no ordenar la compensación. Dicho numeral quedara así:

***CUARTO: AUTORIZAR** a Colpensiones para que, del retroactivo, descuente el valor correspondiente a los aportes en salud para redirigirlos a la EPS, la cual se encuentra afiliada a la demandante.*

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante, la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500820190078702
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARIANELLA QUINTERO GIRALDO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARIANELLA QUINTERO GIRALDO** se **declare** la ineficacia y/o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) que realizó con Porvenir S.A. así como del traslado horizontal efectuado a Skandia S.A., por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **ordene** a Skandia S.A. a retornarla al RPM administrado por Colpensiones, junto con los valores que hubiese recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradoras, gastos de administración y rendimientos; que se ordene a la administradora pública a recibir; que se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 a 28 - archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que desde el 01 de septiembre de 1990, hasta el 30 de junio de 1999, estuvo afiliada al ISS, donde acumuló un total de 282,43 semanas; que en el mes de abril de 1999, los asesores de Porvenir S.A. acudieron a su lugar de trabajo, donde le indicaron que el ISS iba a ser liquidado, que perdería su derecho pensional; que en el RAIS podría pensionarse a cualquier edad y que podría obtener rendimientos sobre sus ahorros, sin que se le realizara proyección pensional alguna como tampoco explicación sobre las diferencias entre el régimen privado y el público ni de las ventajas o desventajas de cada uno; que con base en todo lo anterior, se trasladó al RAIS.

Refirió que, en el año 2018, los asesores de OLD Mutual S.A. hoy Skandia S.A., acudieron a su lugar de trabajo y le afirmaron que ese fondo era el que generaba mayores rendimientos, sin brindarle información sobre las ventajas o desventajas de efectuar el traslado y de permanecer en el RAIS o de retornar al RPM; que a septiembre de 2019, contaba con 1.303 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones.

Adujo que, los días 23 y 27 de agosto de 2019, radicó ante Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A. derechos de petición encaminados a que se nulitara su afiliación al RAIS y se le retornara a Colpensiones, los cuales fueron contestados de manera negativa por cada entidad. Finalmente, manifestó que Skandia S.A. le realizó una proyección pensional en la que se indicaba que su mesada ascendería a \$1.578.00 y que de haber permanecido en el RPM esta sería de \$4.024.987

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 30 – 51 archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 20 de noviembre de 1957; que comenzó a trabajar y a cotizar en el sistema pensional desde el 02 de septiembre de 1985. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, 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.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (f° 121 – 140 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante acumuló un total de 283 semanas en el RPM; que a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 09 de enero de 2018, la actora se trasladó a Skandia S.A. proveniente de Porvenir S.A.; que ella contaba con 1.347,14 semanas de cotización en el Sistema General de Pensiones y que el 23 de agosto de 2019, radicó derecho de petición encaminado a que se nulitara su afiliación al RAIS, el cual fue despachado desfavorablemente.

Como excepciones de mérito, propuso las de 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 fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y genérica.

Adicionalmente, se observa que **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS** llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.°191 - 197, archivo 01 carpeta 1 exp. digital). Tal llamamiento fue rechazado por el Despacho en audiencia del 22 de junio de 2021, decisión fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá en auto del 26 de julio de 2022.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A contestó (f°275 – 285 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no le constaban o que no eran ciertos. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de febrero de 2023 (archivo 21 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora MARIANELLA QUINTERO GIRALDO, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 20 de abril de 1999 mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARIANELLA QUINTERO GIRALDO, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR y SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARIANELLA QUINTERO GIRALDO, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

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

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandadas PORVENIR y SKANDIA liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil de pesos.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que en este caso estaba demostrado que la demandante nació el 12 de enero 1966, de manera que, para el año 2023, cumpliría los 57 años; que la actora solicitó su retorno a Colpensiones el día 23 de agosto de 2023, momento para el cual ya había fenecido la oportunidad señalada en la Ley 797 de 2003, para regresar al RPM; que la demandante tampoco se encontraba amparada por la excepción contemplada en la sentencia C-789 de 2002, debido a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 15 o más años de servicio, razón por la que, era procedente abordar el estudio de la eficacia de la afiliación al RAIS.

Señaló que, el deber de información se estableció desde la misma creación de los fondos privados y que su incumplimiento constituía un atentado contra los derechos de los trabajadores, debido a que ello impedía que pudiesen seleccionar de manera consciente la entidad a la cual desearan pertenecer; que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples sentencias, entre ellas CSJ SL12316 – 2014 y SL4360-2019, ha establecido que las AFPs tienen la obligación de suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, lo cual debía incluir una ilustración sobre las condiciones de su derecho pensional en uno y otro

régimen, las características de cada uno y la incidencia que tales aspectos pudiesen tener en su situación pensional; que solo de este modo el traslado podría ser válido, pues así estaría precedido de un consentimiento informado.

Resaltó que, de acuerdo con las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993, la carga de la prueba le correspondía a la AFP y, por lo tanto, esta debía demostrar que al momento del traslado a la demandante se le había brindado información clara y suficiente que le permitía conocer los requisitos de acceso al derecho pensional en uno u otro régimen pensionales y su incidencia; que al proceso no fueron aportados medios de convicción tendientes a demostrar que, a la demandante al momento del traslado, es decir, para el 20 de abril de 1999, se le hubiese brindado la correspondiente información, debido a que, si bien fue aportado formulario de afiliación, este no podía ser tomado como prueba del consentimiento informado de la actora, pues así había sido planteado por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de establecer que tal documento sólo demostraba la manifestación libre y exenta de vicios, mas no que se hubiese cumplido con el deber de información que le asistía a la AFP.

Por lo expuesto, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante de RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A. y del horizontal efectuado a Skandia y, como consecuencia de ello, dispuso la devolución de cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración debidamente indexados, sumas adicionales como frutos o intereses conforme lo dispuesto en el art. 1746 del Código Civil, con cargo a ambas AFPs

Frente a la excepción de prescripción, señaló que la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, refirió que el traslado efectuado por la demandante al RAIS fue válido, en la medida en que se realizó conforme a las normas vigentes para la época; que para la fecha en que la actora se afilió al RAIS no existía normatividad alguna que obligara a realizar proyecciones o simulaciones pensionales y mucho menos escenarios de comparación de uno u otro régimen, por lo que no eran obligaciones atendibles para la AFP Porvenir; que el único documento que se exigía para legalizar el traslado era el formulario de

afiliación, medio de prueba que en este caso fue aportado; que para Porvenir resultaba imposible aportar un medio de prueba diferente en la medida en que el traslado de la actora se realizó hacía 20 años.

Agregó que, de llegar a considerarse que a la actora se le generó un perjuicio por una presunta disminución en su mesada pensional, el mismo debería ser indemnizado por quien lo causó, que para el caso correspondía a la AFP y no Colpensiones, quien con ocasión de la decisión del Juzgado debería recibir a una afiliada que llevaba más de 20 años sin cotizar a la administradora pública lo que le generaba un perjuicio económico.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

S.A. presentó recurso parcial contra la decisión de primera instancia en lo concerniente a la orden de devolución de los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados. Al respecto, adujo que el a quo había omitido dar aplicación al parágrafo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 en el que se habilitaba a los fondos privados y públicos para descontar el 3% de la cotización para cubrir los gastos de administración y la prima de los seguros previsionales, con la finalidad de retribuir las gestiones realizadas por los fondos encaminadas a garantizar una rentabilidad mínima sobre los aportes de los afiliados y la garantía de la cobertura de las prestaciones económicas a las que tuviera derecho el afiliado.

Respecto de la indexación señaló que no se debía realizar tal orden por cuenta ello no había sido solicitado en el escrito de demanda.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida. Para tal efecto, argumentó que no era procedente ordenar la indexación de los valores a restituir como quiera que ello correspondía a una actualización de la moneda para contrarrestar su devaluación en el transcurso del tiempo y a su vez, dentro de las obligaciones asumidas por las AFPs se encontraba la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, por lo que los recursos de la cuenta de la actora no se vieron afectados por la inflación pues, por el contrario habían generado rendimientos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Skandia S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de

consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, así como los traslados horizontales posteriores y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **MARIANELLA QUINTERO GIRALDO** nació el 12 de enero de 1966 (fº 51 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que la actora estuvo afiliada al RPM con Colpensiones entre el 01 de septiembre de 1990 hasta junio de 1999, acumulando un total de 282,43 semanas (archivo GRP -SCH-HL de la carpeta 01 – carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que se trasladó al RAIS administrado por la Porvenir S.A., a través de formulario de afiliación del 20 de abril de 1999, con efectividad del **01 de junio de 1999** (fº36 - 35 carpeta 03 en la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **iv)** que posteriormente, se trasladó a la AFP OLD Mutual – hoy Skandia S.A. a través de formulario de afiliación del 09 de enero de 2018, con fecha de efectividad del 01 de marzo del mismo año, fondo al que continúa afiliada (fº 156 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones

cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP

desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –20 de abril de 1999, con efectividad del **01 de junio de 1999** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obran formularios de solicitud de afiliación de las AFPs, de ellos solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dichas AFPs cumplieran con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a Porvenir S.A. suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos

de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se***

trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); Al respecto, se avizora que el a quo partiendo de consideraciones erradas no ordenó la devolución completa de los anteriores valores.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los

rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Igualmente, se deberá adicionar ese mismo numeral a efectos de ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la actora en esta AFP.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que sobre el particular formuló Porvenir y Skandia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre

regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el 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 EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

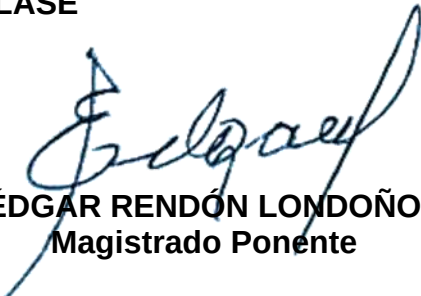
SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la demandante en esta AFP.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



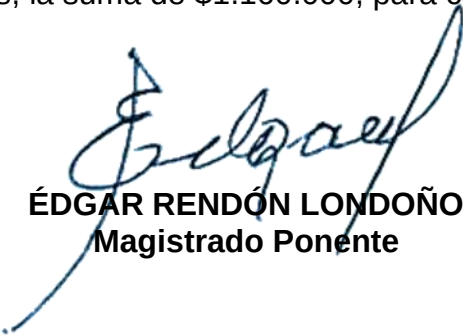
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500720200002901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MAGDA CECILIA CAICEDO ULLOA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MAGDA CECILIA CAICEDO ULLOA** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado con Porvenir S.A., por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **ordene** a Porvenir trasladar a Colpensiones los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos; que se ordene a la administradora pública a recibirlos.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 4 a 21 - archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 20 de noviembre de 1957; que comenzó a laborar desde el 02 de septiembre de 1985, data en la cual inició cotizaciones al sistema de pensiones; que a la fecha de la presentación de la demanda

contaba con 1.400 semanas de cotización; que para el 01 de abril de 1994, momento en el que empezó a regir la Ley 100 de 1993, tenía 37 años, por lo que era beneficiaria del régimen de transición; que a junio de 2005, tenía más de 750 semanas acumuladas; que tenía 62 años cuando presentó la demanda y que al 31 de diciembre de 2014, acumuló más de 1000 semanas.

Adujo que, el 11 de noviembre de 1998, un asesor de Porvenir S.A. le sugirió que se trasladara al RAIS, dado que el ISS se acabaría, además que en el régimen privado podría pensionarse más joven y tendría más rendimientos, sin brindar una información completa y clara acerca de las reales consecuencias del traslado, así como de las ventajas y desventajas; que con ocasión de esa información parcializada aceptó trasladarse al RAIS, acto que se hizo efectivo en agosto de 1998; que posteriormente ante la información dada por sus compañeros de trabajo, se percató de que lo expuesto por el asesor de Porvenir S.A. no era cierto y que podría pensionarse con un salario mínimo, pese a que su pensión era de más de tres SMLMV.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 30 – 51 archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 20 de noviembre de 1957; que comenzó a trabajar y a cotizar en el sistema pensional desde el 2 de septiembre de 1985. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, 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.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A contestó (f° 77 – 97 archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no le constaban o que no eran ciertos. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de mayo de 2023 (archivo 19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:

- ✓ La señora MAGDA CECILIA CAICEDO ULLOA con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 18 de septiembre de 1995 contenida en el formulario No. 9856.
- ✓ La señora MAGDA CECILIA CAICEDO ULLOA con la AFP PORVENIR el 5 de febrero de 1998 contenida en el formulario No. 1003604.
- ✓ La señora MAGDA CECILIA CAICEDO ULLOA con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 7 de febrero de 2005 contenida en el formulario No. 6281935.
- ✓ La señora MAGDA CECILIA CAICEDO ULLOA con la AFP PORVENIR el 5 de abril de 2008 contenida en el formulario No. 12716973.
- ✓ La señora MAGDA CECILIA CAICEDO ULLOA con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 7 de enero de 2010 contenida en el formulario No. 0184671, dentro del proceso 2020-029.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MAGDA CECILIA CAICEDO ULLOA 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 S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde septiembre de año 1995 cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como 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 al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su 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 sin solución de continuidad como afiliado 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 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su creación tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la

Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el numeral 1, artículo 33 del Decreto 663 de 1993. Resaltó que, el artículo 1603 del Código Civil, consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores.

Arguyó que, ese deber de informar no nació a partir de la norma que reformó la Ley 100 de 1993; que respecto a esa evolución normativa del deber de información en cabeza de la AFP, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 de 2019, aclaró y sintetizó el tema, en tres etapas: *i)* deber de información, artículo 13, literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, encontrándose la AFP en esta etapa la momento en que se efecto el traslado de la demandante al RAIS, esto es, en el año 1999, por lo que tenía como mínimo el fondo de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; *ii)* en esta etapa, con le Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo; y *iii)* con la ley 1748 de 2014 y Decreto 2061 de 2015, se introdujo la doble asesoría.

Dilucidado lo anterior, indicó que la demandante contaba con 36 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, con 221,6 semanas cotizadas para esa fecha, por lo que en principio era beneficiaria del régimen de transición; que el Acto Legislativo 01 de 2005, no afectó su permanencia en el régimen, por cuanto a la entrada en vigencia de tal normatividad contaba con de más 750 semanas cotizadas y al 31 de diciembre de 2014, ya había cumplido 57 años, por lo que era claro que la actora si pudo mantener la mentada prerrogativa, lo que reforzaba el hecho de que se le debió brindar una asesoría más exhaustiva, resaltándole esta circunstancia.

Refirió que, de acuerdo con lo enseñado por Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información tenía que cumplirse desde la pre afiliación al sistema y durante su permanencia al fondo privado. De otro lado, señaló que al afirmar la actora que no recibió asesoría al momento del traslado pensional, se estaba frente a un supuesto negativo que debía valorarse frente a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, en cuanto a que las negaciones indefinidas no requerían de prueba, por lo que era obligación de la AFP probar que sí había suministrado la información suficiente, lo cual también tenía asidero con lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil.

Señaló que, a fin de establecer si Porvenir cumplió con la carga de la prueba, era importante resaltar que obraba formulario de afiliación de la actora a la AFP de fecha 18 de septiembre de 1995, en el cual se relacionaba una información básica, personal y familiar; que también se hallaba formulario de afiliación a Horizonte S.A. – hoy Porvenir S.A. del 07 de febrero de 2005, donde se relacionaba la información personal de la demandante; que también se allegó formulario de afiliación a la AFP Horizonte – hoy Porvenir del 05 de abril de 2008, donde relacionó los datos personales de la demandante; que se avizoraba también formulario de afiliación diligenciado por la actora para trasladarse a la AFP Porvenir S.A. del 7 de enero de 2010, donde igualmente se relacionaban los datos personales de aquella; que también obraba documento expedido el registro SIAFP donde se evidenciaba el traslado inicial de régimen pensional de la demandante del ISS hoy Colpensiones fue a Colpatria hoy Porvenir el 21 de agosto de 1995, e igualmente se relacionaban los traslados de horizontales con las AFPs, las que finalmente con ocasión de las cesiones efectuadas correspondían a Porvenir de 2003.

Concluyó que, no obraba ningún medio probatorio que diera certeza y veracidad suficiente de que la AFP demandada al momento de efectuar el traslado primigenio al RAIS como los posteriores, le hubiese suministrado a la demandante una información veraz, clara, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que tenía su futuro pensional situación que constituía una omisión en su deber de información en los términos legales y jurisprudencialmente relacionados; que en cuanto al interrogatorio de parte no se había observado ningún tipo de confesión, por lo cual debía declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Bajo tales argumentos declaró la ineficacia del traslado solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, refirió que el a quo no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entiendo que Colpensiones era un tercero que no tuvo intervención en los negocios jurídicos celebrados entre Porvenir y que, en tal sentido, esos actos debían tener efectos interpartes y por ello Colpensiones no podía ser perjudicada, de ahí que no fuera viable condenar a la administradora pública a recibir a la afiliada debido a que con ello se estaba afectando la financiación del sistema pensional.

Agregó que, de encontrarse algún tipo de omisión no debía imponerse condena en costas a Colpensiones justamente porque no tuvo intervención en la presunta omisión y solicitó además que se condenara a la AFP por los daños que Colpensiones pudo percibir con ocasión de su supuesto actuar negligente a la hora de realizar el traslado.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que la demandante se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria, que justamente por ello permaneció más de 20 años en tal régimen sin manifestar objeción alguna, por lo que este silencio y los distintos traslados horizontales ratificaban su deseo de permanecer en el RAIS.

Expuso que, en caso de que el Tribunal decidiera confirmar la decisión, debía revocarse la orden de devolución de los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, como quiera que el parágrafo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, habilitaba a los fondos privados y públicos para descontar un porcentaje de la cotización para cubrir estos conceptos, con la finalidad de retribuir las gestiones realizadas por los fondos encaminadas a garantizar una rentabilidad mínima sobre los aportes de los afiliados y la garantía de la cobertura de las prestaciones económicas a las que tuviera derecho el afiliado y que en tal sentido, estos valores no hacían parte de la cuenta de ahorro de la demandante.

Finalmente, refirió que la orden de indexar sería excluyente con la devolución de los rendimientos en dinero, como quiera éstos últimos superaban ostensiblemente la pérdida del valor en el tiempo de los dineros a restituir, de modo que ordenar ambas cosas generaría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones en perjuicio de Porvenir S.A., para lo cual citó sentencias del Tribunal Superior de Cundinamarca y del Tribunal Superior del Distrito de Medellín.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, así como los traslados horizontales posteriores y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **MAGDA CECILIA CAICEDO ULLOA** nació el 20 de noviembre de 1957 (fº 22 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que la actora comenzó a cotizar al RPM desde el 2 de septiembre de 1985 con la Caja Municipal de Previsión y Seguridad Social de Villeta (fº45 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 01 de febrero de 1995, hasta el 31 de julio del mismo año Villeta (fº3 archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colpatria – hoy Porvenir S.A., a través de formulario de afiliación del 18 de septiembre de 1995, con efectividad del **01 de octubre de 1995** (fº36 archivo 03 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **v)** que posteriormente, realizó traslados horizontales entre administradoras de las AFP, así:

- El día 05 de febrero de 1998, solicitó el traslado a Porvenir, el cual se hizo efectivo el 01 de febrero de 1998.
- El día 07 de febrero de 2005, solicitó el traslado a Horizonte – hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de abril de 2005.
- El día 15 de abril de 2008, solicitó el traslado a Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de junio de 2008.
- El día 27 de enero de 2010, solicitó el traslado a Horizonte -hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de marzo de 2010

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios

que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal*

*requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de octubre de 1995**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obran formularios de solicitud de afiliación de las AFPs, de ellos solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dichas AFPs cumplieran con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena

validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido

debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ

SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que sobre el particular formuló Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

Finalmente, respecto a la solicitud de Colpensiones encaminada a que se ordene a Porvenir S.A. asumir los perjuicios que le genere el traslado de la actora, se indica que en este proceso no se ha acreditado la existencia de tal perjuicio, máxime si se tiene en cuenta que con la sentencia de primera instancia se ordenó de manera integral la restitución en su favor de los aportes de la demandante, así como la de todos los rubros que hubiese descontado Porvenir durante los años de afiliación. Por ello, se despachará desfavorablemente esta solicitud.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además de Porvenir S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

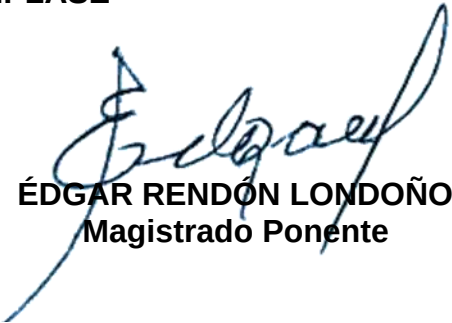
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 08 de mayo de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105007201900544-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MANUEL ALFREDO CARO BOHÓRQUEZ
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor Manuel Alfredo Caro Bohórquez se ordene a Colpensiones reconocerle y pagarle el 14% por cónyuge a cargo conforme el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, junto con el retroactivo, los reajustes legales, y los intereses e indexación definidas en la ley.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 35- 37 archivo 1 carpeta 1ª inst, exp digital), señaló que el demandante goza de la pensión de vejez desde el 01 de noviembre de 2005 reconocida por el ISS hoy Colpensiones; que en noviembre de 2011 y el 22 de marzo de 2019, solicitó a esa entidad el reconocimiento y pago de un incremento del 14% por cónyuge a cargo, en aplicación del régimen de transición bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año, y la sentencia CC SU-310 de 2017, peticiones que fueron negadas.

Narró que, el 21 de mayo de 2019, presentó acción de tutela para que le fuera reconocido el derecho a recibir una respuesta concordante con la solicitud presentada,

que inicialmente el Juzgado Treinta y Uno del Circuito de Bogotá amparo su derecho, pero el Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión de instancia.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 40- 52 archivo 1, carpeta 1ª inst, exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante fue pensionado desde el 1º de noviembre de 2005, por esa entidad, que presentó petición del incremento por cónyuge a cargo en noviembre de 2011, y el 22 de marzo de 2019, las cuales fueron negadas, y que presentó acción de tutela.

Aclaró que, los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, conforme la sentencia CC SU-140 de 2019 habían sido derogados orgánicamente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de mayo de 2022 (archivo 9 -10 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción Inexistencia del Derecho y la obligación reclamada propuesta por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demandada por el señor MANUEL ALFONSO CARO BOHORQUEZ.

TERCERO: CONDENAR en costas de la instancia a la parte demandante. Tásense. Incluyendo como agencias en Derecho la suma equivalente a \$500.000.

CUARTO: por ser totalmente desfavorable la sentencia a las pretensiones del demandante, se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior.

Planteó como problema jurídico, determinar si el demandante tiene derecho o no a que se le reconozca y pague los incrementos pensionales por cónyuge a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Expuso que no estaba en discusión que el demandante mediante Resolución 000580 del 17 de enero de 2007 el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de noviembre de 2005 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990; y que su cónyuge es la señora María Otilia Gómez de Caro.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagraba unos incrementos pensionales por personas a cargo, los cuales fueron considerados por la Corte Constitucional en sentencia SU-310 de 2017, como imprescriptibles, al igual que las pensiones, pues lo que se veía afectado de ese fenómeno eran las mesadas pensionales no reclamadas en el tiempo establecido en la ley; no obstante, dicha posición fue cambiada en la sentencia CC SU-140 de 2019, donde esa corporación indicó que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, había operado una derogatoria orgánica del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, que consagraba los incrementos por personas a cargo, es decir, que los mismos dejaron de existir desde el 01 de abril de 1994, excepto para quienes tenían un derecho adquirido.

Refirió que, en este asunto la pensión del actor se había causado en virtud del régimen de transición en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 01 de noviembre de 2005, cuando ya había operado la derogatoria orgánica, por ende, no había lugar a acceder a las pretensiones de su demanda, pues consideró que el criterio vertido en la sentencia CC SU-140 de 2019 es vinculante y lo debe acoger en su integridad.

RECURSO DE APELACIÓN

Sin recursos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho al incremento por cónyuge a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

En el presente asunto no es materia de discusión que el ISS hoy Colpensiones mediante Resolución 000580 del 17 de enero de 2007, le reconoció al demandante pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 2005, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El tema de los incrementos pensionales por personas a cargo estipulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, ya fue definido por la Corte Constitucional en sentencia SU-140-2019, criterio que fue acogido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2061-2021, donde sostuvo:

3. Incrementos por personas a cargo

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:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

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.

Dicho criterio jurisprudencial, es plenamente aplicable al asunto bajo análisis, por tratarse de caso de similares contornos, y se comparte por esta Sala en su integridad; por lo tanto, se considera que los incrementos por personas a cargo regulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, solo aplican para quienes adquirieron el derecho o reunieron los requisitos de pensión con anterioridad al 1° de abril de 1994, data en que empezó a regir la Ley 100 de 1993, lo que implica que los afiliados que causaron su derecho con posterioridad a esa data no son beneficiarios de esa prerrogativa.

Conforme lo anterior, y como quiera que es un hecho indiscutido que el demandante causó su derecho pensional a partir del 01 de noviembre de 2005, resulta evidente que al 1° de abril de 1994, no tenía adquirido el derecho a los incrementos pensionales y, por ende, no hay lugar a acceder a ello.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia consultada proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105006202000536-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	VÍCTOR ALFREDO VARGAS RICO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Víctor Alfredo Vargas Rico** se declare que tiene derecho al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que acreditó 20 años de aportes sufragados en entidades públicas, cajas de previsión y el ISS. En consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de jubilación por aportes establecida en la Ley 71 de 1988, a partir del 9 de mayo de 2015, con los incrementos legales y mesadas adicionales de cada año, al pago de indexación de las sumas adeudadas, al reconocimiento de intereses moratorios, a la condena de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita (fº 1, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 2 a 3, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. Digital), señaló que, nació el 8 de mayo de 1950; que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2010; que durante toda su vida laboral reunió más de 20 años de servicio en el sector público y privado; que al 1 de abril de 1994, tenía 43 años de edad, por ende, es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que al «25 de julio de 2005», (sic) tenía más de 750

semanas de cotización; que para el 31 de diciembre de 2014, fecha en la cual se acabó el régimen de transición por disposición expresa del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 20 años de servicio y más de 60 años de edad; que al reunir tales requisitos le asiste derecho a que se le reconozca la pensión de vejez por aportes contemplada en la Ley 71 de 1988.

Arguyó que, su última cotización al sistema pensional la efectuó el 8 de mayo de 2015; que el 10 de julio de 2017, radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento pensional, que se decidió mediante resolución SUB 170139 del 24 de agosto de 2017, en la que se negó el derecho; que frente a tal decisión interpuso los recursos de reposición y apelación los cuales se resolvieron a través de las resoluciones SUB 235464 del 24 de octubre de 2017 y DIR 20076 del 7 de noviembre de 2017, en las que se confirmó la negativa.

Agregó que, el día 15 de junio de 2018, nuevamente presentó la solicitud de reconocimiento ante Colpensiones que negaron en los actos administrativos SUB 265625 del 10 de octubre de 2018, y SUB 290319 del 6 de noviembre de 2018.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, negó únicamente el hecho 9, señalando que de acuerdo a la historia laboral del demandante, tiene cotizaciones por 896 semanas con empleadores públicos y privados; respecto de los demás, los mismos se tuvieron por ciertos.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de noviembre de 2022 (archivos 15 y 16, carpeta 1 instancia, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante señor Víctor Alfredo Vargas Rico la pensión de jubilación por aportes a partir del día 9 de mayo de 2015, junto con los aumentos legales, la mesada 13 adicional, en cuantía inicial de \$1.773.475, y los intereses legales regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del vencimiento del

término de 4 meses de que trata el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, contado a partir del día 10 de julio de 2017, mes a mes hasta cuando se produzca el pago de la obligación.

SEGUNDO: la excepción de prescripción se declara no probada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandada Colpensiones vencida en el proceso. se fija la suma de \$3.500.000, por concepto de agencias en derecho

Como **fundamento de su decisión** plasmó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar el régimen aplicable para el reconocimiento pensional, respecto de quien acreditaba tiempos privados ajenos a la docencia y públicos en dicha condición, advirtió que, el demandante había hecho la petición del reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes conforme a lo regulado en la Ley 71 de 1988, por ser beneficiario del régimen de transición consagrado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Refirió que, con la finalidad de dirimir el conflicto propuesto era pertinente determinar el régimen aplicable a los docentes para el otorgamiento y pago de la pensión de jubilación, para lo cual advertía que la normatividad que regulaba el régimen prestacional de los docentes era el artículo 81 de la Ley 812 del 2003, disposición que señalaba que el docente que se encontrará vinculado en el servicio público, el reconocimiento se realizaba de acuerdo a lo establecido en Ley 33 de 1985; que en el evento de que hubiera prestado servicios a entidades públicas y privadas el régimen correspondiente era la Ley 71 de 1988.

Por otra parte, sostuvo que el mencionado artículo 81 de la ley 812 de 2003, había determinado que los docentes que se vincularán a partir de su vigencia serían afiliados al el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendría los mismos derechos pensionales del régimen de prima media establecidos en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con excepción de la edad que sería de 57 años para hombres y mujeres; que en el presente asunto el accionante se había vinculado como docente oficial el día 06/04/2010, es decir, con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo cual le era aplicable lo regulado por la Ley 71 de 1988.

Seguidamente, procedió a verificar si el demandante reunía los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, para lo cual indicó que el señor Víctor Vargas, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 43 años de edad; que para el 29/07/2005, había acreditado más de 750 semanas cotizadas, específicamente 810,29 semanas. Posteriormente, analizó los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988, hallando que el promotor del proceso había arribado a los 60

años de edad el 08/05/2010 y para 31/12/2014, fecha de expiración del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, contaba con 1.057,43 semanas de cotización en toda su vida laboral, por lo cual ordenó a Colpensiones a reconocer la pensión pretendida.

Por último, en relación con la excepción de prescripción, la declaró no probada, sustentando que la demanda se había presentado el 18 de noviembre de 2020, esto es, dentro del término de prescripción de 3 años de que trataba el artículo 151 del CST, contados a partir de la culminación de la etapa administrativa que se había producido con la notificación de la resolución SUB 290319 del 6 de noviembre del año 2018.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumento su recurso señalando que, si bien el demandante acreditaba con el requisito de edad, toda vez que para el 01/04/1994, contaba con 46 años y cumplía con 750 semanas al 25/07/2005, por lo cual el régimen de transición en su caso se había mantenido hasta el 31/12/2014, de conformidad con señalado en el Acto legislativo 01 del 2005; no obstante, la norma aplicable era el Decreto 758 de 1990, el cual establecía en su artículo 12, que en el caso de los hombres tenía que contar con 60 años de edad, un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o haber acreditado un total de 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo; que de acuerdo con la historia laboral del afiliado no acreditaba ninguno de esos requisitos, por lo cual no era procedente acceder al reconocimiento de la prestación perseguida.

Enfatizó que, para acceder a la pensión de vejez por aportes establecida en la Ley 71 de 1988, debía haber acreditado 60 años de edad y un mínimo de 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumuladas en una o varias de las entidades de previsión social y en el Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones; empero, el actor no cumplía con el requisito de los 20 años de servicio entre las cotizaciones efectuadas ante la entidad y las evidenciadas con Ecopetrol, razón por lo cual se había procedido a requerir al área de operaciones a fin de que se realizaren las acciones a las que hubiera lugar respecto de lo soportado por el afiliado, por lo que dicha área había emitido respuesta de la siguiente manera: *«en respuesta a su requerimiento interno y una vez verificada la base de datos de Colpensiones, informó que no se evidencia registro de pagos ni relación laboral con el empleador Alcaldía Municipal, respecto del afiliado Víctor Alfredo Vargas Rico; por lo tanto, no es posible gestionar el cobro»*.

Adujo que, los aportes que indicaba la parte accionante, laborados con la Alcaldía Municipal de Facatativá, habían sido realizados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio; en consecuencia, la entidad no contaba con legitimación legal para iniciar las acciones correspondientes de cobro activo o persuasivo en contra de dicho empleador.

De otro lado, en cuando a la condena de intereses moratorios, indicó que conforme a la jurisprudencia, allí se había declarado que no debían ser impuestos cuando se trataba de un reconocimiento pensional que se derivaba de la orden del pago de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador debiéndose tener en cuanto lo señalado en la sentencia CSJ SL5541-2018.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar lo siguiente: **i)** si es posible tener en cuenta los aportes efectuados ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como docente oficial para el reconocimiento de la pensión de vejez por aportes contemplada en la Ley 71 de 1988; **ii)** en caso afirmativo, si hay lugar al pago de intereses moratorios, y si operó o no, el fenómeno prescriptivo.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Víctor Alfredo Vargas Rico efectuó cotizaciones a Colpensiones entre el 16/08/1979, hasta el 30/09/1997, para un total de 897,85 semanas de cotización (carpeta 5.1, carpeta 1 instancia, exp. Digital); **ii)** que laboró como docente para la Alcaldía Municipal de Facatativá entre el 06/04/2010, al 08/05/2015, efectuándose los aportes ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (f° 25, archivo 02, carpeta 1 instancia, exp. Digital); **iii)** que el 10 de julio de 2017, solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento pensional, el cual fue negado mediante resolución SUB 170139 del 24 de agosto de 2017 (f° 31, archivo 02, carpeta 1 instancia, exp. Digital); **iv)** que frente a la anterior decisión interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales se

resolvieron a través de las resoluciones SUB 235464 del 24 de octubre de 2017 y DIR 20076 del 9 de noviembre de 2017, en el que se confirmó la negativa (f° 34 a 41, archivo 02, carpeta 1 instancia, exp. Digital); y **v)** que nuevamente solicitó el reconocimiento pensional el 15 de junio de 2018, solicitud que también fue negada por medio de los actos administrativos SUB 26526 del 10 de octubre de 2018 y SUB 290319 del 6 de noviembre de 2018 (f° 52 a 66, archivo 02, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Aportes efectuados ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento pensional ante Colpensiones

Para resolver la controversia puesta a consideración de la Sala, es menester precisar que el régimen de los docentes, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba entre los denominados exceptuados, pues así lo consagró el inciso segundo del canon 279, de esa obra legal que establece: *«Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración»*.

Lo anterior, permite concluir que los docentes del sector público pueden acceder a las prestaciones económicas, tanto de ese especial modelo pensional como en el modelo general del Sistema Integral de la Ley 100 de 1993. De otra parte, resulta pertinente tener en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, se tiene que el régimen pensional del Magisterio dejó de ser exceptuado y pasó a ser parte del Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, para aquellos docentes que se vincularon al sector público con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha normatividad (27 de junio de 2003).

Conforme a lo expuesto, resultaba procedente que simultáneamente se hicieran aportes al ISS, y se lograra con base en los mismos, la financiación para la obtención de una prestación de vejez con independencia de la pensión de jubilación que disfrutará o llegará a disfrutar en el sector público, como docente, gracias a que cada una cuenta con recursos propios para su financiación.

Sobre el tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentenciamás reciente CSJ SL1968-2022, señaló:

Acumulación de cotizaciones de docentes del sector público y particular

El planteamiento que se hace respecto del supuesto «imperativo» de la acumulación de cotizaciones en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, existente

para los docentes oficiales, obliga a examinar el contenido del artículo 31 del Decreto 692 de 1994:

ARTICULO 31. POSIBILIDAD DE ACUMULAR COTIZACIONES EN EL CASO DE PROFESORES. Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliarse en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado. (Subrayado y cursiva de la Sala).

Una lectura de la norma en cita, permite colegir que desde el título mismo del precepto se descarta la mentada «imperatividad» pregonada por la recurrente, pues lo que allí se establece, claramente, es una opción formulada en términos positivos, como un derecho y no como una imposición, que permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo del Magisterio que cumplan la condición de recibir remuneraciones del sector privado, seleccionar la opción que consideren pertinente en relación con las alternativas que allí se plantean.

La Corte ya había fijado posición en torno a la correcta comprensión de esta disposición, y en la ya mencionada sentencia CSJ SL, 06 dic. 2001, rad. 40848, razonó:

A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo. (Subrayas de la Sala)

De esta suerte, lo que ocurrió en el sub lite es que el actor se decidió porque sus aportes pensionales derivados de la relación laboral con instituciones del sector privado se cotizaban inicialmente al ISS y, luego, a la AFP Colfondos SA, es decir, hizo uso de la prerrogativa que el marco legal le brindaba, tal como rectamente lo entendió el Tribunal.

De la incorporación del régimen prestacional de los docentes oficiales

Por otra parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, «Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario», trazó el límite temporal hasta el cual operaría el régimen exceptuado en materia pensional de que trataba el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 para los docentes oficiales, esto es, el contenido en la Ley 91 de 1989, estableciéndolo hasta su entrada en vigencia, acaecida el 27 de junio de 2003, por cuanto la dicha ley fue publicada en el Diario Oficial 45231 de esa fecha. El mencionado precepto señala:

ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. (Subrayado por la Corte)

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (Negrilla fuera del texto original).

Por otra parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, consagra:

ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

[...]

Cabe traer también a colación la sentencia CSJ SL4457-2014, en donde la misma Corporación señaló que para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a la luz de lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, era apropiado tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social, señalando:

En este orden de ideas, conforme a los postulados constitucionales y legales atrás referidos, y frente a la citada decisión del Consejo de Estado a través de la cual se declaró la nulidad del artículo 5° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, reglamentario del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, la Corte estima necesario rectificar su actual criterio y, en su lugar, adocctrinar que para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social.

De ahí que, es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez por aportes que se reclama, y en el caso concreto, con base en los tiempos cotizados ante el Magisterio en calidad de docente oficial, sin que las prestaciones que se originan con unos y otros aportes, sean incompatibles entre sí, máxime cuando la vinculación del accionante al Magisterio operó con posterioridad a la entrada en vigencia la Ley 812 de 2003, y no le ha sido reconocida la pensión a través de dicho fondo.

Dilucidado lo anterior, se adentrará la Sala en establecer si el actor tiene derecho a la pensión de vejez por aportes conforme a los postulados de la Ley 71 de 1988, pero previamente debe estudiarse si en efecto es beneficiario del régimen de transición.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados, reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en la Ley 71 de 1988, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones y en el sector público.

Conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante y que obra a folio 12, archivo 02, carpeta 1 instancia, expediente digital, se tiene que nació el **8 de mayo de 1950**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 43 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el Parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que este no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo, tengan cotizadas **750 semanas** o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto (29 de julio de 2005), a quienes se les mantendrá el referido régimen **hasta el año 2014**.

Al constatar si el demandante cuenta con 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 29 de julio de 2005, se observa de la historia laboral actualizada al 5 de marzo de 2019, que para dicha data acreditaba **897,85 semanas** de cotización. Asimismo, se tiene que el actor el 8 de mayo de 2010, cumplió los 60 años de edad, lo cual demuestra que los beneficios del régimen de transición se mantuvieron hasta el año 2014, por lo cual se pasa analizar los requisitos contemplados en la Ley 71 de 1988, a fin de determinar si es acreedor de la pensión reclamada, normatividad que indica:

ARTICULO 7o. <Ver Notas del Editor> A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán

derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Como bien se precisó, el actor arribó a los 60 años de edad el 8 de mayo de 2010, cumpliendo así con el primero de los requisitos; en cuanto a los 20 años de servicios¹ sufragados en cualquier tiempo, se tiene que el señor Víctor Vargas cuenta con **897,85, semanas** cotizadas a Colpensiones, por lo que al sumarse el tiempo que laboró como docente para la Alcaldía Municipal de Facatativá, esto es, entre el 06/04/2010, al 08/05/2015, que corresponde a **262 semanas**, obtendría un total de **1.159,85 semanas** de cotización durante toda su vida laboral, cumpliendo así con la segunda exigencia, lo cual lo hace beneficiario de la pensión solicitada.

Respecto de la fecha a partir de la cual debe disfrutarse de la pensión reconocida, le asiste razón a la *a quo* que es necesario la desafiliación del sistema, conforme lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que en este caso lo fue el 8 de mayo de 2015, momento en que dejó de laborar como docente y de realizar aportes al sistema, de manera que a partir del día siguiente a dicha data su derecho se hizo exigible.

A efectos del cálculo de la mesada pensional, resulta pertinente dar aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que en el caso *sub examine* corresponde «*el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión*», junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, en 13 mesadas como lo estableció el Acto legislativo 01 de 2005, y una tasa de remplazo del 75 %, conforme lo regula el artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

Al realizarse la liquidación por parte de esta instancia arrojó una mesada pensional superior a la reconocida en primer grado, ello debido a que en el cálculo realizado por el Juzgado se tomó los aportes hasta el año 2014, como se pudo apreciar de las operaciones aritméticas aportadas al plenario; sin embargo, como quiera que tal aspecto de no fue objeto de discusión por la parte actora, no sería procedente su modificación, pues haría más gravosa la situación del único apelante, por consiguiente, se mantendrá el valor de la mesada reconocida por el *a quo* de \$1.773.475,55; como sustento de lo expuesto, se procede a realizar la liquidación por parte de esta Corporación conforme al siguiente cuadro:

¹ Se precisa que en sentencia SU-446 de 2022 la Corte Constitucional estableció que el requisito para acceder a la pensión de vejez para las personas a las que les era aplicable la Ley 71 de 1988, debe tenerse como 1.000 semanas de cotización.

Año	Fecha inicial	Fecha final	Días cot.	IPC Inicial	IPC Final	Valor Indexación	IBC	IBC Actualizado	IBC por días laborados
1992	15/11/1992	30/11/1992	16	9,7	82,47	8,50	\$ 457.290	\$3.886.965,00	\$62.191.440,00
1992	01/12/1992	31/12/1992	31	9,7	82,47	8,50	\$ 457.290	\$3.886.965,00	\$120.495.915,00
1993	01/01/1993	31/01/1993	31	12,14	82,47	6,79	\$ 457.290	\$3.104.999,10	\$96.254.972,10
1993	01/02/1993	28/02/1993	28	12,14	82,47	6,79	\$ 457.290	\$3.104.999,10	\$86.939.974,80
1993	01/03/1993	31/03/1993	31	12,14	82,47	6,79	\$ 457.290	\$3.104.999,10	\$96.254.972,10
1993	01/04/1993	30/04/1993	30	12,14	82,47	6,79	\$ 457.290	\$3.104.999,10	\$93.149.973,00
1993	01/05/1993	31/05/1993	31	12,14	82,47	6,79	\$ 457.290	\$3.104.999,10	\$96.254.972,10
1993	01/06/1993	30/06/1993	30	12,14	82,47	6,79	\$ 457.290	\$3.104.999,10	\$93.149.973,00
1993	01/07/1993	31/07/1993	31	12,14	82,47	6,79	\$ 457.290	\$3.104.999,10	\$96.254.972,10
1993	01/08/1993	31/08/1993	31	12,14	82,47	6,79	\$ 457.290	\$3.104.999,10	\$96.254.972,10
1993	01/09/1993	30/09/1993	30	12,14	82,47	6,79	\$ 590.010	\$4.006.167,90	\$120.185.037,00
1993	01/10/1993	31/10/1993	31	12,14	82,47	6,79	\$ 590.010	\$4.006.167,90	\$124.191.204,90
1993	01/11/1993	30/11/1993	30	12,14	82,47	6,79	\$ 590.010	\$4.006.167,90	\$120.185.037,00
1993	01/12/1993	31/12/1993	31	12,14	82,47	6,79	\$ 590.010	\$4.006.167,90	\$124.191.204,90
1994	01/01/1994	31/01/1994	31	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$101.328.317,40
1994	01/02/1994	28/02/1994	28	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$91.522.351,20
1994	01/03/1994	31/03/1994	31	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$101.328.317,40
1994	01/04/1994	30/04/1994	30	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$98.059.662,00
1994	01/05/1994	31/05/1994	31	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$101.328.317,40
1994	01/06/1994	30/06/1994	30	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$98.059.662,00
1994	01/07/1994	31/07/1994	31	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$101.328.317,40
1994	01/08/1994	31/08/1994	31	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$101.328.317,40
1994	01/09/1994	30/09/1994	30	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$98.059.662,00
1994	01/10/1994	31/10/1994	31	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$101.328.317,40
1994	01/11/1994	30/11/1994	30	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$98.059.662,00
1994	01/12/1994	31/12/1994	31	14,89	82,47	5,54	\$ 590.010	\$3.268.655,40	\$101.328.317,40
1995	01/01/1995	31/01/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 720.000	\$3.254.400,00	\$97.632.000,00
1995	01/02/1995	28/02/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 720.000	\$3.254.400,00	\$97.632.000,00
1995	01/03/1995	31/03/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 785.000	\$3.548.200,00	\$106.446.000,00
1995	01/04/1995	30/04/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 850.000	\$3.842.000,00	\$115.260.000,00
1995	01/05/1995	31/05/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 850.000	\$3.842.000,00	\$115.260.000,00
1995	01/06/1995	30/06/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 850.000	\$3.842.000,00	\$115.260.000,00
1995	01/07/1995	31/07/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 850.000	\$3.842.000,00	\$115.260.000,00
1995	01/08/1995	31/08/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 850.000	\$3.842.000,00	\$115.260.000,00
1995	01/09/1995	30/09/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 850.000	\$3.842.000,00	\$115.260.000,00
1995	01/10/1995	31/10/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 850.000	\$3.842.000,00	\$115.260.000,00
1995	01/11/1995	30/11/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 850.000	\$3.842.000,00	\$115.260.000,00
1995	01/12/1995	31/12/1995	30	18,25	82,47	4,52	\$ 850.000	\$3.842.000,00	\$115.260.000,00
1996	01/01/1996	31/01/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/02/1996	29/02/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/03/1996	31/03/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/04/1996	30/04/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/05/1996	31/05/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/06/1996	30/06/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/07/1996	31/07/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/08/1996	31/08/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/09/1996	30/09/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/10/1996	31/10/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/11/1996	30/11/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1996	01/12/1996	31/12/1996	30	21,8	82,47	3,78	\$ 850.000	\$3.213.000,00	\$96.390.000,00
1997	01/01/1997	31/01/1997	30	26,52	82,47	3,11	\$ 850.000	\$2.643.500,00	\$79.305.000,00
1997	01/02/1997	28/02/1997	30	26,52	82,47	3,11	\$ 850.000	\$2.643.500,00	\$79.305.000,00
1997	01/03/1997	31/03/1997	30	26,52	82,47	3,11	\$ 850.000	\$2.643.500,00	\$79.305.000,00
1997	01/04/1997	30/04/1997	30	26,52	82,47	3,11	\$ 850.000	\$2.643.500,00	\$79.305.000,00
1997	01/05/1997	31/05/1997	30	26,52	82,47	3,11	\$ 850.000	\$2.643.500,00	\$79.305.000,00
1997	01/06/1997	30/06/1997	30	26,52	82,47	3,11	\$ 850.000	\$2.643.500,00	\$79.305.000,00
1997	01/07/1997	31/07/1997	30	26,52	82,47	3,11	\$ 850.000	\$2.643.500,00	\$79.305.000,00
1997	01/08/1997	31/08/1997	30	26,52	82,47	3,11	\$ 850.000	\$2.643.500,00	\$79.305.000,00
1997	01/09/1997	30/09/1997	30	4	82,47	20,62	\$ 113.333	\$2.336.926,46	\$70.107.793,80
2010	06/04/2010	30/04/2010	25	71,2	82,47	1,16	\$ 1.009.760	\$1.171.321,60	\$29.283.040,00
2010	01/05/2010	31/05/2010	30	71,2	82,47	1,16	\$ 1.256.142	\$1.457.124,72	\$43.713.741,60
2010	01/06/2010	30/06/2010	30	71,2	82,47	1,16	\$ 1.351.021	\$1.567.184,36	\$47.015.530,80
2010	01/07/2010	31/07/2010	30	71,2	82,47	1,16	\$ 1.233.199	\$1.430.510,84	\$42.915.325,20
2010	01/08/2010	31/08/2010	30	71,2	82,47	1,16	\$ 1.511.146	\$1.752.929,36	\$52.587.880,80
2010	01/09/2010	30/09/2010	30	71,2	82,47	1,16	\$ 1.395.774	\$1.619.097,84	\$48.572.935,20
2010	01/10/2010	31/10/2010	30	71,2	82,47	1,16	\$ 1.395.774	\$1.619.097,84	\$48.572.935,20

Año	Fecha inicial	Fecha final	Días cot.	IPC Inicial	IPC Final	Valor Indexación	IBC	IBC Actualizado	IBC por días laborados
2010	01/11/2010	30/11/2010	30	71,2	82,47	1,16	\$ 1.367.505	\$1.586.305,80	\$47.589.174,00
2010	01/12/2010	31/12/2010	30	71,2	82,47	1,16	\$ 2.207.858	\$2.561.115,28	\$76.833.458,40
2011	01/01/2011	31/01/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 925.088	\$1.036.098,56	\$31.082.956,80
2011	01/02/2011	28/02/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 1.265.230	\$1.417.057,60	\$42.511.728,00
2011	01/03/2011	31/03/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 1.265.230	\$1.417.057,60	\$42.511.728,00
2011	01/04/2011	30/04/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 1.541.043	\$1.725.968,16	\$51.779.044,80
2011	01/05/2011	31/05/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 1.588.175	\$1.778.756,00	\$53.362.680,00
2011	01/06/2011	30/06/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 1.497.360	\$1.677.043,20	\$50.311.296,00
2011	01/07/2011	31/07/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 1.361.430	\$1.524.801,60	\$45.744.048,00
2011	01/08/2011	31/08/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 1.305.339	\$1.461.979,68	\$43.859.390,40
2011	01/09/2011	30/09/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 1.305.339	\$1.461.979,68	\$43.859.390,40
2011	01/10/2011	31/10/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 1.305.339	\$1.461.979,68	\$43.859.390,40
2011	01/11/2011	30/11/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 1.936.744	\$2.169.153,28	\$65.074.598,40
2011	01/12/2011	31/12/2011	30	73,45	82,47	1,12	\$ 2.683.496	\$3.005.515,52	\$90.165.465,60
2012	01/01/2012	31/01/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 1.291.163	\$1.394.456,04	\$41.833.681,20
2012	01/02/2012	29/02/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 1.305.339	\$1.409.766,12	\$42.292.983,60
2012	01/03/2012	31/03/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 1.305.339	\$1.409.766,12	\$42.292.983,60
2012	01/04/2012	30/04/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 1.305.339	\$1.409.766,12	\$42.292.983,60
2012	01/05/2012	31/05/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 1.623.170	\$1.753.023,60	\$52.590.708,00
2012	01/06/2012	30/06/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 1.361.676	\$1.470.610,08	\$44.118.302,40
2012	01/07/2012	31/07/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 1.361.676	\$1.470.610,08	\$44.118.302,40
2012	01/08/2012	31/08/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 1.370.607	\$1.480.255,56	\$44.407.666,80
2012	01/09/2012	30/09/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 1.370.607	\$1.480.255,56	\$44.407.666,80
2012	01/10/2012	31/10/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 1.370.607	\$1.480.255,56	\$44.407.666,80
2012	01/11/2012	30/11/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 2.055.910	\$2.220.382,80	\$66.611.484,00
2012	01/12/2012	31/12/2012	30	76,19	82,47	1,08	\$ 2.759.622	\$2.980.391,76	\$89.411.752,80
2013	01/01/2013	31/01/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 1.360.187	\$1.441.798,22	\$43.253.946,60
2013	01/02/2013	28/02/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 1.370.607	\$1.452.843,42	\$43.585.302,60
2013	01/03/2013	31/03/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 1.370.607	\$1.452.843,42	\$43.585.302,60
2013	01/04/2013	30/04/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 1.370.607	\$1.452.843,42	\$43.585.302,60
2013	01/05/2013	31/05/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 1.372.144	\$1.454.472,64	\$43.634.179,20
2013	01/06/2013	30/06/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 1.640.834	\$1.739.284,04	\$52.178.521,20
2013	01/07/2013	31/07/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 1.195.006	\$1.266.706,36	\$38.001.190,80
2013	01/08/2013	31/08/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 1.203.929	\$1.276.164,74	\$38.284.942,20
2013	01/09/2013	30/09/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 1.397.740	\$1.481.604,40	\$44.448.132,00
2013	01/10/2013	31/10/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 1.783.508	\$1.890.518,48	\$56.715.554,40
2013	01/11/2013	30/11/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 2.126.635	\$2.254.233,10	\$67.626.993,00
2013	01/12/2013	31/12/2013	30	78,05	82,47	1,06	\$ 2.862.253	\$3.033.988,18	\$91.019.645,40
2014	01/01/2014	31/01/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 1.399.280	\$1.455.251,20	\$43.657.536,00
2014	01/02/2014	28/02/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 1.459.441	\$1.517.818,64	\$45.534.559,20
2014	01/03/2014	31/03/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 1.500.582	\$1.560.605,28	\$46.818.158,40
2014	01/04/2014	30/04/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 1.459.441	\$1.517.818,64	\$45.534.559,20
2014	01/05/2014	31/05/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 1.459.441	\$1.517.818,64	\$45.534.559,20
2014	01/06/2014	30/06/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 1.794.864	\$1.866.658,56	\$55.999.756,80
2014	01/07/2014	31/07/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 1.454.328	\$1.512.501,12	\$45.375.033,60
2014	01/08/2014	31/08/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 1.459.441	\$1.517.818,64	\$45.534.559,20
2014	01/09/2014	30/09/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 1.519.287	\$1.580.058,48	\$47.401.754,40
2014	01/10/2014	31/10/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 1.473.560	\$1.532.502,40	\$45.975.072,00
2014	01/11/2014	30/11/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 2.224.666	\$2.313.652,64	\$69.409.579,20
2014	01/12/2014	31/12/2014	30	79,56	82,47	1,04	\$ 3.023.246	\$3.144.175,84	\$94.325.275,20
2015	01/01/2015	31/01/2015	30	82,47	82,47	1,00	\$ 1.467.890	\$1.467.890,00	\$44.036.700,00
2015	01/02/2015	28/02/2015	30	82,47	82,47	1,00	\$ 1.473.560	\$1.473.560,00	\$44.206.800,00
2015	01/03/2015	31/03/2015	30	82,47	82,47	1,00	\$ 1.473.560	\$1.473.560,00	\$44.206.800,00
2015	01/04/2015	30/04/2015	30	82,47	82,47	1,00	\$ 1.473.560	\$1.473.560,00	\$44.206.800,00
2015	01/05/2015	08/05/2015	8	82,47	82,47	1,00	\$ 2.403.754	\$2.403.754,00	\$19.230.032,00
Días cotizados			3.600	Salarios por días cotizados					\$8.892.190.101,90
Semanas cotizadas			514,29	Valor del IBL 10 últimos años a 2015					\$ 2.475.542
				Tasa de reemplazo					75,0%
				Valor de la mesada pensional a 2015					\$ 1.856.657,00

PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES

En relación con la excepción de prescripción que presentó la demandada, ha de indicarse que, en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del CST, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hubiese hecho exigible; no obstante, el simple reclamo del afiliado o pensionado recibido por el pagador de su prestación sobre su derecho, interrumpe este fenómeno por un lapso igual.

En el presente asunto, se tiene que el derecho se hizo exigible a partir del 8 de mayo de 2015, momento en que se efectuó el último aporte y reunía los requisitos para acceder al derecho pensional, interrumpiendo el fenómeno prescriptivo con la reclamación que presentó ante Colpensiones el 10 de julio de 2017, solicitud que se resolvió mediante los actos administrativos SUB 170139 del 24 de agosto de 2017, SUB 235464 del 24 de octubre de 2017 y DIR 20076 del 9 de noviembre de 2017, esta última se notificó el **21 de noviembre de 2017** (carpeta exp. Administrativo) y la demanda se instauró el **18 de noviembre de 2020** (archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), esto es, dentro de los 3 años que contempla la norma.

Cabe anotar que, si bien se llega a la misma conclusión de la Juez respecto de que no se probó la excepción de prescripción, la forma correcta en que se debió contabilizar es como se explicó anteriormente, es decir, teniendo en cuenta el agotamiento de la reclamación administrativa por cada solicitud presentada, y no desde la última reclamación como se hizo en esa sentencia, tal y como lo ha enseñado la alta Corporación de cierre de la jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL4340-2019, en la que expuso:

Esta Corporación ha sido enfática en cuanto a que el derecho pensional no prescribe, contrario a lo que sucede con las mesadas, toda vez que al tratarse de importes que se hacen exigibles periódicamente, admiten prescripción trienal, cuyo cómputo corre de manera independiente para cada período, desde que se hace exigible la mensualidad:

La imprescriptibilidad del derecho pensional y la vocación prescriptible de las mesadas pensionales obedece, además, a lo siguiente: respecto al estado jurídico de pensionado, si bien puede predicarse su existencia y la consecuente posibilidad de que sea declarado judicialmente, junto con todos sus componentes definitorios, no puede aseverarse su exigibilidad y, por ende, su vocación prescriptible, dado que, se itera, no existe un plazo específico para solicitar la definición de los estados jurídicos que acompañan a los sujetos de derecho. En cambio, en relación con cada una de las mesadas pensionales, en tanto expresiones económicas de la situación jurídica de pensionado, sí puede sostenerse su exigibilidad, para, a partir de allí, empezar a contar el término trienal de prescripción (CSJ SL 0052, 26 may. 1986).

De las pruebas obrantes en el expediente administrativo que se aportó en CD - folio 102 cuaderno principal- se advierte que la actora solicitó por primera vez su derecho pensional el 1.º de noviembre de 2005 y que el entonces ISS le negó la

prestación mediante Resolución n.º 037738 de 21 de septiembre de 2006, contra la cual la demandante interpuso recurso de reposición -oficio fechado 9 de octubre de 2006- que la accionada resolvió con Resolución n.º 011601 de 29 de marzo de 2007, en la que confirmó el acto administrativo anterior y expresamente indicó a la interesada «que contra este no procede recurso alguno, por lo tanto queda agotada la Vía Gubernativa».

Lo anterior permite colegir que el término de prescripción se interrumpió conforme lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, desde el 1.º de noviembre de 2005 y hasta el 13 de junio de 2007 - fecha de notificación de la Resolución n.º 011601-, respecto del período reclamado, el cual comprende las mesadas causadas entre el 1.º de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2005, lo que a voces del artículo 6.º del mismo compendio y de la sentencia C-792-2006 implica que se agotó la reclamación administrativa dejándola habilitada para acudir a la jurisdicción ordinaria. Sobre el particular el artículo 6.º dispone:

Artículo 6.º Reclamación administrativa. *Las acciones contenciosas contra La Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo (sic) podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta.*

Mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción de la respectiva acción.

Cuando la ley exija la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, ésta reemplazará la reclamación administrativa de que trata el presente artículo. (Subrayado fuera de texto)

INTERESES DE MORA

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, regula los intereses moratorios, así:

ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. *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 efectuó el pago.*

Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que en principio deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio; así se explicó por la referida Corporación en sentencia CSJ SL2037-2023:

Finalmente, en lo que respecta a la condena impuesta por intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es de recordar que la Corte, ha considerado que estos no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio, por lo que proceden siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales,

independiente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares en las instancias administrativas, en la medida que con ellos se pretende compensar económicamente y aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación.

Y, si bien se ha estimado que pueden existir salvedades que exoneran de su imposición, siempre y cuando fluyan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales (CSJ SL3130-2020), para el presente caso no se verifica que la omisión en el reconocimiento del retroactivo pensional tuviera amparo en el ordenamiento legal vigente o nos encontremos ante un cambio jurisprudencial.

Conforme lo anterior, la imposición de intereses de mora, no procede cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan les es difícil predecir, así se explicó en sentencias CSJ SL3087-2014, CSJ SL11234-2015 y CSJ SL8614-2017.

Acorde con lo expuesto, en el caso de marras dichos intereses resultan procedentes, puesto que como bien se ha señalado a lo largo de esta providencia, tanto, la normatividad como la jurisprudencia permitían al momento en que se negó el derecho, la acumulación de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes (Ley 71 de 1988), sin importar si habían sido realizados a entidades de previsión o de seguridad social.

Entonces, como quiera que la solicitud para el reconocimiento pensional se presentó el 10 de julio de 2017, momento para el cual ya tenía cumplidos los requisitos para acceder a ella, la entidad debió reconocer la misma en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la petición, pero como ello no fue así, deberá pagar los intereses moratorios a partir del 10 de noviembre de 2017, sobre cada una de las mesadas pensionales causadas y no pagadas, y hasta cuando se haga efectivo el pago, tal y como lo sustentó la *a quo*.

RETROACTIVO PENSIONAL

Conforme con lo dispuesto en el artículo 283 del CGP, se actualizará el valor de las condenas impuestas a cargo de Colpensiones, hasta la fecha en que se profiera la presente decisión, sin perjuicio de lo que llegará a causarse hasta el pago efectivo. Así

las cosas y efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, se obtiene un valor de \$ 243.835.562, conforme la siguiente liquidación:

Valor diferencia retroactivo de septiembre 2015 a noviembre 2023						
Año	Desde	Hasta	Incremento	Valor Mesada	No pagos	Retroactivo
2015	09/05/2015	31/12/2015		\$ 1.773.475,55	9	\$ 15.961.280
2016	01/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 1.893.540,00	13	\$ 24.616.020
2017	01/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 2.002.419,00	13	\$ 26.031.447
2018	01/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 2.084.318,00	13	\$ 27.096.134
2019	01/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 2.150.599,00	13	\$ 27.957.787
2020	01/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.232.322,00	13	\$ 29.020.186
2021	01/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.268.262,00	13	\$ 29.487.406
2022	01/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 2.395.738,00	13	\$ 31.144.594
2023	01/01/2023	30/11/2023	13,12%	\$ 2.710.059,00	12	\$ 32.520.708
Valor de la diferencia del retroactivo pensional del SEPTIEMBRE 2015 a noviembre 2023						\$ 243.835.562

Por lo anterior, se adicionará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones comoquiera que su recurso de alzada no salió avante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en tener como valor del retroactivo de las mesadas adeudadas desde el 9 de mayo de 2015, al 30 de noviembre de 2023, la suma de \$ 243.835.562, sin perjuicio de lo que llegaré a causarse hasta el pago efectivo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

5MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105004202000340-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	OLGA LUCÍA FUENTES
DEMANDADO	COLPENSIONES Y OTROS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Olga Lucía Fuentes** se **ordene** la nulidad o ineficacia del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, administrado por Skandia Pensiones y Cesantías S.A el 1 de julio de 2015; que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada en el régimen de prima media con prestación definida en cabeza de Colpensiones; en consecuencia, se **ordene** a la AFP Porvenir y/o Skandia a trasladar los aportes realizados al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al pago de costas procesales y agencias en derecho, intereses y/o rendimientos generados en su cuenta individual y lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 3 a 8, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 16 de julio de 1961, en la ciudad de Bogotá D.C; que efectuó su primera cotización pensional el 11 de enero de 1980, en el RPM, hasta el 18 de marzo de 2002, para un total de 407,57 semanas de cotización, fecha para la cual tenía 40 años, 8 meses y 2 días.

Refirió que, para la fecha de presentación de la demanda había cotizado para pensión un total de 655,29 semanas; que cuando cumplió 47 años de edad ya tenía

más del 50,41% de semanas cotizadas en ambos regímenes pensionales; que efectuó el traslado de régimen el 18 de marzo de 2002, a través de la AFP Porvenir; que para el 1 de abril de 1994, había acumulado 407,57 semanas de cotización, situación que no le permitía regresar al RPM conforme a lo establecido en la sentencia SU 062 de 2010.

Narró que, después de varias visitas efectuadas por parte del vendedor del fondo y continuas llamadas, la indujo en error para que se trasladará de régimen con la promesa de que en el RAIS su pensión sería muy superior a la que le correspondería en el RPM, sin que se le brindará una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen lo cual impactaría la mesada pensional; que el asesor de la AFP le informó que se le devolvería parte del capital como excedente de libre disponibilidad, pero en ningún momento le informó que el valor de su pensión se vería seriamente afectada.

Acotó que, su mesada pensional en Colpensiones ascendería la suma de \$3.185.765, mientras que en el fondo será de \$887.803; que ante la desatención por parte de Porvenir decidió trasladarse a Skandia, quien tampoco para el momento del traslado el 6 de mayo de 2015, le hizo un estudio de la proyección de su mesada pensional, a pesar de que a partir del 2014, la Superintendencia Financiera ya había regulado los traslado de régimen imponiendo la realización de doble asesoría; que solicitó ante Skandia una simulación pensional, entidad que de forma verbal le informó que su pensión ascendería al SMLMV.

Arguyó que, el 24 de junio de 2020, solicitó ante Skandia la nulidad de la afiliación, bajo el radicado 2020-0065353, solicitud que fue resuelta el 9 de julio de 2020, negando lo pretendido; que también elevó solicitud a Colpensiones el 24 de junio de 2020, quien también negó el traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó fecha de nacimiento de la demandante, cotizaciones realizadas por la señora Olga Fuentes, al 1 de abril de 1994, reclamación que se presentó ante la entidad y respuesta; respecto de los demás hechos dijo no constarle.

Como excepciones de fondo propuso, las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, 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, excepción de aplicabilidad de la sentencia SL373-2021, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó petición presentada por la actora y respuesta; respecto de los demás hechos señaló no ser ciertos algunos de ello y no constarle los demás.

Como excepciones de mérito propuso, las que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, a demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares o ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Adicionalmente, solicitó ser llamada en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del CGP (fº 59, archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), solicitud que fue admitida por el Juez, mediante auto del 11 de marzo de 2022, ordenando la notificación a la llamada en garantía (archivo 15, carpeta 1ª inst. exp. digital).

En el término de traslado **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 21, carpeta 1ª inst. exp. digital), contestó oponiéndose a las pretensiones del llamamiento, en cuanto a los hechos dijo ser cierto que entre las partes se suscribió un seguro previsional de invalidez y sobrevivencia a través de la póliza No. 9201411900149, con vigencia del 1 de enero al 31 de diciembre de 2015, renovada anualmente del 1 de enero de 2016, al 31 de diciembre de 2018, póliza que ampara única y exclusivamente los riesgos de muerte por riesgo común, invalidez por riesgo común y auxilio funerario.

Propuso como excepciones de fondo, las que denominó así: frente a la acción ejercida por la parte demandante, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., carece de amparo y/o cobertura, pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida de Seguros S.A.; en caso de una sentencia de condena en contra de la llamante en garantía, Mapfre Colombia Vida de Seguros S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron amparados; Mapfre Colombia Vida de Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP Skandia S.A. y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; inexistencia del derecho contractual por parte de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

La **AFP PORVENIR** contestó (archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la actora y que había recibido una asesoría por parte de la entidad; respecto de los demás hechos manifestó no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás. Como medio de defensa, propuso las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de marzo de 2023 (archivos 31 a 33, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de OLGA LUCIA FUENTES a la AFP PORVENIR, realizado en el año 2002, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP SKANDIA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR y SKANDIA. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1/4 SMLMV, para PORVENIR y 1/2 SMMLV para Skandia.

SEPTIMO: DECLARAR PROBADA las excepciones de mérito propuestas por Mapfre denominadas Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena en contra de la llamante en garantía frente a la devolución de las primas, y de ningún otro valor que corresponda en contraprestación del seguro, e inexistencia del derecho por parte de Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías.

OCTAVO: CONDENAR en costas a Skandia S.A. a favor de Mapfre. Fíjense como agencias en derecho la suma de ¼ SMLMV.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo definido la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral de manera pacífica y reiterada, desde que se implementó el sistema integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP, brindar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Señaló que, a fin de establecerse si había procedido o no la ineficacia del traslado, la parte demandante había absuelto interrogatorio de parte ratificando lo consignado en el escrito introductor, esto es, que no había recibido una información oportuna y veraz sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional, lo cual correspondía a una negación indefinida que a la luz de lo dispuesto en el artículo 267 del CGP, en ese sentido la parte demandada tenía el deber de desvirtuar dicha negación, para lo cual solo había aportado el formulario de afiliación del cual solo obraba fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la demandante, y que el traslado se había realizado de manera libre y voluntaria, sin que obrará constancia del contenido de la asesoría brindada, siendo deber del fondo de pensiones haberle explicado al potencial afiliado cómo se construía el derecho pensional en ese régimen, cuáles eran las condiciones que debía cumplirse para acceder a la pensión y eventualmente cómo se calculaba su mesada pensional; por lo

tanto, concluyó que Porvenir había incumplido con su deber de información y por consiguiente, declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS.

En cuanto el llamamiento en garantía solicitado por Skandia a Mapfre seguros de vida, indicó el *a quo* que declaraba probada la excepción de mérito propuesta por dicha aseguradora denominada, «*En caso de una sentencia de condena en contra de la llamante en garantía, Mapfre Colombia Vida de Seguros S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron amparados*» e «*inexistencia del derecho contractual por parte de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.*», en el sentido que frente a la acción material ejercida por la parte demandante, Skandia carecía de amparo o cobertura, como quiera que la protección que se pretendía asegurar no tenía relación con los efectos materiales de las pretensiones, de manera que resultaba ser una solicitud improcedente.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.** argumentó su recurso, señalando que si bien existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado por la falta del deber de información; no obstante, ha sido reiterativa la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en aclarar que esta solo se aplica de manera diferenciada según los supuestos fácticos de los que se exige similitud, lo cual no se da en el presente caso como quiera que la demandante se trasladó al RAIS de manera válida y lo hizo de acuerdo a las cargas normativas impuestos a los fondos para el año 2012, en ese orden los términos tan rigurosos por los que se pretende reprochar a la entidad sólo fueron impuestos posteriormente. Agregó que, la parte actora nunca objeto sus dudas ante el fondo privado durante su permanencia en él, pretendiendo a través de esta demanda desconocer sus propios actos, evidenciándose contradicciones entre lo narrado en la demanda y lo declarado en interrogatorio de parte en torno a la información que se brindó al momento del traslado.

Respecto del traslado de los rendimientos, adujo que independientemente del motivo que daba lugar a la ineficacia se habían generado unos gastos de administración que hicieron que a la afiliada se le causaran unos rendimiento financieros, es decir, que el fondo administró unos recursos que hoy en día aumentaron ostensiblemente, lo cual no habría lugar a una compensación económica, de ser así implicaría un enriquecimiento sin justa causa, frente a lo cual era importante tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1747 del código civil, que hace referencia a las restituciones mutuas, debiéndose considerar que en ninguno de los dos regímenes

pensionales los gastos de administración están llamados a financiar la pensión de vejez.

En cuanto a las primas de seguros, señaló que eran dineros destinados a los seguros de invalidez y sobrevivencia trasladados a las respectivas aseguradoras con los que se pretendían cubrir esas contingencias, siendo dineros que cubrieron dicha finalidad, por lo que están en manos de terceros de buena fe; por lo tanto, existe una imposibilidad material.

Finalmente, arguyó que se encontraba inconforme con la condena respecto de la indexación sobre gastos de administración y sumas previsionales, como quiera que ante la eventual condena de los rendimientos causados en el RAIS, estas sumas resultan ser superiores a esa eventual orden y con ello permite que Colpensiones pueda cubrir el reconocimiento pensional. En cuanto a la condena de costas y agencias en derecho, se considere que al desestimarse la ineficacia del traslado deberá también desestimarse dicha condena de conformidad con el artículo 365 del CGP.

SKANDIA también interpuso recurso de apelación en cuanto de la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales de manera indexada, argumentando que si bien en el presente asunto se declaró la ineficacia del traslado, la consecuencia solamente debió consistir en devolverse los aportes realizados en la cuenta individual del afiliado y al fondo de garantía de pensión mínima como lo establece el Decreto 3925 del año 2008; aunado a que lo ordenado por el Juez no fueron solicitados desde el inicio de la demanda, no fueron fijados en el litigio; por lo tanto, no se prestó un debate frente a los mismos, lo cual afectaría su derecho de defensa y contradicción. Asimismo, debía tenerse en cuenta que para poder cumplir la sentencia en los términos indicados por el *a quo*, la entidad tendría que asumir con su propio patrimonio dichos conceptos lo que le generaría un perjuicio económico, fiscal y financiero no solamente a Skandia, sino como tal a las administradoras de fondos de pensiones que forman el régimen de ahorro individual.

Precisó que, en caso de confirmarse la sentencia respecto de la indexación, debe considerarse que si ya se ordenó la devolución de los rendimientos con esto se estaría compensando la pérdida del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haber generado en el capital del afiliado, en ese orden de ideas no sería dable generar una doble sanción por un mismo hecho, tesis que ha sido acogida favorablemente por varios Magistrados del Tribunal Superior de Cali que han revocado la sentencia de primera instancia bajo el estricto aplicación de la figura ya reseñada anteriormente.

Por último, solicitó se revoque la decisión que dio por probada la excepción que formuló la aseguradora Mapfre frente a la demanda en llamamiento en garantía, sobre lo cual el *a quo* señaló que no guardaba relación con lo pretendido en la demanda inicial, tesis de cual se aparta, dado que en el presente caso ya se materializó la relación concreta y específica que existe entre las pretensiones de la demanda inicial y las pretensiones de demanda de llamamiento en garantía, todo de ello porque ya se declaró una ineficacia, a lo cual se está dando unos efectos de manera inmediata, lo cual conlleva a que deba trasladar unas primas que se encuentran por parte de la aseguradora Mapfre.

Resaltó que, así como se ha extendido los efectos de la ineficacia a los demás fondos o administradoras que no intervinieron en el acto jurídico del traslado de régimen pensional, también debe extenderse a los contratos que nacieron a raíz de estos como el contrato de seguro previsional, en ese orden de ideas, se condene a la aseguradora Mapfre a restituir estas primas por las que fueron condenados. En caso de confirmarse lo decidido en primera instancia, opere la figura de la prescripción frente a los gastos de administración al ser un emolumento periódico y que no está destinado para cubrir la pensión de vejez, teniendo en cuenta que el demandante se afilió al fondo de pensiones desde el año 2015, lo cual también debe recaer sobre los seguros previsionales de acuerdo al artículo 1081 del Código del Comercio.

COLPENSIONES sustentó su recurso arguyendo que, debe tenerse presente la inversión de la carga de la prueba, pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP, en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender lo que estaba firmando, de igual manera no puede considerarse que era la parte débil del proceso, por cuanto tenía las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

Enfatizó que, todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por la entidad se encontraban permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente a la demandante se basaba única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad, puesto que la declaratoria ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la sostenibilidad financiera de los demás afiliados, al haber cumplido la actora con los requisitos para pensionarse, por lo que

entraría a beneficiarse de los aportes que los demás afiliados han realizado, además permite que aquellos que por buscar otros beneficios que ofrece el RAIS como lo hizo la promotora del proceso al momento de darse cuenta que no podía acceder a dichos beneficios se vean beneficiados con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de prima media que permanecieron en este régimen.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir, Skandia y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos aportes realizados por la actora en el RAIS, debidamente indexados. Asimismo, se analizará si la llamada en garantía es responsable en las condenas impuestas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Olga Lucia Fuentes nació el 16 de julio de 1961 (f° 25, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculada al ISS realizando aportes pensionales dese el 11 de enero de 1980, hasta 31 de diciembre de 1997, para un total de 359 semanas, según lo consignado en el bono pensional expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (carpeta 10, archivo 5, f° 52, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el **18 de marzo de 2002**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de mayo de la misma anualidad (f° 38 y 61, archivo 14, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que efectuó un traslado horizontal con la AFP Old Mutual – Skandia el 6 de mayo de 2015, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe

analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca

de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–18 de marzo de 2002–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **18 de marzo de 2002**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones

de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negritas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y

además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que el traslado se torne ineficaz, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

De otra parte, cabe señalar que no es obligatorio para esta Sala de Decisión dar aplicación a sentencias proferidas por las Salas Laborales de otros Tribunales del país, como lo pretende el recurrente, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante, máxime cuando el que aquí se acoge, es el vertido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que la AFP privadas, traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Así, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que se despacharán desfavorablemente los reparos que al respecto formularon Porvenir y Skandia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Frente al reparo formulado por Skandia encaminado a que se ordene la devolución de las primas de seguro canceladas por ésta, con cargo a la Mapfre Colombia Vida S.A., se indica que el mismo no está llamado a prosperar, pues a criterio de esta Sala tal reembolso en modo alguno debe ser asumido por la aseguradora, debido a que esta fue ajena a los actos de afiliación y traslado que dieron lugar a la ineficacia que se declara. Sumado a ello, los riesgos asegurados no son otros más que la muerte, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, sin que de allí se desprenda que la aseguradora deba garantizar patrimonialmente las obligaciones impuestas en el presente juicio, dado que su responsabilidad se limita únicamente a las coberturas contratadas, esto es frente la invalidez y sobrevivencia, respecto de la afiliación del promotor de la contienda, al fondo de pensiones Skandia.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Porvenir S.A. en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar también vencida en juicio en tanto tiene que trasladar al RPM las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, primas de seguros

previsionales, entre otros, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A., Skandia y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

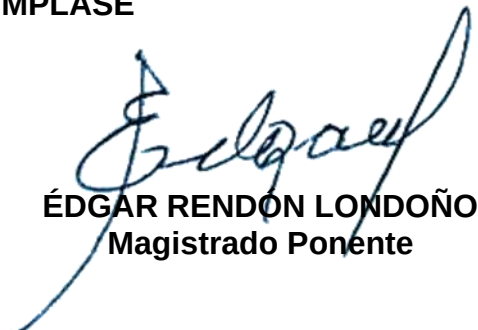
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Skandia y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Skandia y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110012205000202200022-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	DAVID FERNANDO CARVAJAL GARCÍA
DEMANDADOS	- CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN - MEDIMAS EPS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte de CAFESALUD EPS, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 11 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **DAVID FERNANDO CARVAJAL GARCÍA** acude al presente proceso a efectos de que se ordene:

III. PRETENSIÓN

- PRIMERO: ORDENAR a MEDIMAS EPS**, representada legalmente por el señor Julio César Rojas Padilla o por quien haga las veces al momento de la notificación reconozca y pague al señor DAVID FERNANDO CARVAJAL GARCÍA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.039.623.684, las incapacidades generadas con posterioridad al día quinientos cuarenta (540) de incapacidad y las que se sigan generando en lo sucesivo, por las razones antes expuestas.
- SEGUNDO: ADVERTIR a MEDIMAS EPS** que se encuentra facultada para que ejerza su derecho de recobro ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por las razones antes expuestas.

Fundamentó sus pretensiones en que, prestó sus servicios como ayudante de oficios varios en el Consorcio Hidroeléctrico Ituango, que se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones por medio de MEDIMAS EPS y la AFP PROTECCIÓN S.A., y que en abril de 2016, fue intervenido quirúrgicamente por una fractura de tibia y peroné, como consecuencia de una caída desde su propia altura que le ocasionó una incapacidad laboral de más de 540 días y una limitación funcional que le ha impedido reincorporarse a su actividad laboral.

Sostuvo que, la AFP PROTECCIÓN le reconoció los 360 días de incapacidad posteriores a los 180 días, pagados inicialmente por MEDIMAS EPS; que fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 22.25% por enfermedad de origen común y que se estableció como fecha de estructuración 15 de junio de 2017. Acotó que, cumplidos los 540 días de incapacidad, la AFP PROTECCIÓN le informó que la obligación de pagar las incapacidades recaía en MEDIMAS EPS, de acuerdo al artículo 67 de la ley 1753 de 2015, y que por ello no seguiría generando más pagos por las mismas.

Indicó que, presentó solicitud escrita ante MEDIMAS EPS para el reconocimiento de las incapacidades, quien le respondió el 14 de julio de 2017, de forma ambigua respecto al pago de las incapacidades, ello teniendo en cuenta que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, señala de manera expresa que los recursos administrados por la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se destinarán, entre otros, al pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días continuos.

Por último, refirió que ante la negativa de MEDIMAS EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a los 540 días, se puso en inminente riesgo su mínimo vital, seguridad social y su vida en condiciones dignas, que lo llevó a tener que interponer acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, los cuales fueron tutelados en sede de revisión por la Corte Constitucional mediante sentencia T-218 del 5 de junio de 2018, en donde se concedió transitoriamente el amparo y se ordenó el pago de las incapacidades a cargo de MEDIMAS, y a su vez se ordenó acudir a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los 4 meses siguientes, para que se decidiera de fondo y de manera definitiva su situación.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda; indicó que el señor David Fernando Carvajal García tuvo un período de incapacidades de 524 días por enfermedad general por lumbago con ciática, 30 días por diálisis de la tibia y 89

días nuevamente por el diagnóstico de diáfisis de la tibia. Respecto a las incapacidades del 24/05/2017 al 20/08/2017, indicó que procedió a reconocerlas y a liquidarlas de la siguiente manera:

FECHA INICIO	FECHA FINAL	TÍPO INCAPACIDAD	DIAGNOSTICO	DIAS	FACTURA	VALOR
24/05/2017	22/06/2017	Enfermedad General	Lumbago con ciática	30	ILM482364	\$688.520
23/06/2017	22/07/2017	Enfermedad General	Lumbago con ciática	30	ILM453929 - ILM456684	\$737.700
23/07/2017	20/08/2017	Enfermedad General	Lumbago con ciática	29	ILM466684 - ILM482364	\$737.110

Precisó que, las facturas reconocidas y liquidadas correspondientes a los 89 días de incapacidad, serían canceladas por parte de MEDIMAS EPS, en razón a la decisión proferida en auto de fecha 26 de octubre de 2017, dentro del proceso con radicado 250002310002016-01312-00, que cursa en la Sección Primera-Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Respecto a las incapacidades que se generaron entre agosto de 2017 y mayo de 2018, arguyó que están a cargo de MEDIMAS EPS, teniendo en cuenta que es la EPS a la que se encuentra afiliado el señor David Fernando Carvajal García; por lo tanto, es quien tiene que pronunciarse sobre los hechos y peticiones de dichas incapacidades, las cuales se expidieron en vigencia de la prestación de servicios de la EPS antes mencionada.

Manifestó que, el 1 de agosto de 2017, se hizo efectivo el traslado de los afiliados de CAFESALUD EPS a MEDIMAS EPS, en virtud de la Resolución 2426 del 9 de julio de 2017; que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 282 del CGP, se declare cualquier excepción que se encuentre probada dentro del proceso en favor de las pretensiones de CAFESALUD EPS.

MEDIMAS EPS contestó oponiéndose a las pretensiones, y refirió que, el señor David Fernando Carvajal García había solicitado el pago de incapacidades por un período superior a los 540 días, pero que según lo definido por el área de operaciones el usuario lleva a la fecha 441 días, según la siguiente relación:

Nit Afiliado	Nombres Afiliado	Incapacidad No	Fecha Inicio	Fecha Fin	Origen	Dias	Acum	Diagnóstico	No Liquidación	días Liquidados	Valor Liquidado	Estado Liquidación
1039623684	Carvajal García David Fernando	43835	21-ago-17	19-sep-17	Enfermedad General	30	89	M544	281946	30	\$ 737.700	Pagada
1039623684	Carvajal García David Fernando	149017	20-sep-17	18-oct-17	Enfermedad General	29	119	M544	281947	29	\$ 713.110	Pagada
1039623684	Carvajal García David Fernando	210388	19-oct-17	15-nov-17	Enfermedad General	28	148	M544	365695	28	\$ 688.520	Pagada
1039623684	Carvajal García David Fernando	321756	17-nov-17	16-dic-17	Enfermedad General	30	176	M544	424396	4	\$ 98.360	Pagada
1039623684	Carvajal García David Fernando	416591	17-dic-17	14-ene-18	Enfermedad General	29	206	M544	LA INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DÍAS A CARGO DE LA AFP. DECRETO 2643 DE 2001, art 23			
1039623684	Carvajal García David Fernando	493373	20-ene-18	18-feb-18	Enfermedad General	30	235	M544	LA INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DÍAS A CARGO DE LA AFP. DECRETO 2643 DE 2001, art 23			
1039623684	Carvajal García David Fernando	578918	19-feb-18	18-mar-18	Enfermedad General	28	265	M544	LA INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DÍAS A CARGO DE LA AFP. DECRETO 2643 DE 2001, art 23			
1039623684	Carvajal García David Fernando	692625	19-mar-18	17-abr-18	Enfermedad General	30	293	M544	LA INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DÍAS A CARGO DE LA AFP. DECRETO 2643 DE 2001, art 23			
1039623684	Carvajal García David Fernando	773474	21-abr-18	20-may-18	Enfermedad General	30	323	M544	LA INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DÍAS A CARGO DE LA AFP. DECRETO 2643 DE 2001, art 23			
1039623684	Carvajal García David Fernando	852982	21-may-18	19-jun-18	Enfermedad General	30	353	M544	LA INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DÍAS A CARGO DE LA AFP. DECRETO 2643 DE 2001, art 23			
1039623684	Carvajal García David Fernando	922272	20-jun-18	19-jul-18	Enfermedad General	30	383	M544	LA INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DÍAS A CARGO DE LA AFP. DECRETO 2643 DE 2001, art 23			
1039623684	Carvajal García David Fernando	1032236	20-jul-18	16-ago-18	Enfermedad General	28	413	M544	LA INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DÍAS A CARGO DE LA AFP. DECRETO 2643 DE 2001, art 23			
Total Dias Acum							441					

Informó que, el demandante contaba con formato de rehabilitación con pronóstico desfavorable y que por ello era obligación de la A.F.P. reconocer desde los 360 o 540 días continuos de incapacidad temporal para proceder a iniciar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral; sin embargo, a la fecha no se tenía certeza sobre la calificación de pérdida de capacidad laboral emitida al afiliado; destacó que, el subsidio económico por concepto de incapacidades temporales, no se puede convertir en una prestación económica de carácter vitalicia.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, a través del Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 11 de febrero de 2021, decidió:

PRIMERO: RECONOCER personería para actuar dentro del presente proceso al abogado GUILLERMO ALFONSO HERREÑO PÉREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.099.204.431 de Barbosa y portador de la tarjeta profesional No. 209.358 del Consejo Superior de la Judicatura en calidad de apoderada general de CAFESALUD EPS.

SEGUNDO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda presentada por el señor DAVID FERNANDO CARVAJAL GARCIA, en contra de CAFESALUD EPS hoy en liquidación/ MEDIMAS EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD EPS hoy en liquidación efectuar el pago **DOS MILLONES OCHOCIENTOS DIECISÉIS MIL SEISCIENTOS TRES PESOS (\$2.816.603.00) M/CTE.**, con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a MEDIMAS EPS efectuar el pago de **CUATROCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$405.744.00) M/CTE.**, con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

QUINTO: ADVERTIR que la presente sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL - SALA LABORAL - CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

SEXTO: NOTIFICAR la presente sentencia, enviando copia de la misma al apoderado especial de la entidad DEMANDANTE a la dirección calle 8 No. 10-37 del municipio de Liborina Antioquia; al correo electrónico del AGENTE LIQUIDADOR de CAFESALUD EPS y en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación y al representante legal de MEDIMAS EPS. en la dirección notificacionesjurisdiccionales@medimas.com.co y en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

PARÁGRAFO: Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este Despacho, la providencia judicial se publicará en la página web de la entidad.

Como sustento a su decisión, señaló que, el señor David Fernando Carvajal realizaba cotizaciones al Sistema de Seguridad en salud como trabajador independiente, según el ADRES, afiliado a CAFESALUD EPS hasta el 30 de junio de 2017, y posteriormente a MEDIMAS EPS.

Adujo que, las incapacidades expedidas desde el 12 de diciembre de 2015, al 18 de abril de 2016, le fueron reconocidas y pagadas por CAFESALUD EPS, que las incapacidades expedidas hasta los 360 días continuos, es decir, entre el 9 de junio de 2016, al 27 de junio de 2017, habían sido reconocidas y pagadas por la AFP PROTECCIÓN, según oficio del 24 de julio de 2017, con radicado S2011707240027300, allegado al expediente; que terminado el período señalado se habían emitido incapacidades sucesivas al demandante de las cuales solicitaba su reconocimiento y pago, y se determinaban posteriores a los 540 días continuos de incapacidad.

Expuso que, las demandadas coincidían en señalar que las incapacidades no correspondían a los 540 días continuos, pero sin detallar de fondo la razón de su argumento; no obstante, se tenía que el señor David Fernando Carvajal había presentado problemas de salud continuos desde el 12 de diciembre de 2015, sin mejoría evidente, lo cual se encontraba soportado con el oficio emitido por el Fondo de Cesantías Protección en donde se detalló que el actor cuenta con una pérdida de capacidad laboral por enfermedad común el 22.25%, lo cual se corroboraba con la notificación personal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia respecto de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional determinada en el 22,15%, documentos que habían sido aportados por el demandante con radicado Nurc-1-2018-142648.

Relató que, no se encontraba probada ninguna interrupción en la expedición de las incapacidades y, por lo tanto, que la reclamación elevada correspondía a 540 días

sucesivos, por lo que su liquidación debía hacerse conforme a la normatividad existente, no siendo de recibo que MEDIMAS EPS señalará que el demandante tan solo tenía 441 días de incapacidad. Por otro lado, acotó que, con relación a la medida cautelar que se profirió en auto de fecha 26 de octubre de 2017, dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, con radicado 250002310002016-01312-00 por parte de la Sección Primera-Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la misma había sido levantada mediante sentencia del 10 de abril de 2019, y por ende, CAFESALUD EPS, era la responsable del pago de las incapacidades que se hubieran expedido con anterioridad al 1 de agosto de 2017, siempre que las mismas cumplieran con los requisitos para su procedencia; mientras que MEDIMAS EPS, era responsable del pago de las incapacidades que surgieron con posterioridad a la fecha antes señalada.

Agregó que, si el Fondo de Pensiones había reconocido y pagado hasta el 27 de junio de 2017, a CAFESALUD EPS le correspondería el pago desde el 28 al 30 de julio de 2017, es decir, 33 días de incapacidad y que, en el mismo sentido, le correspondería a MEDIMAS EPS el pago de las incapacidades desde el 1 de agosto de 2017, al 20 de mayo de 2018. Recalcó que, frente a las incapacidades que superaban los 540 días, no era claro a qué entidad le correspondía reconocerlas y pagarlas, empero, a partir de la expedición de la Ley 1753 de 2015, se había subsanado ese vacío jurídico indicando que el reconocimiento económico de las mismas estaría a cargo de las EPS y en conclusión el reconocimiento de incapacidades por enfermedades de origen común tenían actualmente los siguientes responsables, quedando claro que las incapacidades que superaban los 540 días se encontraban en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud – EPS.

Concluyó que, del análisis de los elementos probatorios el señor David Fernando Carvajal García se encontraba en calidad de cotizante dependiente, afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud; que el reconocimiento y pago de las incapacidades deprecadas se encontraban en cabeza de las EPS demandadas por corresponder a incapacidades que superaban los 540 días; que había una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 22.15% según dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia; que el demandante no puede optar por la pensión de invalidez por no superar el 50% en su pérdida de capacidad laboral, por consiguiente, no estaba excluido del pago de incapacidades.

RECURSO DE APELACIÓN

CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN apeló la decisión del *a quo*, señalando la necesidad de solicitar la aclaración del fallo respecto de los valores de condena, en razón

a que en la parte motiva se había ordenado el pago de las incapacidades por valor de \$405.744, pero en la parte resolutive del fallo se había cometido el error de combinarse los valores a pagar entre CAFESALUD y MEDIMAS EPS.

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAS	FOLIO	DIAS ACARGO DEL FONDO	DIAS A CARGO DE CAFESALUD	DIAS A CARGO DE MEDIMAS	SALARIO CON EL QUE SE LIQUIDA	OBSERVACION	LIQUIDACIÓN PARA CAFESALUD	LIQUIDACION PARA MEDIMAS
23/06/2017	22/07/2017	29	13	5 (PAGADASI	24	NA	\$ 737.717	HASTA EL 27/6/17 PAGO FONDO DE PENSIONES	\$ 295.087	\$ -
23/07/2017	20/08/2017	29	14	0	9	20	\$ 737.717	RESPONDE MEDIMAS A PARTIR DEL 1/8/2017	\$ 110.658	\$ 245.906
21/08/2017	19/09/2017	30	17	NA	0	30	\$ 737.717	PAGADA POR MEDIMAS	\$ -	\$ -
29/09/2017	18/10/2017	29	18	NA	0	30	\$ 737.717	PAGADA POR MEDIMAS	\$ -	\$ -
19/10/2017	15/11/2017	28	19	NA	0	30	\$ 737.717	PAGADA POR MEDIMAS	\$ -	\$ -
17/11/2017	16/12/2017	30	21	NA	0	30	\$ 737.717	PAGADA POR MEDIMAS solo 4 días	\$ -	\$ 639.355
16/12/2017	14/01/2018	30	22	NA	0	30	\$ 737.717		\$ -	\$ 368.859
20/01/2018	18/02/2018	30	23	NA	0	30	\$ 781.242		\$ -	\$ 390.621
17/02/2018	18/03/2018	30	24	NA	0	30	\$ 781.242		\$ -	\$ 390.621
19/03/2018	17/04/2018	30	25	NA	0	30	\$ 781.242		\$ -	\$ 390.621
21/04/2018	20/05/2018	30	42	NA	0	30	\$ 781.242		\$ -	\$ 390.621
TOTAL									\$ 405.744	\$ 2.816.603

TOTAL, A PAGAR POR CAFESALUD EPS HOY EN LIQUIDACIÓN: CUATROCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$405. 744.00) M/CTE.

TOTAL, A PAGAR POR MEDIMAS EPS: DOS MILLONES OCHOCIENTOS DIECISÉIS MIL SEISCIENTOS TRES PESOS (\$2.816. 603.00) M/CTE.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD EPS hoy en liquidación efectuar el pago DOS MILLONES OCHOCIENTOS DIECISÉIS MIL SEISCIENTOS TRES PESOS (\$2.816.603.00) M/CTE., con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a MEDIMAS EPS efectuar el pago de CUATROCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$405.744.00) M/CTE., con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

De otro lado, señaló que existía carencia de objeto por hecho superado, en razón a que en la contestación de la demanda se había informado que las incapacidades fueron reconocidas y liquidadas, pero que su pago le correspondía efectuarlo a MEDIMAS EPS en virtud de la medida cautelar de urgencia, incluso la liquidación efectuada por la entidad daba un valor mayor al ordenado por el a quo, el cual se relacionaba así:

Documento	Nombre	Fecha inicio	Fecha fin	Factura	Valor pagado
1039623684	DAVID FERNANDO CARVAJAL GARCIA	23/06/2017	22/07/2017	ILM466684	540.980
1039623684	DAVID FERNANDO CARVAJAL GARCIA	23/07/2017	20/08/2017	ILM466684	196.720
					737.700

Enfatizó que, luego de haber dado contestación a la demanda, se había enviado la relación de dichas incapacidades a MEDIMAS EPS para que en virtud de la medida cautelar de urgencia decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos con radicado No. 2500023410002016-01314-00, dada con la finalidad de que MEDIMAS EPS se hiciera cargo del pago de las prestaciones económicas de CAFESALUD EPS había reconocido y liquidado, sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales, decisión que había sido confirmada por el Consejo de Estado en auto del 18 de mayo de 2018; por lo tanto,

ambas EPS ya habían cumplido con la obligación que tenían respecto del pago de dicha prestación económica.

MEDIMAS EPS apeló la decisión del *a quo*; sin embargo, la misma no fue concedida por considerarse que el poder presentado no cumplía con los preceptos del artículo 74 del C.G.P.

ACTUACIONES PROCESALES EN ESTA INSTANCIA

Una vez puesto en conocimiento el presente asunto a esta Corporación, se evidenció que no había sido resuelto por parte del sentenciador de primer grado la solicitud de aclaración de la sentencia presentado por la accionada CAFESALUD EPS en liquidación; por esa razón, mediante providencia del 7 de marzo de 2022, se dispuso a devolver el expediente para que se resolviera lo pertinente.

En Auto No. A2023-000556 DEL 23 de febrero de 2023, el Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación corrigió la sentencia S2021-000113 del 11 de febrero de 2021, aclarando los artículos tercero y cuarto, los cuales quedaron así:

RESUELVE

PRIMERO. -	OBEDEZCASE Y CÚMPLASE lo resuelto por TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA LABORAL , mediante providencia calendada el día 07 de marzo de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
SEGUNDO.-	ACLARAR los artículos TERCERO y CUARTO de la parte resolutive de la sentencia S2021-000113 del 11 de febrero de 2021 , conforme lo expuesto en el presente auto, los cuales quedaran de la siguiente manera: << TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD EPS S.A. (hoy liquidada), efectuar el pago de CUATROCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$405.744.00) M/CTE , con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. CUARTO: ORDENAR a MEDIMAS EPS S.A.S. (hoy en liquidación) efectuar el pago de DOS MILLONES OCHOCIENTOS

Expediente: J-2018-1649

	DIECISEIS MIL SEISCIENTOS TRES PESOS (\$2.816.603,00) M/CTE. , con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.>>
TERCERO.-	ADVERTIR A SECRETARIA DEL DESPACHO que una vez en firme la presente decisión, devuelva el expediente al TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA LABORAL para surtir el recurso de alzada conforme se concedió en auto A2021-002936 del 30 de septiembre de 2021.

CUARTO.-	NOTIFICAR el presente auto enviando copia del mismo a la parte DEMANDANTE a la dirección calle 8 No. 10-37 del municipio de Liborina Antioquia; y a los DEMANDADOS CAFESALUD EPS S.A. (hoy liquidada) a través de su mandataria ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S., a las siguientes direcciones de correo electrónico: atebolucionesempresariales@gmail.com contacto@atebsoluciones.com fnegret@negret-avc.com; info@negre-avc.com; MEDIMAS EPS S.A.S. (hoy en liquidación) y a su Agente Liquidador Faruk Urrutia Jalilie, al correo electrónico registrado en el certificado de existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá notificacionesjudiciales@medimas.com.co ; y/o a las direcciones registradas ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE	
	

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: **i)** si la EPS CAFESALUD en liquidación debe responder por las incapacidades impuestas en primera instancia.

En tal sentido, se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el numeral 3, literal b.) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor David Fernando Carvajal García ha estado incapacitado por enfermedad común desde el 12 de diciembre de 2015; **ii)** que las incapacidades hasta el 16 de abril del año 2016, fueron reconocidas por CAFESALUD EPS; **iii)** que las incapacidades hasta los 360 días continuos, es decir, entre el 9 de junio de 2016, hasta el 27 de junio de 2017, fueron reconocidas por la AFP PROTECCIÓN; **iv)** que el actor se encuentra diagnosticado por las patologías de fractura de la diáfisis de la tibia y lumbago no especificado; **v)** que fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia el 9 de noviembre de 2017, en donde se determinó una pérdida de capacidad laboral del 22,15% de origen común, con fecha de estructuración 15 de junio de 2017; y **vi)** que después del 27 de junio de 2017, se han expedido incapacidades que superaran los 540 días continuos.

Del pago de las incapacidades médicas por enfermedades de origen común.

El Sistema General de Seguridad Social establece el reconocimiento y pago de incapacidades médicas, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad laboral, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve

mermada. Así, el pago de las incapacidades se asignó según el subsistema al cual pertenezca el riesgo o contingencia, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Entonces, cuando se trata de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad, radica en diferentes actores del sistema dependiendo de su extensión en el tiempo, de la siguiente manera:

Conforme al parágrafo 1º del artículo 3.2.1.10 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, el pago de los dos primeros días corresponde al empleador y a partir del tercer día a la EPS a la que se encuentre afiliada la persona, esto en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que indican que entre el día tres (3) y el día ciento ochenta (180) estarán a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, además el trámite para su reconocimiento ante la EPS está en cabeza del empleador (artículo 121 Decreto 019 de 2012).

Cuando la incapacidad supera el día 181 y hasta el día 540, de acuerdo con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, esta quedará a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que se cuente con concepto de rehabilitación por parte de la EPS, con independencia de que este sea favorable o Desfavorable, aspecto que ya ha sido objeto de pronunciamiento y por ende definido jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia **T 246-2018**, en donde además precisó el responsable del pago de las incapacidades a partir del día 541, en la cual se indicó:

En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad² radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de la misma, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012³, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador⁴.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación⁵, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación⁶.

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación – sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”⁷. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador⁸. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible i) que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%⁹, evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, o ii) que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que “el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”¹⁰. En otras palabras, en este último evento, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹¹.

No obstante lo anterior, es factible que a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y por tanto, los asegurados incursos en estas circunstancias, antes de la promulgación de la **Ley 1753 de 2015**¹² –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío legal que adolecía el Sistema General de Seguridad Social fue efectivamente superado con la ley en comento, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debían asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

“ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:
(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.” (Resaltado de la Sala)

De la norma transcrita se advierte i) que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y ii) que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017¹³. En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que conforme al texto normativo transcrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015¹⁴, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene elucidar y reiterar, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada¹⁵. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Frente a la anterior regla, existe una excepción, y es que la EPS no hubiese emitido el concepto de rehabilitación entre los primeros 180 días de incapacidades, caso en el que será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Resumen:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Fuente sentencia CC T-401-2017.

Siguiendo lo anteriormente expuesto, no cabe duda que son las EPS accionadas las responsables en pagar las incapacidades solicitadas al haber superado los 540 días.

Ahora bien, se tiene que el *a quo* en su decisión sostuvo que teniendo en cuenta la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección A, el 10 de abril de 2019, debía entenderse que CAFESALUD EPS es la responsable de las incapacidades expedidas antes del 1 de agosto de 2017, aspecto que es el que discute el recurrente, pues en su sentir, teniendo en cuenta la medida cautelar de urgencia decretada por esa misma Corporación dichas incapacidades están en cabeza de MEDIMAS EPS.

A fin de dirimir la controversia, resulta pertinente traer a colación la sentencia del 10 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Primera – Subsección A, dentro del proceso No. 25000234100020170088500, de allí se extrae que en su ordinal cuarto se ordenó: «*CUARTO. - LEVÁNTENSE las medidas cautelares decretadas en los autos de 13 de octubre de 2016 y 26 de octubre de 2017 y 29 de noviembre de 2017*». Cabe resaltar que una de las medidas cautelares que se estableció dentro del auto del 13 de octubre de 2016, consistió en que se ordenará a MEDIMAS EPS a efectuar el pago de las incapacidades reconocidas por CAFESALUD EPS, sin exigirse al usuario la realización de trámites adicionales.

Empero, al haberse levantado dicha medida el 10 de abril de 2019, se entiende que las incapacidades que se hubieran expedido por CAFESALUD EPS antes del 1 de agosto de 2017, y que no se han reconocido aún por parte de MEDIMAS EPS, están a su cargo, teniendo en cuenta que fue a partir de dicha data (01/08/2017), que la mencionada EPS MEDIMAS comenzó a operar (Resolución 2426-2017, Superintendencia Nacional de Salud), de manera que, le asiste razón al Juez en su decisión.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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 decisión de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través del Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, proferida el 11 de febrero de 2021, conforme a los razonamientos expuestos en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105036202200403-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DIANA PATRICIA MORALES RAMÍREZ
DEMANDANDO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Diana Patricia Morales Ramírez**, se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Porvenir S.A, por omisión al deber de información, en consecuencia, se **ordene** a esta trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación

al RPM y actualizar su historia laboral, a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 3, carpeta 1ª inst, exp. Digital), señaló en síntesis, que nació el 7 de agosto de 1974; que se afilió al ISS para pensión desde el 26 de octubre de 1992, hasta el 31 de mayo de 1995; que en la actualidad se encuentra trabajando en la Cámara de Comercio de Bogotá; que el 31 de mayo de 1995, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, pero que no fue asesorada o informada por ese fondo, de manera consciente sobre ese traslado, ni le realizaron ningún tipo de estudio sobre el impacto y el alcance que tendría para ella ese cambio, que no le hicieron una proyección de lo que sería su mesada en el RAIS, no le explicaron los beneficios del RPM ni que los perdería; que no le indicaron acerca de la negociación de su bono pensional y que debía tener un capital mínimo suficiente para acceder a una eventual pensión. Agregó que, en caso de haber conocido las implicaciones que esa decisión le traería a futuro no habría autorizado el cambio de régimen pensional.

Dijo que, el 20 de mayo de 2022, la AFP Porvenir S.A. le entregó una proyección de su mesada pensional indicándole que a los 57 años esta sería de \$1.752.800; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, entidad que el 07 de julio de 2022 rechazó el traslado de régimen por estar a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que se afilió al ISS donde aportó durante las fechas indicadas; que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban, por ser situaciones ajenas a esa entidad o porque se atenía a la prueba documental.

Propuso como excepciones de fondo, las 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 y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, sostuvo que no eran ciertos o que no le constaban por corresponder a otra entidad. Aclaró que la parte actora se vinculó a esa AFP en 1995, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, dejando claro su consentimiento y aceptación de querer vincularse con esa sociedad; que brindó una asesoría integral y completa sobre el régimen general de pensiones.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en virtud de los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y CSJBTA23-15 del 22 de marzo de 2023, quien mediante sentencia 16 de junio de 2023 (archivo 20-21 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por DIANA PATRICIA MORALES RAMÍREZ con destino a la AFP Porvenir SA, el 16 de mayo de 1995; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de

permanencia de la actora en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP PORVENIR SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en el ordinal anterior y a mantener la afiliación de DIANA PATRICIA MORALES RAMIREZ como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colpensiones y a la AFP Porvenir SA. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un smlmv a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

Fundamentó su decisión, en que una vez examinado el acervo probatorio, no obra medio de convicción alguno que demuestre que efectivamente la AFP Porvenir S.A al momento de acoger como afiliada a la actora le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que constituye omisión en su deber de información y que el solo hecho de brindar algunas características de dicho régimen no convalida la obligación de dar una información detallada, precisa y clara.

Expuso que, la AFP Porvenir S.A. no demostró haber realizado una asesoría posterior a dicha afiliación y la simple expresión *«hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones, la escogencia al régimen de ahorro individual con solidaridad»*, no acredita el cumplimiento de la obligación exigible a la AFP ni la información dada previo al traslado de régimen, ya que, este formulario correspondía a una proforma, en la que nada se decía del derecho de retracto que tenía dentro de los 5 días hábiles siguientes a la manifestación, consagrado en el artículo 3 del decreto 1161 de 1994.

En cuanto a lo expuesto por Colpensiones, indicó que no era discutible que en la actualidad la accionante contaba con más de 47 años; sin embargo, lo que se debatía en esta oportunidad era la ineficacia del traslado realizado el 16 de mayo de 1995, con destino a la AFP Porvenir, por lo que no fueron de recibo sus argumentos.

Manifestó que, al dejarse sin valor ni efecto el traslado inicial al RAIS, ello traía como consecuencia inmediata la restitución de las cosas a su estado original, por lo que la AFP debía devolver los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por concepto de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados con el fin de no perder el poder adquisitivo de la moneda.

Aclaró que, no se puede considerar un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del régimen de prima media con prestación definida, es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a este.

Finalmente expuso que la ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por guardar este asunto, una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que la jurisprudencia ha indicado que es imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES sustentó el recurso de apelación en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por consagrar esta una prohibición de traslado de régimen pensional cuando al afiliado le falta 10 años o menos para llegar a la edad mínima de pensión, situación que se configuraba en este asunto, pues su solicitud de traslado se impetró en el año 2021 después de contar con más de 47 años de edad.

Expuso que, la demandante tenía la carga de asesorarse y tomar decisiones frente a su futuro pensional respecto de cuál de los dos regímenes le convenía más, esto antes de llegar a sus 47 años de edad, lo cual no hizo; que Colpensiones no ha tenido injerencia alguna en las decisiones que la actora ha tomado de cara al tema pensional.

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación de forma parcial frente a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior por considerar que conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las AFP estaban autorizadas a descontar mensualmente de la cotización del afiliado los conceptos referidos en los porcentajes indicados en la citada norma.

Expuso que, el artículo 113 de la misma normatividad, establecía que cuando se hacía un traslado del RAIS al RPM, solo debía transferirse «*el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos*», lo que impedía que se ordenara la devolución de sumas diferentes a la allí referidas, porque las mismas no hacían parte integral de la pensión ni entraban a financiar esta, por lo que condenar a esa AFP a pagar valores adicionales constituía un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y en detrimento de Porvenir S.A.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora DIANA PATRICIA MORALES RAMÍREZ nació el 07 de agosto de 1974; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 26 de octubre de 1992, hasta el 31 de

mayo del 1995, un total de 77,57 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 03 de noviembre de 2022 (f.º 406 archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii*) que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir mediante formulario de vinculación firmado el **16 de mayo de 1995**, con efectividad a partir del 01 de junio de igual año y allí permanece hasta la fecha (f.º 65 y 90 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado esa Corporación que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los

regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o

diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-16 de mayo de 1995 -**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a

elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 16 de mayo del 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz

por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido en el mismo régimen desde el año 1995, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido

debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Tampoco puede admitirse que porque actualmente está inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año **1995**; el hecho que se hubiese permanecido en el RAIS no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de continuar «en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte del fondo de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que la AFP privada, traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado,

junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones y Porvenir, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el 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 emitida por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de junio de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Colpensiones y Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105035202100254-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ERNESTO OCHOA DUEÑAS
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor ERNESTO OCHOA DUEÑAS se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle una pensión de vejez a partir del 14 de junio de 2007, al retroactivo causado, a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carp 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que nació el 14 de junio de 1947; que sufre de enfermedad renal crónica estadio V, con hemodiálisis desde el año 2018, hipertensión arterial, diabetes mellitus insulino dependiente, tiene antecedentes de problema cerebro vascular y patología cardíaca con disminución FE, que además cuenta con manejo médico de diálisis 3 veces a la semana, ácido fólico, hidróxido de aluminio, atorvastina, beclometasona, calcitriol, carvediol, insulina glargina, linagliptina, losartan y omeprazol.

Narró que, acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez desde el 14 de junio de 2007, data en la que cumplió 60 años de edad y más de 1.000 semanas cotizadas exclusivamente al ISS; que el 02 de abril de 2013, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de esa prestación, pero le fue negada mediante Resolución GNR

240836 del 26 de septiembre de 2013, porque solo le aparecían reflejadas 872 semanas; que el 04 de julio de 2018, solicitó a Colpensiones se corrigiera su historia laboral sobre todo teniendo en cuenta el tiempo del empleador DORALBA GARCÍA DE PACHECO, quien no había pagado bien los ciclos, y mediante comunicado BZ 2018_7714953-7692546 del 18 de julio de 2018, esa entidad le informó que el empleador DORALBA GARCÍA DE PACHECO había efectuado pagos insuficientes para cubrir los pagos de las cotizaciones, y que por lo tanto se iban a iniciar las acciones de cobro contra el aportante relacionado, pero que la posibilidad de éxito era baja. No obstante, Colpensiones nunca le informó el avance ni el resultado de tales gestiones, y mucho menos tuvo en cuenta esas cotizaciones en su historia laboral.

Expuso que, el 14 de enero de 2020, radicó nuevamente solicitud de corrección de historia laboral, pero Colpensiones mediante comunicado BZ2020_495198-0098264 del igual calenda señaló que la referida corrección estaba en trámite; que a través de dictamen se le calificó con una pérdida de la capacidad total final del 75.32%, donde se concluyó que cuenta con una enfermedad degenerativa, progresiva y crónica en un estado muy avanzado, con fecha de estructuración del 22 de junio de 2018; que Colpensiones expidió historia laboral el 06 de abril de 2020 donde certifica que cuenta con 981,14 semanas al 30 de julio de 2004, pero sin tener en cuenta 461 días de cotizaciones en mora por el empleador DORALBA GARCÍA DE PACHECO, con las cuales cumpliría con suficiencia la semanas mínimas exigidas por la ley para la pensión de vejez.

Indicó que, interpuso acción de tutela en contra de Colpensiones, la que le correspondió al Juzgado 16 Administrativo de oralidad del Circuito Judicial de Bogotá bajo el radicado 2020-127 donde mediante fallo del 22 de septiembre de 2020, se ampararon sus derechos fundamentales, y se ordenó a la accionada expedir *«el acto administrativo por medio del cual se reconozcan las cotizaciones de la relación laboral demostradas por este entre los meses de abril de 2003 y julio de 2004 y una vez realizada esa incorporación, se estudie si el mencionado ciudadano tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y en caso que cumpla la densidad de semanas mínimas y la edad requerida, disponga su reconocimiento, pago e incluya la prestación en nómina de pensionados (...)»*, orden que fue confirmada mediante sentencia del 30 de octubre de 2020 emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección C.

Expresó que, Colpensiones mediante Resolución SUB 263552 del 3 de diciembre de 2020, le otorgó la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2020, en cuantía inicial de un SMMLV; sin embargo, no le reconoció retroactivo pensional; que el 05 de

marzo de 2021, solicitó ante esa entidad el pago del mismo, pero fue negado a través de la Resolución SUB 104127 del 4 de mayo de 2021.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 13, carp 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que el 2 de abril de 2013, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución GNR 240836 del 26 de septiembre de 2013, la comunicación BZ 2018_771 4953-7692546 del 18 de julio de 2018, y su contenido; que el 14 de enero de 2020, solicitó nuevamente la corrección de su historia laboral y la respuesta dada mediante comunicado BZ2020_4951 98-0098264 de igual calenda, que le dictaminaron una PCL del 75,32% por una enfermedad degenerativa, progresiva y crónica con fecha de estructuración del 22 de junio de 2018; que en la historia laboral del 06 de abril de 2020 se le certificó 981,14 semanas sin tener en cuenta las 65,85 semanas en mora del empleador Doralba García de Pacheco, la acción de tutela radicado 2020-127 y la orden allí impartida, que en cumplimiento de ello emitió la Resolución SUB 263552 del 3 de diciembre de 2020, reconociendo la pensión de vejez del demandante, a partir del 1 de diciembre de igual año, en cuantía inicial de un SMMLV; que se agotó la reclamación administrativa; a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos.

Explicó que, una cosa era la causación de la pensión de vejez y otra muy diferente la fecha de efectividad; que en ese asunto, la prestación se causó a partir del 14 de junio de 2007, pero su efectividad fue a corte de nómina como se observaba a través de la Resolución SUB 263552 del 3 de diciembre de 2021, mediante la cual se dio cumplimiento al fallo de tutela proferido el 22 de septiembre de 2020, reconociendo pensión de vejez del demandante a partir del 01 de diciembre de 2020, al no encontrar reporte de la novedad de retiro con el ultimo empleador, por lo que la fecha de efectividad que se aplicó fue la de la inclusión en nómina de pensionados.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho al retroactivo pretendido, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, prescripción y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 09 de marzo de 2022 (archivo 18-19 carp 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO.- CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a reconocer a favor del señor ERNESTO OCHOA DUEÑAS la suma de \$28'400.633,26 por concepto de retroactivo pensional causado a partir del 31 de mayo de 2018 al 30 de noviembre de 2020.

SEGUNDO.- CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colombiana COLPENSIONES a pagar a la demandante los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 31 de mayo de 2018, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de este providencia.

TERCERO.- LIQUÍDENSE por secretaria las costas procesales, fijando desde ya la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho.

CUARTO.- Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás propuestas por COLPENSIONES.

QUINTO.- En caso de no ser apelada la presente sentencia, consúltese con el superior.

El a quo empezó por referir que en este asunto se encontraba probado que mediante Resolución SUB 263552 del 03 de diciembre de 2020, se le reconoció la pensión de vejez al actor a partir del 01 de esa calenda, en cuantía de \$877.803 pesos, aplicando los parámetros de la Ley 71 de 1988 por ser beneficiario del régimen de transición.

Señaló que, para determinar si al demandante se le adeudaba el retroactivo pretendido, debía establecer la fecha de causación y disfrute de la pensión de vejez. Citó el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, el cual exigía 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y 60 años de edad o más para los hombres.

Adujó que, conforme el registro civil de nacimiento del actor, este había nacido el 14 de junio de 1947 alcanzando sus 60 años de edad en la misma calenda del año 2007; y respecto del tiempo de servicios, sostuvo que conforme el material probatorio se tenía que:

- Ejército Nacional del 15/08/1967 al 15/08/1969, total 721 días.
- Beneficencia de Cundinamarca del 14/04/1971 al 10/03/1982, total de 3987 días.
- ISS certificó 390.29 semanas, último aporte el 31 de julio de 2004.

Dijo que, el total de servicios acreditados por el actor eran de 20 años, 8 meses y un día, concluyendo que este acreditaba los requisitos exigidos por la Ley 71 de 1988, al momento en que alcanzó la edad, esto era, el 14 de junio de 2007.

Respecto del disfrute de la prestación, recalcó que era necesario el retiro del sistema, pero que cuando esta no se realiza, podía inferirse de la ocurrencia de varios hechos, como, por ejemplo, por la falta de cotizaciones, por ende, cuando se cumpla con los requisitos para pensión esta debía reconocerse a partir del día siguiente a la fecha del retiro o de la última

cotización, de acuerdo con los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990; que en el sub lite el actor para el momento de la causación de la prestación, también acreditaba los presupuestos para su disfrute, por ello debió ser reconocida desde el 14 de junio de 2007.

De otro lado, revisó la excepción de prescripción, advirtiendo que a partir del 14 de junio de 2007, el actor contaba con 3 años para reclamar su derecho, sin embargo, lo hizo solo hasta el 02 de abril de 2013 según la Resolución GNR 24836 del 26 de septiembre de 2013 a través de la cual se negó la prestación; que fue con la presentación de esta demanda el 31 de mayo de 2021, que interrumpió la prescripción, por lo que declararía ese fenómeno respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 31 de mayo de 2018. Agregó que, al liquidar el retroactivo generado entre esa última data y el 30 de noviembre de 2020, arrojaba una suma total de \$28.400.633,26.

Respecto de los intereses moratorios estimó que estos se causaban por la tardanza injustificada del derecho pensional; que en este asunto había lugar a ordenar los mismos, porque la prestación se había adquirido desde el 14 de junio de 2007, pero Colpensiones se había negado a reconocer esta, pese a que el 02 de abril de 2013 el demandante solicitó su pago, por lo que, dichos intereses se generaron desde el 02 de agosto de igual año, pero por efectos de la prescripción ordenaría su pago desde el 31 de mayo de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2020.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación insistiendo en que para el momento en que solicitó la pensión de vejez el actor no acreditaba la densidad de semanas exigidas por la Ley 71 de 1988; que el reconocimiento pensional se había realizado en cumplimiento de una orden de tutela de fecha 22 de septiembre de 2020.

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación únicamente respecto de la fecha a partir de la cual debía pagarse el retroactivo pensional y los intereses moratorios, por considerar que debía ser desde el 03 de diciembre de 2017, porque la Resolución SUB 263552 era del 03 de diciembre de 2020, por ende, con ella se había interrumpido la prescripción; además, la demanda se había radicado antes de los 3 años desde dicha fecha, o en su defecto debía tenerse en cuenta que la reclamación administrativa se realizó el 05 de marzo de 2021.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en

favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, la fecha de disfrute de la pensión reconocida al actor mediante Resolución SUB 263552 del 3 de diciembre de 2020, si hay lugar a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y desde qué fecha debe contarse el término prescriptivo.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que mediante sentencia de tutela emitida el 22 de septiembre de 2020, por el Juzgado 16 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá se ordenó a Colpensiones expedir el *«acto administrativo por medio del cual se reconozcan las cotizaciones de la relación laboral demostradas por este entre los meses de abril de 2003 y julio de 2004 y una vez realizada esa incorporación, se estudie si el mencionado ciudadano tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y en caso que cumpla la densidad de semanas mínimas y la edad requerida, disponga su reconocimiento, pago e incluya la prestación en nómina de pensionados»*, la cual fue confirmada el 30 de octubre de igual año por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera-Subsección C; *ii)* que al señor ERNESTO OCHOA DUEÑAS mediante Resolución SUB 263552 del 3 de diciembre de 2020, Colpensiones le reconoció pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta 1.047 semanas, sobre un SMMLV, esto es \$877.803 efectiva a partir del 1° de diciembre de 2020; y *iii)* que el 5 de marzo de 2021, solicitó ante Colpensiones bajo el radicado 2021_2629625 el reconocimiento del retroactivo pensional, pero esa entidad a través de la Resolución SUB 104127 del 4 de mayo de 2021 negó lo pretendido.

Como quiera que en este caso no hay discusión frente a que el actor es beneficiario del régimen de transición y que su prestación pensional se reconoció conforme la Ley 71 de 1988, esta Sala solo verificará la fecha de causación y disfrute de dicha prestación a efectos de establecer el retroactivo pensional.

Al respecto el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 señala: *«La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo»*; por su parte el artículo 35 del mismo reglamento dispone: *«Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el*

retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión».

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha sostenido que, excepcionalmente la data del disfrute de la prestación puede ser diferente a la novedad de retiro o desafiliación, cuando por ejemplo el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada en tiempo; o, también, en contextos en los cuales **la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema**. En sentencia CSJ SL3657-2020 se explicó:

Finalmente, procede la Corte a decidir el recurso de apelación que formuló la demandante, relacionado con la fecha de causación de la prestación y la condena en costas a su cargo y en favor de Colfondos.

*Con relación al primer punto, **a pesar de no existir evidencia alguna de la desvinculación formal del sistema, es posible establecer que la convocante tuvo la intención de desafiliarse** desde febrero de 2013, pues fue en esa **data en la que realizó la última cotización** y, poco después -23 de junio de 2013-, interpuso la demanda, mediante la cual solicitaba el reconocimiento de la pensión de vejez, situaciones de las cuales es viable inferir su propósito de dejar de realizar aportes al Sistema de Seguridad Social. Por esa razón, la prestación debe empezarse a pagar a partir del 1.º de marzo de 2013, punto en el que se modificará lo dispuesto por el juez de primer grado. (negritas y subrayas fuera del texto original)*

En este asunto, debe de indicarse que el actor causó su derecho desde el 14 de junio de 2007, data en que cumplió 60 años de edad y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo, ya que, nació el 14 de junio de 1947, y realizó los siguientes aportes:

DESDE	HASTA	EMPLEADOR O ADMINISTRADORA	SEMANAS
15/08/1967	15/08/1969	Ejército Nacional	103
14/04/1971	10/03/1982	Beneficencia de Cundinamarca	561
01/01/1967	31/07/2004	ISS-Colpensiones	390,29
TOTAL SEMANAS			1.054,29

Tal y como se puede observar el último aporte realizado fue el **31 de julio de 2004**, con el empleador Doralba García de Pacheco, quien no reportó la novedad de retiro; sin embargo, dado que esta es la última cotización y que posteriormente el 02 de abril de 2013, el actor solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, es posible establecer su intención de desafiliación del sistema desde el 31 de julio de 2004.

Asi las cosas, el actor causó su derecho a la pensión de vejez conforme la Ley 71 de 1988 a partir del **14 de junio de 2007**, data en que también debía empezar a disfrutarse la misma, pues la última semana efectivamente cotizada para ese riesgo fue

el 31 de julio de 2004, conducta que denotó su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema.

Ahora bien, aun cuando Colpensiones alega en su recurso de apelación que el demandante solo acreditó el requisito de los 20 años de servicios con lo ordenado en el fallo de tutela de fecha 22 de septiembre de 2020, advierte esta Sala que ello no fue así, pues aunque la referida providencia le ordenó tener en cuenta para efectos de contabilizar las semanas válidas para pensiones los ciclos de abril de 2003 a julio de 2004, esto ocurrió porque Colpensiones no demostró haber ejercido las acciones que le otorgaba la Ley 100 de 1993, para el cobro de esos aportes; por ende, también le ordenó adelantar las gestiones administrativas encaminadas a hacer el cobro de dichos ciclos a la ex empleadora señora Doralba García de Pacheco.

Así las cosas, la sentencia de tutela la cual hace tránsito a cosa juzgada, ordenó a Colpensiones tener en cuenta para efectos de contabilizar las semanas válidas para pensiones los ciclos de abril de 2003 a julio de 2004, los que deben ser contabilizados en esa data y no en otra, pues la omisión en el cobro de estos recae en cabeza de Colpensiones, lo cual no puede afectar de ninguna manera el derecho del demandante.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró que la fecha de disfrute de la prestación era a partir del **14 de junio de 2007.**

En lo que tiene que ver con la excepción de prescripción se tiene que conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, esta se contará desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, aclarando que el simple reclamo por parte del afiliado de la prestación o derecho, interrumpirá la misma pero solo por un lapso igual, como lo señalan dichas disposiciones.

En el sub lite la causación y disfrute del derecho se dio desde el 14 de junio de 2007, pero el promotor del litigio solo reclamó el reconocimiento de su pensión de vejez, el 2 de abril de 2013, el que fue negado por Colpensiones mediante Resolución GNR 240836 del 26 de septiembre de 2013; posteriormente el 9 de septiembre de 2020, presentó acción de tutela pretendiendo entre otras cosas, el reconocimiento de su pensión, lo cual prosperó y en cumplimiento de la orden de tutela allí impartida se expidió la Resolución SUB 263552 del 3 de diciembre de 2020, concediendo la pensión de vejez a partir del 1 de igual calenda; luego el 5 de marzo de 2021, el actor solicitó el otorgamiento pensional desde junio de 2007, pero a través de la Resolución SUB 104127 del 04 de mayo de 2021, se negó lo pretendido; finalmente el 31 de mayo de 2021, radicó esta acción.

Conforme lo anterior, se tiene que la primera reclamación interrumpió la prescripción de las mesadas causadas a partir del 2 de abril de 2010; no obstante, dado que no presentó la acción ordinaria dentro de los tres años siguientes, esto es hasta el 2 de abril de 2016, dichas mesadas quedaron afectadas del fenómeno de la prescripción.

La segunda reclamación que tiene la virtualidad de interrumpir el fenómeno de la prescripción es la acción de tutela presentada el 9 de septiembre de 2020, asignada por reparto al Juzgado 16 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., dado que en ella se pretendió se ampararan unos derechos fundamentales, y se «ordene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de mi poderdante a la que tiene derecho, incluyendo el retroactivo correspondiente a las mesadas no pagadas a partir del 14 de junio de 2007 junto con los intereses de mora», acción que fue notificada a Colpensiones quien contestó el escrito de tutela.

Lo anterior encuentra respaldo en lo explicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL4554-2020 donde indicó:

En esa dirección, nótese que los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social estipulan que «el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador», sobre un derecho individualizado interrumpe la prescripción hasta por un lapso igual al inicialmente señalado.

Al respecto, esta Sala ha adoctrinado que con ese «reclamo escrito» lo que el legislador pretendió fue que el empleador ante el eventual inicio de un proceso judicial hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el trabajador pretendía que le fueran canceladas. De modo que ese «simple reclamo por escrito» puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural, como por ejemplo en actas de conciliación. (...)

(...)

Conforme lo anterior, a juicio de la Corte, en estricto sentido una demanda ejecutiva sí puede tener la capacidad de cumplir la formalidad de los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pero siempre que (i) en su contenido se advierta de forma clara, concreta y determinada el derecho reclamado, de modo que el empleador tenga claridad sobre lo pretendido, y (ii) que tal acción sea conocida por éste en los términos legales, esto es con arreglo a lo dispuesto en el artículo 108 ibidem, en concordancia con el 335 del Código de Procedimiento Civil, que a su vez fue modificado por el 35 de la Ley 794 de 2003 (...).

(...)

En el asunto que se analiza, como se explicó, no se discute que el actor presentó demanda ejecutiva contra la accionada el 25 de mayo de 2005 con el fin que se le reconocieran las diferencias pensionales entre el 21 de diciembre de 1994 al 31 de diciembre de 2002, de modo que el reclamo judicial está debidamente determinado y coincide plenamente con el objeto de discusión en este caso.

Acogiendo el anterior criterio jurisprudencial, se tiene que en el sub lite la acción de tutela se radicó el 9 de septiembre de 2020, por ende, con esta se interrumpió la

prescripción de las mesadas causadas a partir del **9 de septiembre de 2017**, en consecuencia, se modificará la decisión de primera instancia en este sentido, disponiendo el reconocimiento del retroactivo pensional desde el 1 de septiembre de 2017, es decir en forma completa dado que la causación de esa mesada, es el 30 de septiembre, y su exigibilidad el 1 de octubre, como lo reiteradamente lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, la liquidación de esta prestación quedará así, para lo cual se tuvo en cuenta que la mesada pensional equivalía a un SMMLV, en 14 mesadas pensionales y que debía ser calculada hasta el 30 de noviembre de 2020.

PERIODO		VALOR MESADA	# MESADA	TOTAL
DESDE	HASTA			
01/09/2017	31/12/2017	\$737,717.00	5	\$ 3,688,585.00
01/01/2018	31/12/2018	\$781,242.00	14	\$ 10,937,388.00
01/01/2019	31/12/2019	\$828,116.00	14	\$ 11,593,624.00
01/01/2020	30/11/2020	\$877,803.00	13	\$ 11,411,439.00
TOTAL RETROACTIVO PENSIONAL CAUSADO ENTRE EL 09/09/2017 Y EL 30/11/2020				\$ 37,631,036.00

Así las cosas, se modificará el numeral primero de la sentencia de primera instancia únicamente frente al retroactivo pensional causado entre el 09 de septiembre de 2017 y el 30 de noviembre de 2020, el cual asciende a la suma de \$37.631.036.

INTERESES DE MORA

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que regula los intereses moratorios, así:

ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. 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 efectuó el pago.

Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que en principio deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio; así se explicó por la referida Corporación en sentencia CSJ SL2037-2023:

Finalmente, en lo que respecta a la condena impuesta por intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es de recordar que la Corte, ha considerado que estos no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio, por lo que proceden siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independiente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares en las instancias administrativas, en la medida que con ellos se pretende compensar económicamente y aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación.

Y, si bien se ha estimado que pueden existir salvedades que exoneran de su imposición, siempre y cuando fluyan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales (CSJ SL3130-2020), para el presente caso no se verifica que la omisión en el reconocimiento del retroactivo pensional tuviera amparo en el ordenamiento legal vigente o nos encontremos ante un cambio jurisprudencial.

Conforme lo anterior, la imposición de intereses de mora, no procede cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan les es imposible predecir (CSJ SL3087-2014, CSJ SL11234-2015, CSJ SL8614-2017).

Acorde con lo expuesto, en el *sub examine* dichos intereses resultan procedentes puesto que mediante la Resolución SUB 263552 del 3 de diciembre de 2020, al promotor del litigio le fue reconocida su pensión de vejez a partir 1° de igual calenda, cuando la misma debió reconocerse desde su causación, esto es, 14 de junio de 2007, y ante la primera reclamación que realizó el actor el 2 de abril de 2013; no obstante, en ese momento Colpensiones mediante Resolución GNR 240836 del 26 de septiembre de 2013, negó el derecho, con el argumento de que no cumplía con el tiempo de servicio requerido, ante lo cual el demandante se vio conminado a iniciar el trámite de la corrección de la historia laboral y finalmente a interponer una acción de tutela para que esa entidad le diera solución a su caso y así lograr el reconocimiento de una prestación que estaba causada desde el 14 de junio de 2007, incluso acudió a la justicia ordinaria radicando esta acción el 31 de mayo de 2021.

En este orden, se evidencia entonces que Colpensiones fue negligente no solo al no iniciar las acciones de cobro de los aportes en mora del actor, sino también ante las peticiones que realizó el señor Ochoa el 04 de julio de 2018 y el 14 de enero de 2020 tendientes a que se corrigiera su historia laboral.

Entonces, como quiera que para el 2 de abril de 2013, data en que el promotor del litigio solicitó por primera vez su pensión de vejez ya tenía cumplidos los requisitos para

acceder a ella, debió reconocer la misma en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, pero como ello no fue así, deberá pagar los intereses moratorios a partir del 2 de agosto de 2013; no obstante, como en este asunto prosperó de forma parcial la excepción de prescripción, esta también cubre los intereses bajo estudio; por lo tanto, los mismos se deben reconocer y pagarse desde el 9 de septiembre de 2017, y el 30 de noviembre de 2020, sobre las mesadas adeudadas, y a partir del 1 de diciembre de 2020 Colpensiones deberá pagar la indexación del capital adeudado hasta la fecha efectiva de su pago.

En consecuencia, se modificará el numeral segundo del resuelve de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 09 de septiembre de 2017 y hasta el 30 de noviembre de 2020 y a partir del 01 de diciembre de 2020 Colpensiones deberá pagar la indexación del capital adeudado hasta la fecha efectiva de su pago.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el 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 de primera instancia, el cual quedara así:

PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colombiana COLPENSIONES, a reconocer a favor del señor ERNESTO OCHOA DUEÑAS la suma de \$37.631.036 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 09 de septiembre de 2017 y el 30 de noviembre de 2020.

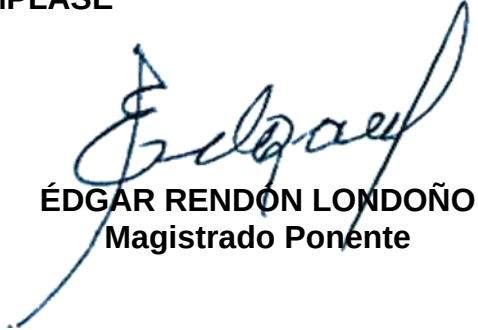
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colombiana COLPENSIONES a pagar a la demandante los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 desde el 09 de septiembre de 2017 y hasta el 30 de noviembre de 2020 y a partir del 01 de diciembre de 2020 la indexación del capital adeudado hasta la fecha efectiva de su pago, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105034202100250-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ALFONSO CAMPOS DE LOS REYES
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **ALFONSO CAMPOS DE LOS REYES** pretende que se **declare** la ineficacia y/o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Protección S.A., por incumplimiento al deber de información al momento del acto. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene** a trasladar a Colpensiones todos los aportes en pensiones realizados, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubiesen causado; que se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 20 de octubre de 1955; que se afilió al ISS donde cotizó desde el 16 de agosto de 1973, hasta el 30 de junio de 1997, acumulando 884 semanas; que el 6 de mayo de 1997, se trasladó al RAIS a través de la AFP Davivir hoy

Protección S.A., porque un asesor lo persuadió para que realizara el cambio de régimen, diciéndole que le era más beneficioso el RAIS que el RPM, que se pensionaría a una edad temprana o que podría escoger entre la pensión o el retiro del dinero, sin dar más explicaciones; que no le informó de forma completa, veraz, y oportuna las características y desventajas de los dos regímenes pensionales para poder hacer una selección ilustrada, que no le realizó una proyección pensional, ni le indicó que beneficios perdería; que petitionó ante la AFP Protección y Colpensiones su regreso al RPM, pero ambas entidades negaron lo solicitado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación al ISS, las semanas allí aportadas, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a terceros.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (archivo 10 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, que se afilió a esa AFP el 06 de mayo de 1997; que solicitó la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue negada; frente a los demás indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos. Aclaró, que sus asesores son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados y en ese sentido; que asesoró al demandante respecto a todo el sistema general de pensiones colombiano, explicándole las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre ambos, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que este pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, esto con el fin de que pudiera tomar libremente la decisión de vincularse o no al RAIS, siendo el actor quien finalmente eligió esa AFP en forma libre, voluntaria e informada, plasmando su firma en el formulario de afiliación en señal de conocimiento y aceptación.

Planteó como excepciones de fondo, 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 declara 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de abril de 2023 (archivos 14-15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante ALFONSO CAMPOS DE LOS REYES, el 6 de mayo de 1997, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ALFONSO CAMPOS DE LOS REYES, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de administración.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., con motivo de la afiliación de ALFONSO CAMPOS DE LOS REYES, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado

(...)

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que las administradoras de fondos de pensiones, deben garantizar que al momento del traslado de régimen pensional existió una decisión informada, y que ésta, fue la que determinó que el afiliado de manera autónoma, libre, voluntaria y consciente decidiera pertenecer a un determinado régimen, tal como lo disponía el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; además, tal información debía ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debía conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, citó en extenso las sentencias CSJ SL4964-2018.

Señaló que, existían unos deberes y obligaciones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destacaba: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo; que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Expuso que, era a las AFP a quienes les correspondía demostrar que al momento del traslado brindó la información en los términos señalados y, por ende, debían proveer a los jueces de todos los medios de prueba suficientes, que permitieran concluir que, al momento del traslado el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para efectuar su afiliación o traslado, de manera libre y voluntaria.

Agregó que, desde el nacimiento de las AFP estas tenían la obligación de dar una información completa, oportuna y verídica conforme el numeral 1° del artículo 97 de la Ley 663 de 1993 (citó en extenso la CSJ SL1688-2019).

Sostuvo que, la obligación del deber de información de las AFP debía cumplirse y por ende verificarse 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, porque la violación a este se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019).

Indicó que, en este caso se encontraba probado que el actor el 06 de mayo de 1997, se vinculó al RAIS a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., que con el fin de demostrar la libertad informada solo se allegó el formulario de afiliación, el cual carecía absolutamente de elementos de los que se pudiese observar que al demandante se le ilustró acerca de las condiciones precisas por medio de las cuales entraría a ser parte del régimen de ahorro individual, pues de este, solamente se extraía datos de índole personal

y laboral que no representaba el carácter circunspecto que debía comportar el traslado de régimen pensional.

Manifestó que, en este caso Protección no presentó prueba de haber cumplido con la obligación que le imponía los incisos 5 y 6 del artículo 15 del decreto 656 de 1994, esto es, la de entregar al afiliado en el momento de su vinculación el texto del reglamento del funcionamiento de la entidad y el plan de pensión; que del interrogatorio de parte rendido por el actor, este manifestó que al momento del traslado laboraba como docente en la Universidad Autónoma, que fue citado por el jefe de personal en la sala de profesores donde se reunió con una asesora de Davivir, quien básicamente le informó que el ISS se iba a acabar y debía trasladarse a un fondo privado para salvar sus recursos, que para ello solo diligenciaron el formulario de afiliación, que en esa reunión no le explicaron el modelo pensional, ni las características del RAIS vs las del RPM, que solamente le dijeron que iba a ganar una mayor pensión por la generación de intereses, que no le entregaron el reglamento de Davivir, no le realizaron proyecciones pensionales, y que incluso hacia 8 años había solicitado una proyección pero le fue negada con el argumento que debía redimirse el bono pensional primero.

Concluyó que, la AFP demandada omitió suministrar información suficiente al actor para que él tomara una decisión de traslado de régimen pensional de manera consiente respecto de las consecuencias jurídicas que este le implicaría. Además, que había quedado probado que al promotor del litigio de forma irresponsable no le hicieron una proyección respecto a su expectativa pensional, lo que ahora lleva a concluir que el actuar de la AFP Davivir hoy Protección no fue diligente, resultando engañoso y desprovisto de buena fe, el adelantar una tarea de tan pronunciada responsabilidad en las condiciones precarias en las que quedó establecido en el debate probatorio. Por ende, declaró ineficaz el traslado al RAIS efectuado el 06 de mayo de 1997.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que en el transcurso del proceso no se logró demostrar el presunto engaño sufrido por el actor por parte de la AFP, así como la falta de información al momento de la asesoría; que no participó en el acto de afiliación del promotor del litigio a la AFP, por ende no tiene pruebas del cumplimiento del deber de información, quedando sujeto a lo que el fondo privado logre demostrar, pero que no obstante, del formulario de afiliación firmado el señor Campos bajo la gravedad de juramento donde dejó plasmado que la selección la hacía libre de apremios y por su propia voluntad, por lo tanto, la afiliación se había realizado con el lleno de los requisitos legales, y este dentro de las oportunidades legales no manifestó su deseo de regresar al RPM.

Señaló que, no se estaba frente a un vicio en el consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, ni se evidenciaba en el formulario de afiliación nota alguna de protesta que permitiera inferir inconformidad del demandante; que el actor nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al Rais, lo que traía como consecuencia asumir dicho régimen, máxime que llevaba más de 25 años en él, de modo que no era procedente alegar después de dicho periodo que fue engañado solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, que: *i)* el señor ALFONSO CAMPOS DE LOS REYES nació el 20 de octubre de 1955; *ii)* estuvo afiliado al ISS entre el 16 de agosto de 1973, y el 30 de junio de 1997, donde aportó 840 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 21 de enero de 2022 (archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* se trasladó al RAIS a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., mediante formulario de vinculación firmado el **06 de mayo de 1997**, con efectividad a partir del 01 de julio de igual año, en donde permanece hasta la actualidad (f.º 24-25 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de

que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese*

tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el

parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**06 de mayo de 1997**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Davivir hoy Protección S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **06 de mayo de 1997**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente,

completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1997 (sentencia CSJ SL3349-2021).

Debe hacerse claridad además en que, los fondos privados tienen libertad probatoria para probar que el consentimiento del afiliado vertido en el formulario de afiliación **fue informado**, es decir, puede hacerlo a través de cualquier medio de prueba conforme lo establecido en el Código General del Proceso, por ende, resulta equivocado señalar que se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, máxime que el deber de información nació desde la creación del RAIS, y era a los fondos privados como expertos en la materia a quienes le correspondía tener los archivos de la documentación soporte del traslado.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le

correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las *«primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos»* (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.**

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el 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 NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de ellas. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105034202000196-02
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	HELVIA LUCÍA RESTREPO DE PEÑA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **HELVIA LUCÍA RESTREPO DE PEÑA** pretende que se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Colfondos S.A., por incumplimiento al deber de información en que incurrió esa AFP al momento del acto. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre en su cuenta de ahorro individual con los rendimientos causados; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 27 de abril de 1956; que se afilió al ISS desde el 06 de agosto de 1974, y posteriormente fue vinculada a la Caja de Previsión Social Distrital; que el 23 de septiembre de 1998, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos, data para la cual contaba con los siguientes aportes:

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS
LUIS EDUARDO CAICEDO Y CIA	06/08/1974	01/10/1974	56	8,00
MINISTERIO DECULTURA	06/02/1975	15/08/1976	556	79,43
SECRE DISTRI SALUD	13/11/1984	30/12/1996	4430	632,86
INDEPENDIENTE	01/01/1997	31/12/1998	729	104,14
TOTAL			5771	824,43

Dijo que, al momento del cambio de régimen Colfondos no la asesoró ni la informó de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre los dos regímenes pensionales, ni sobre las prestaciones económicas, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes del RAIS y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales; que no le indicaron cuál de los dos regímenes le convenía más, teniendo en cuenta su situación particular; que **no le explicaron**: i) cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, para poder adquirir una pensión para mantener su mínimo vital, tomando como base su salario devengado; ii) que de su aporte de descontaría una parte para el pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración; iii) sobre el derecho de retracto, ni en qué consistía; iv) hasta que fecha tenía para devolverse al RPM; v) el monto de su pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios; y vi) el régimen de transición, la tasa de reemplazo y la relación de este frente a su pensión en ambos regímenes.

Narró que, el 29 de junio de 2017, se trasladó a la AFP Protección; que mediante derecho de petición solicitó ante Colpensiones, Colfondos y Protección la nulidad del traslado al RAIS, pero todas negaron lo pretendido; que Protección le informó que para el 2018 su mesada pensional sería de \$1.562.997, mientras que en el RPM sería de \$4.247.642.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que se afilió al ISS en 1974; que solicitó el 11 de febrero de 2020, la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue negada; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a terceros.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora se vinculó a este mediante formulario de afiliación firmado el 23 de septiembre de 1998, el que se hizo efectivo a partir del 1º de noviembre de igual año; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a terceros o que no eran ciertos; aclaró que cumplió a cabalidad con la normatividad vigente de la época de la afiliación de la actora para el proceso vinculación o traslado de régimen pensional; que la regulación pensional RAIS, se encontraba plasmada en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, normas que eran de fácil acceso para toda la población en general, sin olvidar, los extractos a pensiones obligatorias que reciben todos sus afiliados de forma periódica, informando su estado actual de afiliación, capital acumulado y demás condiciones básicas para discernir que este régimen es completamente orientado al ahorro.

Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que se afilió a esa AFP el 29 de junio de 2017, que solicitó el 11 de febrero de 2020, la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue negada, y que le realizó una proyección de su mesada pensional para el año 2018; frente a los demás indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos. Aclaró, que la promotora del litigio provenía de otra AFP; que firmó el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones, después de haber recibido una asesoría adecuada, correcta y suficiente; que la afiliación constituye un acto jurídico válido que produce efectos hasta la actualidad toda vez que se dio en estricto cumplimiento de la normativa vigente en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994.

Planteó como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 02 de mayo de 2023 (archivos 28-29 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado el 23 de septiembre de 1998, por HELVIA LUCÍA RESTREPO DE PEÑA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y luego con su traslado horizontal realizado con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de HELVIA LUCÍA RESTREPO DE PEÑA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., con motivo de la afiliación de HELVIA LUCÍA RESTREPO DE PEÑA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda a la pasiva

(...)

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que las administradoras de fondos de pensiones, deben garantizar que al momento del traslado de régimen pensional existió una decisión informada, y que ésta, fue la que determinó que el afiliado de manera autónoma, libre, voluntaria y consciente decidiera pertenecer a un determinado régimen, tal como lo disponía el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; además, tal información debía ser objetivamente verificable, en el entendido de que

aquél debía conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, citó en extenso las sentencias CSJ SL4964-2018.

Señaló que, existían unos deberes y obligaciones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destacaba: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo; que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Expuso que, era a las AFP a quienes les correspondía demostrar que al momento del traslado brindó la información en los términos señalados y, por ende, debían proveer a los jueces de todos los medios de prueba suficientes, que permitieran concluir que, al momento del traslado el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para efectuar su afiliación o traslado, de manera libre y voluntaria.

Agregó que, desde el nacimiento de las AFP estas tenían la obligación de dar una información completa, oportuna y verídica conforme el numeral 1° del artículo 97 de la Ley 663 de 1993 (citó en extenso la CSJ SL1688-2019).

Sostuvo que, la obligación del deber de información de las AFP debía cumplirse y por ende verificarse 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, porque la violación a este se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019).

Indicó que, en este caso se encontraba probado que la actora el 23 de septiembre de 1998, se vinculó al RAIS a través de la AFP Colfondos según certificación emitida por esa entidad, pues al plenario no se había allegado el formulario de afiliación.

Manifestó que, en este caso Colfondos no presentó prueba de haber cumplido con la obligación que le imponía los incisos 5 y 6 del artículo 15 del decreto 656 de 1994, esto es, la de entregar al afiliado en el momento de su vinculación el texto del reglamento del funcionamiento de la entidad y el plan de pensión; que del interrogatorio de parte rendido por la actora, esta manifestó que al momento del traslado ella era contratista de un programa presidencial, que el asesor de Colfondos le dijo que como era independiente le convenía más estar en un fondo privado, porque se podía pensionar sin cumplir las semanas que le exigían en el régimen de prima media, que el bono pensional del ISS le garantizaba mejorar su pensión y que en caso de fallecer sus hijos podían heredar su fondo pensional, que la asesoría fue individual, que accedió al traslado firmando el formulario de afiliación; que no le entregaron información documental, ni le realizaron cálculos sobre el valor de su pensión, y que en similares términos había ocurrido su posterior traslado a la AFP Protección S.A.

Concluyó que, las AFPs demandadas omitieron suministrar información suficiente a la actora para que ella tomara una decisión de traslado de régimen pensional de manera consiente respecto de las consecuencias jurídicas que este le implicaría. Además, que había quedado probado que a la promotora del litigio de forma irresponsable Colfondos no le hizo una proyección respecto a su expectativa pensional, lo que ahora lleva a concluir que el actuar de la AFP Colfondos no fue diligente, resultando engañoso y desprovisto de buena fe, el adelantar una tarea de tan pronunciada responsabilidad en las condiciones precarias en las que quedó establecido en el debate probatorio. Por ende, declaró ineficaz el traslado al RAIS efectuado a través de la AFP Colfondos el 23 de septiembre de 1998.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que, si bien era cierto que existía una línea jurisprudencial, también lo era que debía analizarse cada caso en particular; que la demandante no podía estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010, que establece las obligaciones de los afiliados en el sistema general de pensiones, sumado a que ella no era una persona disminuida en su capacidad para celebrar actos o contratos, y debía tener en cuenta que de su decisión dependía su futuro pensional, siendo negligente en esa obligación.

Narró que la demandante tampoco había hecho uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto su afiliación, tales como es el derecho de retracto y la rescisión; que aceptar el traslado de la promotora del litigio implicaba una afectación a la sostenibilidad financiera, pues ella no había contribuido a la financiación de las pensiones del RPM,

sino que había realizado un ahorro de forma individual, el cual no era suficiente para financiar su prestación.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos y posteriormente a otras AFPs, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, que: *i)* la señora HELVIA LUCÍA RESTREPO DE PEÑA nació el 27 de abril de 1956; *ii)* estuvo afiliada al ISS entre el 06 de agosto de 1974, y el 28 de febrero de 1997, donde aportó 139,71 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 07 de octubre de 2020 (f.º 66 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* laboró para la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá entre el 13 de noviembre de 1984 hasta el 30 de diciembre de 1996, realizando aportes a la Caja de Previsión Social del Distrito hasta el 31/12/1995 y en adelante al ISS (f.º 37 archivo 02 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iv)* se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos mediante formulario de vinculación firmado el **23 de septiembre de 1998**, con efectividad a partir del 01 de noviembre de igual año (f.º 24-26 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* realizó un traslado horizontal a la AFP Protección S.A. el 29 de junio de 2017 con efectividad a partir del 01 de agosto de igual año, en donde permanece hasta la actualidad (f.º 33-36 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de

que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese*

*tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el

parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-23 de septiembre de 1998-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Se advierte que Colfondos solo allegó como pruebas el certificado de consulta SIAFP, un pantallazo del estado de la afiliación de la actora, y un artículo publicado en el periódico el Tiempo el 9 de enero de 2004 denominado *«10 PUNTOS SOBRE EL TRASADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES»*, de los cuales no se evidencia que para el momento previo o durante la suscripción del formulario de afiliación el 23 de septiembre de 1998 a la demandante se le hubiese suministrado una ilustración suficiente, completa, clara,

comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actora pasó de Colfondos a Protección, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

De otra parte, no puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1994; y el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «*sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello*» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con

los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. y la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de

aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así:

- **CONDENAR** a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, descontados a la demandante entre el 1° de noviembre de 1998 y el 31 de julio de 2017. 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.
- **CONDENAR** a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 01 de agosto de 2017 en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105033202100069-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LAURA MARÍA DIEPPA CASTILLO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora Laura María Dieppa Castillo se condene a Colpensiones a reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 85% sobre el IBL obtenido del promedio de lo devengado en los últimos 10 años o el de toda su vida laboral según le resulte más favorable, al pago de las diferencias desde la causación de la prestación, junto con los reajustes legales, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, lo que resulta probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 03, carp 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que nació el 14 de mayo de 1963, por lo que alcanzó los 57 años de edad en la misma calenda del año 2019, que cotizó como trabajadora dependiente entre el 03/05/1985 y el 15/08/2018, observando que no se le tuvo en cuenta el ciclo 01-2008 y 02-2009 los cuales dicen «*pago en proceso de verificación*», y que durante toda su vida laboral aportó 1.664,58 semanas al sistema general de pensiones.

Narró que, mediante Resolución SUB 115434 del 29 de mayo de 2020, se le reconoció una pensión de vejez teniendo en cuenta 1.565 semanas, un IBL de \$18.989.318, y una tasa de reemplazo del 62.50% lo que arrojó una mesada inicial de \$11.868.324 efectiva a partir del 29 de mayo de 2020; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión, la cual fue confirmada a través de las Resoluciones SUB 133857 del 24 de junio de 2020, y DPE 9734 del 15 de julio de igual año.

Expuso que, a través de apoderado el 03 de agosto de 2020, solicitó ante Colpensiones la reliquidación de su prestación teniendo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, con el fin de obtener una tasa de reemplazo real y un IBL del promedio de los últimos 10 años de aportes, pero que en Resolución SUB 169805 del 10 de igual calenda, dicha petición fue negada, acto administrativo contra el cual impetro recurso de reposición y en subsidio apelación, los que se resolvieron de manera desfavorable en Resoluciones SUB 178945 del 21 de agosto de 2020, y DPE 12284 del 10 de septiembre de igual año.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 09, carp 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que cotizó al ISS hoy Colpensiones durante el lapso referido, y la expedición y contenido de las resoluciones SUB 115434 del 29 de mayo de 2020, SUB 133857 del 24 de junio de 2020, y DPE 9734 del 15 de julio de 2020, SUB 169805 del 10 de 2020, SUB 178945 del 21 de agosto de 2020, y DPE 12284 del 10 de septiembre de 2020; frente a los demás, indicó que no eran ciertos, y aclaró que la prestación de la demandante se encontraba correctamente reconocida conforme las disposiciones legales vigentes.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, pago, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de junio de 2022 (archivo 14-15 carp. 1ª inst, exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demanda ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de la todas y cada unade las pretensiones incoadas en su contra, por parte de la señora LAURA MARÍA DIEPPA CASTILLO, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES planteadas por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- en especial las de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO, acorde a las razones dadas anteriormente.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte DEMANDANTE. Se fijan como Agencias en Derecho la cantidad de UN (1) S.M.L.M.V.

El Juzgado, fijó como problema jurídico determinar si era procedente la reliquidación de la pensión de vejez reconocida a la demandante, para lo cual establecería: i) el IBL y la tasa de reemplazo conforme la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003; y ii) si todos los periodos estaban incluidos en su historia laboral; en caso de proceder la reliquidación, verificaría si había lugar al pago de intereses moratorios.

Indicó que, en ese asunto no había discusión en que el derecho pensional se causó en aplicación de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003; que la demandante pretendía una tasa de reemplazo del 85%, cuando la Ley 797 de 2003 fijaba como tope el 80%, por lo que su petición era equivocada; que dicha norma lo que buscó fue que los afiliados con mayores recursos tuviesen pensiones no tan onerosas, y que quienes tenían menores salarios tuviesen mejores tasas de reemplazo, a través de una fórmula decreciente.

Reprodujo el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, en donde se establece la fórmula para calcular la pensión a partir del 1° de enero de 2004, explicando que conforme a esta la tasa de reemplazo se le sumaba entonces un porcentaje con cada 50 semanas adicionales al mínimo exigido por la Ley, aumentando esta solo con más cotizaciones realizadas, siendo el tope permitido 1.800 semanas para alcanzar un 80%.

Expuso que, en ese asunto estaba acreditado con la historia laboral emitida por Colpensiones que la demandante cotizó 1.561 semanas, las cuales **NO** le alcanzaban para llegar al 80% como tasa de reemplazo. Agregó que, si bien en la demanda se habló de 1.664 semanas éstas no se encontraban acreditadas, y no se había detallado de donde

salían, pues sus dichos se tornaron genéricos, ya que no explicó cuáles eran los ciclos que le faltaban en la historia laboral, ni que periodos fueron los que no se tuvieron en cuenta al momento de calcular el IBL, además que no se había aportado elementos fácticos que sustentaran ello.

Refirió que, al verificar la historia laboral solo existían dos ciclos en cero con la observación «*pago en proceso de verificación*», los cuales corresponderían a 8,58 semanas y de tenerse en cuenta no generarían un cambio sustancial en la mesada de la actora.

Advirtió que, al realizar el despacho la liquidación, tomando en cuenta las 1.561 semanas acreditadas y verificando el IBL conformado con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la afiliada durante los 10 años anteriores al reconocimiento, y sobre toda su vida laboral, encontró que:

1. IBL con toda la vida Laboral \$12.334.161, tasa de reemplazo 66%, valor de la mesada pensional a 2020, \$8.140.546.
2. IBL promedio de lo cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento \$18.888.361, tasa de reemplazo 62%, valor de la mesada pensional a 2020, \$12.710.783.

De lo anterior, concluyó que la mesada pensional liquidada por Colpensiones estaba acorde con los parámetros del artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, pues los dos ciclos reportados en cero equivalentes a 8,58 no generaban un impacto ni en el IBL ni en la tasa de reemplazo de la prestación, razón por la que absolvería de las súplicas de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Sin recurso alguno.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la actora cumple con las condiciones para que su pensión de vejez sea reliquidada con un IBL y una tasa de reemplazo superior al otorgado por Colpensiones en la Resolución SUB 115434 del 29 de mayo de 2020, solo en caso de prosperar esta, se verificará si proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el presente asunto no es materia de discusión que a la señora Laura María Dieppa Castillo mediante Resolución SUB 115434 del 29 de mayo de 2020, se le reconoció una pensión de vejez conforme la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, por acreditar 57 años de edad y 1.565 semanas, esto a partir del 14 de mayo de 2020, en cuantía inicial de \$11.868.324, la cual se determinó tomando el IBL de lo cotizado en los 10 años anteriores al reconocimiento pensional y una tasa de reemplazo del 62.50%.

Como quiera que en este caso no hay discusión frente a que la prestación pensional de la demandante se causó bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, esta Sala solo verificará la tasa de reemplazo y el IBL conforme lo expuesto en el libelo genitor.

Recuérdese entonces que el **IBL** de las prestaciones pensionales causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, se determina conforme el artículo 21 de esa norma, el cual estipula que este se puede calcular de dos formas, a saber: **i)** con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión; o **ii)** cuando el afiliado acredite más de 1.250 semanas, con los ingresos de toda la vida laboral, según le fuere más favorable a los intereses del trabajador.

De otro lado, la tasa de reemplazo de la pensión de vejez también está regulada en la Ley 100 de 1993, en su artículo 34 el cual fue modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, así:

El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015 (subrayado declara inexequible en relación con los efectos para las mujeres Sentencia CC C-197 de 2023).

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Tal como se evidencia para determinar la tasa de reemplazo de la prestación se deben tener en cuenta dos asuntos, el primero la fórmula decreciente, y el segundo, que la misma puede incrementar si el afiliado tiene semanas adicionales a las 1.300 requeridas, hasta llegar a un máximo entre el 80% y el 70.5%.

Pues bien, para determinar el porcentaje de la pensión de vejez, debe utilizarse la fórmula $r = 65.50 - 0.50 s$, donde “ r ” es igual al porcentaje del ingreso de liquidación y “ s ” al número de salarios mínimos legales mensuales vigentes; por lo tanto, la tasa de reemplazo es el resultado de restarle a 65.50 los salarios mínimos contenidos en el IBL en cada caso; de esa forma, la tasa de reemplazo es decreciente en función del ingreso base de liquidación del afiliado: a mayor ingreso base de liquidación menor será el porcentaje que le corresponda y, a menor ingreso mayor será la tasa porcentual.

En esa línea, la fórmula decreciente contiene dos variables: i) “ r ” que es un porcentaje (65.50); y ii) “ s ” que corresponde al número de salarios mínimos contenidos en el ingreso base de liquidación del afiliado.

De la anterior operación sale la tasa de reemplazo de un afiliado al que se le tuvo en cuenta las semanas mínimas de cotización, esto es, 1.300, la cual debe oscilar entre el 65% y el 55% del ingreso base de liquidación.

Y el segundo elemento que contribuye al incremento en la tasa de reemplazo de la prestación, son las semanas adicionales a esas 1.300, las cuales para las prestaciones causadas a partir del 1 de enero de 2005, se tendrá en cuenta por cada 50 semanas un incremento del 1.5%, hasta llegar al monto máximo, esto es, entre el 80 y el 70.5%.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL3501-2022, indicó que el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, contemplo «*un monto máximo de la pensión de vejez del 80% del ingreso base de liquidación, sin consideración al número de semanas necesario para alcanzar ese tope, pues ello se obtiene de la fórmula general sobre la equivalencia de semanas de cotización a los puntos adicionales a los límites mínimos de la pensión*».

Esa misma Corporación, en la providencia CSJ SL810-2023, explicó:

Tal como quedó asentado en sede de casación, las cotizaciones efectuadas a partir del porcentaje máximo del 80% no se computan, ni procede su devolución, en virtud del principio de solidaridad expresado en ese tope porcentual, sobre el límite de salarios mínimos a los que puede llegar el monto de la prestación pensional (25 smlmv) otorgado por el sistema general de pensiones.

(...)

En otras palabras, el precepto no consagra una limitación en el número de semanas adicionales a las mínimas para alcanzar el porcentaje máximo -- como sí fue previsto por la Ley 100 de 1993 en su versión original para alcanzar hasta el 85% del IBL (1400 semanas)-- ni establece un monto máximo para cada caso en particular, pues éste corresponde, de manera general, al 80% para todos los afiliados, con independencia del número de semanas que de manera individual se requieran para alcanzarlo, dado que, como se mencionó en precedencia, el porcentaje inicial o de partida es variable conforme a la fórmula decreciente.

De esta manera, por ejemplo, cuando se fija un monto inicial de la pensión del 55% del IBL, por haber alcanzado el afiliado el número mínimo de 1300 semanas (25,5 años), debe tenerse en cuenta que para lograr el monto máximo del 80% del IBL, es necesario cotizar un número adicional de 850 semanas (16,7 años), para un total de 2.150, lo que significa que el afiliado debe realizar cotizaciones durante 42,2 años de trabajo, tal cual se refleja en la siguiente tabla:

Monto	Semanas cotizadas
55%	1300
56.5%	1350
58%	1400
59.5%	1450
61%	1500
62.5%	1550
64%	1600
65.5%	1650
67%	1700
68.5%	1750
70%	1800

71.5%	1850
73%	1900
74.5%	1950
76%	2000
77.5%	2050
79%	2100
80%	2150

Así las cosas, el efecto económico real de la fórmula decreciente es disminuir el monto de la pensión de vejez en función del nivel de ingresos del afiliado y, como consecuencia, aparece aumentar el número de semanas adicionales a las mínimas para alcanzar el porcentaje máximo, pues la regla es que, a menor tasa de reemplazo mayor será el número de semanas adicionales de cotización exigidas para lograr el porcentaje del 80%, haciendo más gravosa la situación de los beneficiarios, por requerirse, al paso que desciende la tasa de reemplazo, un número más elevado de semanas adicionales a las mínimas para aumentar el monto de la pensión.

En conclusión, para determinar la tasa de reemplazo, primero, debe aplicarse la fórmula decreciente, tomando en cuenta a cuantos SMMLV equivale el IBL del afiliado multiplicados por 0.50, y restándose 65.50, ello arroja la tasa de reemplazo de la cual se parte, cuando el afiliado tiene 1.300 semanas.

Y segundo, si el afiliado tiene semanas adicionales, por cada 50, se le aumentará la tasa de reemplazo en un 1.5% hasta llegar a un máximo del 80%, sin que exista límite en las semanas adicionales que debe aportar para lograr ese tope.

Bajo los anteriores presupuestos revisaremos el caso que nos ocupa, para lo cual el despacho realizó nuevamente el cálculo del IBL, teniendo en cuenta los dos escenarios, que recordemos son: **i)** con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión; o **ii)** cuando el afiliado acredite más 1.250 semanas, con los ingresos de toda su vida laboral; encontrando que la liquidación realizada por el juez de instancia es correcta.

IBL	
10 años anteriores al reconocimiento de la pensión 14/05/2020	Toda la vida laboral
\$18.888.361,08	\$12.334.161,50

Acorde con lo anterior el IBL más favorable al demandante es el cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, y es con este que se realizarán las operaciones aritméticas a fin de determinar la tasa de reemplazo del actor y la consecuente cuantía inicial de la prestación.

Empezaremos por aplicar la fórmula decreciente, a la que ya se ha hecho mención consagrada en el artículo 34 de la Ley 100/93, modificado por el 10º de la Ley 797/03.

Es decir, que la tasa de reemplazo de la actora, teniendo en cuenta 1.300 semanas sería del **55%**, esto es la mínima establecida por la ley, esto debido a que su IBL es bastante elevado, y lo que busca esta fórmula es que a mayor IBL menor tasa de reemplazo, y a menor IBL mayor tasa de reemplazo. Ahora, verificaremos las semanas adicionales a las mínimas requeridas -1.300- a fin de determinar el incremento en su tasa de reemplazo.

Señala la actora en su demanda que cuenta con 1.664,58 semanas, pero no explica de donde sale dicho número, pues tan solo hecho de menos en su historia laboral dos ciclos, 01-2008 y 02-2009; al revisar la historia laboral emitida por Colpensiones el 16 de febrero de 2021, se tiene que la afiliada acreditó 1.560 semanas al 15/08/2018, y respecto de los dos ciclos referidos se evidencia la observación *«pago aplicado al periodo declarado»* días cotizados y reportados 30 respectivamente, luego en ese sentido no se evidencia inconsistencia alguna, y verificándose ciclo a ciclo, el único que está en 00 es el correspondiente al 03-2013 con nota *«pago en proceso de verificación»*, el cual de tenerse en cuenta solo sumaría 4.29 semanas.

Acorde con lo anterior, las semanas adicionales acreditadas por la actora corresponden a 1.560, más 4.29 que están en proceso de validación, lo que sumaría 1.564,29 semanas, las cuales aumentarían la tasa de reemplazo así:

Monto	Semanas cotizadas
55%	1300
56.5%	1350
58%	1400
59.5%	1450
61%	1500
62.5%	1550

Al aplicarle al IBL un porcentaje del 62.5% se obtiene un monto de \$11.805.225,68 correspondiente a la primera mesada pensional.

Mesada pensional= IBL * tasa de reemplazo
Mesada pensional= \$18.888.361,08 * 62.5%
Mesada pensional= **\$11.805.225,68**

En consecuencia, como quiera que la mesada pensional otorgada por Colpensiones fue en cuantía inicial de \$11.868.324, es decir, ligeramente superior a la aquí hallada, no hay lugar a acceder a la reliquidación pensional deprecada en la demanda, y en ese sentido se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

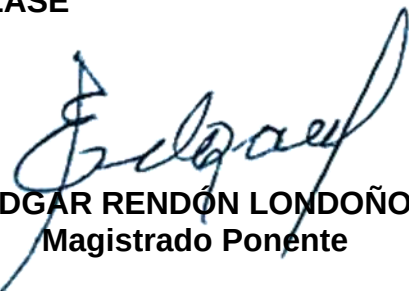
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia consultada proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL
OK-ÉDGAR
MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105033201800037-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	VÍCTOR WILLIAM CASALLAS RIAÑO
DEMANDADO	- OPERADOR DE BUS SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN - EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:
ANTECEDENTES

Pretende el señor **Víctor William Casallas Riaño**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual terminó por causa imputable al empleador. Como consecuencia, se condene a las accionadas a pagarle los sueldos pendientes desde el 4 de abril de 2014, hasta la fecha, a los aportes a salud, pensión ARL y Caja de Compensación adeudados, las cesantías e intereses a las cesantías desde que inició el contrato a la fecha, prima de servicios desde el 4 de abril de 2014, hasta la fecha, las vacaciones de toda su relación laboral, la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, a la indexación de las sumas adeudadas, a lo que se encuentre probado ultra y extra petita y las costas procesales (fº 129, exp. Físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 127 y 128, exp. Físico), señaló en síntesis que, la empresa COOBUS S.A.S. y Transmilenio celebraron un

contrato de concesión, cuyo objeto era la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación de servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP.

Acotó que, celebró contrato a término indefinido con la empresa COOBUS S.A.S. el 18 de diciembre de 2012, para desempeñarse en el cargo de operador de bus zonal; que en el contrato se pactó un salario de \$750.000, más bono variable de \$300.000, al cual se le descontaba por incumplimiento o sanciones económicas previstas en el contrato de concesión; que en el año 2013, se adicionó el contrato aumentándose el valor del salario en \$850.000; que su sueldo mensual se constituía en un salario básico, auxilio de transporte, bonificación, horas extras, dominicales, festivos y compensatorio, por lo cual este promediaba en \$1.795.178.

Narró que, en abril de 2014, la empresa COOBUS S.A.S. dejó de funcionar, sin haber solicitado autorización para el cierre ante las autoridades laborales; que el día 26 de marzo de 2014, dicha empresa le presentó carta otorgándole vacaciones no remuneradas; que el día 29 de julio de 2014, uno de sus compañeros pasó carta ante la Superintendencia de Puertos y Transportes solicitando respuesta de por qué se había intervenido la empresa; que en el mes de noviembre de 2014, COOBUS S.A.S. le contestó señalándole que a partir del 14 de ese mes se presentaría ante el Ministerio del Trabajo para solicitar la suspensión del contrato.

Arguyó que, al ver que su salud no se estaba pagando por parte de su empleador, solicitó ante la demandada le hiciera entrega de las planillas con los pagos; que el 11 de noviembre de 2015, envió derecho de petición ante Transmilenio solicitando le explicaran por qué se había desactivado el código 600025 de la empresa COOBUS S.A.S.; que el día 27 de noviembre de 2015, bajo el oficio 2015ER33235 recibió respuesta en la que se le indicó que la Superintendencia de Puertos y Transportes y la empresa COOBUS S.A.S. no había aportado documentos de actualización de capacitación anual y licencias de conducción requeridas.

Agregó que, el día 28 de febrero de 2017, presentó reclamación administrativa ante Transmilenio, quien respondió el 2 de marzo del mismo año, señalando que no tenía nada que ver en la contratación; sin embargo, el 12 de julio de 2016, había desvinculado la totalidad de los conductores; que la empresa COOBUS S.A.S. dio por terminado el contrato de trabajo el día 20 de septiembre de 2016, en cumplimiento de lo ordenado por la Superintendencia de Sociedades en el aviso No. 400-012524 del 19 de agosto de 2016, sin ningún tipo de pago por acreencias laborales.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **COOBUS S.A.S. en Liquidación** contestó la demanda (fº. 146-154, Expediente Físico) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó el contrato de concesión que suscribió con Transmilenio, el contrato laboral que sostuvo con el actor y el extremo inicial de dicha relación, reconoció que el último salario devengado por el actor lo fue por \$850.000, más bono variable de \$300.000; que dicho rubro podía ser variable, pero que de ninguna manera superaba la suma de \$1.795.178, como se aducía en el escrito inaugural, también aceptó fecha de terminación del contrato y por las razones expuestas por el demandante. Como excepción de fondo, propuso inexistencia de mala fe del empleador.

TRANSMILENIO S.A. contestó la demanda (fº.171-184, Expediente Físico) oponiéndose también a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, igualmente aceptó el contrato de concesión suscrito con COOBUS S.A.S., petición y respuesta otorgada al actor, pero aclarando que los fundamentos de la respuesta fueron otros; asimismo, admitió que el promotor del proceso presentó reclamación administrativa ante la entidad; respecto de los demás hechos dijo no constarle y no ser ciertos.

Propuso como excepciones de mérito, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral entre Víctor William Casallas Riaño y la empresa, inexistencia de responsabilidad solidaria, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción de la acción, buena fe y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de julio de 2021 (CD fº 240), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre Víctor William Casallas Riaño identificado con cédula 79049563 y COOBUS en liquidación existió un contrato de trabajo a término indefinido en el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2012, al 19 de agosto del año 2016, acorde a lo expuesto en parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que en el presente caso se configuró el fenómeno de la solidaridad en contra de la demandada Transmilenio, acorde a lo expuesto en parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR las demandadas, COOBUS en liquidación y Transmilenio S.A. al reconocimiento y pago de los siguientes rubros causados entre el 16 de junio del 2014, al 19 de agosto del año 2016:

- Salarios \$31.165.942,10.
- Cesantías \$2.597.161,84
- Intereses a las cesantías \$240.066,74
- Vacaciones \$1.298. 580, 92
- Prima de servicios \$2.597.161,84

CUARTO: CONDENAR a COOBUS en liquidación y Transmilenio al reconocimiento y pago de una indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa en favor del señor Víctor William Riaño Casallas, por la suma de \$3.435.290.

QUINTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de buena fe propuesta por la parte demandada, en consecuencia, se condena a COOBUS en liquidación y Transmilenio al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria desde el 16 de junio del año 2014, al 19 de agosto del año 2016, por la suma de \$32.449.002,13 centavos.

SEXTO: De conformidad con las pruebas sobrevinientes allegadas en el expediente, se autoriza a la demandada a compensar del pago de acreencias en favor del demandante las cifras de \$3.259.352 y \$5.974.067.

SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la parte demandada, en especial las de inexistencia de la obligación y prescripción según lo expuesto en parte considerativa en esta providencia.

OCTAVO: Costas de esta instancia quedan a cargo de COOBUS en liquidación, como agencias en derecho, el despacho señala 2.5 SMLMV para cada una de las demandadas.

Para fundamentar su decisión, hizo un análisis del material probatorio recaudado dentro del proceso, señalando que se encontraba demostrada la existencia del contrato de trabajo y el extremo inicial que lo fue el 18 de diciembre de 2012, en cuanto a la fecha de terminación del contrato, sostuvo que, si bien era cierto que existía una carta de terminación por parte de COOBUS con fecha 20 de septiembre del año 2016, lo cierto era que la parte demandada alegaba que existían algunos elementos de juicio que daban cuenta que la terminación del contrato había ocurrido con anterioridad, por un lado, el actor había presentado otra demanda en donde se afirmó que el contrato ya había terminado, buscando con las pretensiones de la demanda se declarará que la terminación del contrato había sido imputable al empleador esto es, desde mayo del año 2016, resaltó el *a quo* que; sin embargo, dentro del presente proceso se encontraba extracto de acreencias allegado por la demandada en la que se indicaba que el contrato había terminado el 19 de agosto de 2016, lo cual concordaba con lo señalado en el auto que decretó la apertura del proceso de liquidación y lo que se relataba en los hechos 20 y 21, de la contestación de la demanda por parte de COOBUS; por lo que se concluía que entre las partes había existido un contrato de trabajo entre el 18 de diciembre del 2012, al 19 de agosto del año 2016.

Acotó que, COOBUS no había pagado salarios y prestaciones sociales desde el momento en que suspendió el contrato y hasta su terminación, evidenciándose como último pago del mes de junio de 2014; que el no pago de los salarios había sucedido por el estado en el que había entrado la empresa, frente a lo cual se tenía que de acuerdo a la jurisprudencia el trabajador podía ser considerado frente a las ganancias del empleador, más no así respecto de las pérdidas por operaciones económicas o situaciones financieras de la empresa; por lo tanto, debía ordenarse el pago de los salarios y prestaciones adeudadas, incluso durante el tiempo en que estuvo suspendido el contrato, toda vez que no se había cumplido con lo establecido en el numeral 3 del artículo 51 del CST, como tampoco se había invocado en la contestación de la demanda alguna situación de fuerza mayor o caso fortuito. Adujo que, como salarios adeudados de 2014 a 2016, arrojaba la suma de \$31.165.942, cesantías la suma de \$2.597.161, intereses a las cesantías \$240.066, vacaciones \$1.298.580 y prima de servicios \$2.597.161,84.

En cuanto a las consecuencias de la terminación del contrato, manifestó que aunque que la finalización del contrato por liquidación de la empresa era una causa legal, seguía siendo una causa injusta que implicaba el reconocimiento de la indemnización establecida en el artículo 64 del CST.

De otra parte, respecto a la indemnización del artículo 65 del CST, arguyó que en el presente asunto se tenía que el empleador había acudido al mecanismo de insolvencia económica, por lo que a partir de tal momento surgía la buena fe, en ese sentido el periodo entre el 2014, hasta agosto de 2016, no había justificación por el no pago de los salarios, advirtiendo que fue en auto emitido el 19 de agosto de 2016; que el grupo de apoyo judicial de la Superintendencia de Sociedades había procedido a admitir la apertura del proceso de liquidación, por consiguiente la buena fe se predicaba a partir de ese momento; por lo tanto, dicha moratoria se cuantificaba desde el impago de los salarios hasta la fecha de la apertura de la liquidación de COOBUS.

En lo relativo a la solidaridad, precisó que, de conformidad con lo señalado en el artículo 34 del CST, se tenía que las actividades realizadas por COOBUS eran conexas y tenían que estar íntimamente relacionadas con el objeto social de Transmilenio; que en este caso entre ambas demandadas se había pactado un contrato de concesión en el que se había entregado la operación del servicio público de transporte y si bien era cierto COOBUS era una entidad que contrató al demandante y se le concedió la operación de transporte según las cláusulas de los contratos

relacionados en el expediente, era claro que Transmilenio se benefició de dicha explotación, además de que las labores de COOBUS no eran ajenas a Transmilenio y requería de los operadores para su funcionamiento, siendo responsable de las condenas impuestas.

Finalmente, refirió que, respecto a los pagos que se realizaron y confesaron por la parte demandante, si bien era cierto que no se había planteado dentro de la contestación de la demanda la excepción de compensación, lo cierto es que los pagos que surgieron dentro del proceso como situaciones sobrevinientes debían ser reconocidos dentro de la sentencia que se emitía, por lo que autorizó a la parte demandada a compensar los rubros cancelados a la parte actora de la liquidación que se realizó dentro del fallo.

RECURSO DE APELACIÓN

COOBUS S.A.S. impetró recurso de apelación, manifestando que el despacho había tenido como extremo final de la relación laboral el 19 de agosto de 2016, pero la indemnización moratoria se reconocía desde el mes de junio del 2014, lo cual no tenía sentido, pues la mora comenzaba a partir del momento en que se culminaba el contrato laboral, por lo que dicha indemnización no debía ser reconocida como lo había indicado el despacho, pues debía tenerse en cuenta la fecha final del contrato como había quedado establecido por el Juzgado correspondiente al 19 de agosto de 2016.

Por otro lado, indicó que debía considerarse los documentos allegados por la parte demandante donde se encontraba soporte de pago de la prima del año 2013 y pago de la primera quincena del año 2014.

TRANSMILENIO S.A. interpuso recurso de apelación respecto de los extremos temporales del contrato de trabajo, adujo que el Juez había señalado que existía elementos probatorios que llevaban a concluir que la relación laboral había finalizado el 19 de agosto de 2016; sin embargo, no le había dado real valoración a la demanda que había radicado el actor ante el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de mayo de 2016, pues para dicha data el demandante ya pretendía la terminación del vínculo laboral, además por la falta de indeterminación que existía por parte del apoderado judicial del actor, quien indicaba que los pagos se debían realizar hasta la fecha, poniendo como punto de partida la radicación de la demanda 19 de mayo de 2016.

Recalcó que, también debía analizarse la prueba documental aportada por la parte actora en donde se encontraban unas certificaciones laborales, siendo la última expedida en el mes de octubre del año 2015, lo cual daba cuenta que la terminación del contrato se había dado con anterioridad a la fecha aludida por el Juez, ya que el promotor del litigio había desistido de los testimonios; por lo tanto, no era dable tomarse como fecha de terminación del contrato el 19 de agosto de 2016, en atención a que dicha fecha correspondía a un efecto propio de la apertura del proceso de liquidación establecido en la ley 1116 de 2006.

Con relación a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, manifestó que coadyuvaba los argumentos de la apoderada de COOBUS respecto de los extremos que había tenido el *a quo* para su liquidación. De otro lado, señaló su inconformidad respecto del valor calculado, por toda vez que no se dijo cuál había sido el salario base que se había tomado, además que se estaba sancionado desde el momento en que había dejado de operar COOBUS, esto es desde junio del año 2014, hasta la fecha de terminación del contrato, por lo que si se tomaba la literalidad del artículo que la regulaba, se cometía una imprecisión en esa liquidación. Enfatizó que, debía considerarse que el proceso de liquidación tenía una fecha de apertura, el 19 de agosto de 2016, por lo que no podía hacerse más gravosa la situación de los demás acreedores que también estaban pretendiendo la reclamación de dichos rubros, bajo tal entendido, la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, no sería procedente.

Agregó que, también se encontraba inconforme la responsabilidad solidaria objeto de condena, acotando que no se tuvo en cuenta que Transmilenio gestiona, organiza y planea, más no presta el servicio público de transporte, situación que se encuentra expresamente prohibido en el numeral 6 del artículo 3 del Acuerdo 04 de 1999, en razón de ello no puede contratar conductores, porque no explota el servicio público de transporte, no es propietario de los vehículos, no es socio, ni operador del servicio de transporte; por consiguiente, debe tenerse en cuenta que el contrato de concesión determina el alcance de esa gestión como ente gestor, no como operador ni como persona a cargo, o persona jurídica a cargo de la explotación en razón a que jurídicamente y legalmente no podría realizarlo, en ese sentido estaría en la excepción contemplada en el artículo 34 del CST.

Acotó que, la figura de responsabilidad solidaria se constituía cuando las actividades desarrolladas por el contratista independiente eran funciones ejercidas normalmente por la beneficiaria y se encontraban directamente relacionadas con el

objeto social del beneficiario, en este caso Transmilenio no podía operar y explotar el servicio público de transporte, situación que había sido analizada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 35864 del 1 de marzo de 2011, aunado a que no existía ningún tipo de subordinación en cabeza de Transmilenio frente a la demandante derivada del contrato de concesión.

Finalmente, plasmó su inconformidad respecto a la compensación reconocida por el despacho, ya que se indicaba sobre dos valores que se realizaron en efectivo, pero no se tuvo en cuenta que al actor se le había adjudicado un vehículo, por un valor superior a \$11.000.000.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación en estricta consonancia con las inconformidades allí planteadas, ello en aplicación del artículo 66 A del CPTSS.

De conformidad con los recursos de alzada corresponde a esta Sala decisión establecer: **i)** si el extremo final del contrato laboral suscrito entre el actor y la empresa COOBUS S.A.S. en liquidación corresponde al 19 de agosto de 2016, momento en que se decretó la apertura del proceso liquidatorio ante la Superintendencia de Sociedades; **ii)** si hay lugar a la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, en caso afirmativo, desde cuándo debe imponerse la misma y el salario sobre la cual debe ser calculada; **iii)** si existen soportes de pago de la prima de 2013, y primera quincena de 2014, y si los mismos deben ser descontados de las condenas impuestas, así como la adjudicación del vehículo que se hizo dentro del proceso concursal por la suma de \$11.000.000; y **iv)** si existe responsabilidad solidaria por parte de la demandada Transmilenio S.A.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre el señor Víctor William Casallas Riaño y la empresa COOBUS S.A.S. en liquidación existió un contrato laboral a término indefinido, que inició el 18 de diciembre de 2012, para ejecutar la labor de operador de bus del sistema integrado de transporte público (f° 62 a 66, exp. Físico); **ii)** que el contrato le fue suspendido por parte del empleador, dejando de pagar salarios y acreencias laborales desde junio de 2014; **iii)** que el 19 de agosto de 2016, se decretó la apertura del proceso liquidatorio de la empresa COOBUS S.A.S. por parte de Superintendencia de Sociedades y que dentro de dicho proceso el actor se hizo parte, reconociéndosele a su favor como valor adeudado por salarios, acreencias laborales e indemnizaciones la suma de \$44.119.493; **iv)** que dentro el proceso concursal al señor Víctor Casallas se le

reconocieron y pagaron las sumas de \$3.259.352 y \$5.974.067 (f° 80 a 81, CD f°155, exp. Físico); **v)** que entre COOBUS S.A.S. en liquidación y Transmilenio S.A. se suscribió un contrato de concesión para la «*prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP*» (CD f°155, exp. Físico).

i) Extremo final de la relación laboral

Sostuvo el Juez de primera instancia que el extremo final de la relación laboral debía considerarse a partir del 19 de agosto de 2016, teniendo en cuenta el auto que decretó la apertura del proceso de liquidación y la aceptación por parte de COOBUS S.A.S. en liquidación de los hechos 20 y 21, de la demanda.

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la suspensión del contrato de trabajo por parte del empleador no devino de algunas de las causales legales previstas en el artículo 51 del CST, pues si bien milita a folio 69, carta expedida por la empresa COOBUS S.A.S. en liquidación y dirigida al actor que data de noviembre de 2014, en la que le informó que el día 14 de ese mismo mes y año, se presentarían ante el Ministerio del Trabajo para pedir permiso para la suspensión del contrato; no obstante, no existe dentro del informativo constancia de ello; por consiguiente, la no prestación del servicio se dio por causa imputable al empleador, lo cual le acarreó la consecuencia impuesta en el artículo 140 del CST, relativa al pago de salarios, cuya cancelación efectiva era carga probatoria que tenía la parte demandada acorde con lo previsto en el artículo 167 del CGP.

Ahora bien, revisada la contestación de la demanda por parte de COOBUS S.A.S. en liquidación (f° 19, exp. Físico), la accionada reconoce, como lo dijo el *a quo*, que la terminación del contrato laboral se dio como consecuencia del inicio del proceso de liquidación; aunado a ello, resulta relevante la prueba documental obrante a folio 77 del expediente, de fecha 20 de septiembre de 2020, suscrita por la señora Omaira Grijalba Camacho en calidad de liquidadora dentro del proceso concursal ante la Superintendencia de Sociedades y dirigida al señor Casallas Riaño, en la que se le comunica:

Teniendo en cuenta los anteriores antecedentes y de acuerdo a la información recibida por el Proceso de Intervención ordenado por la Superintendencia de Puertos y Transporte se observa que al parecer existiría una relación contractual sin que tengamos certeza de la naturaleza de la misma, la cual en cualquier caso debe ser objeto de terminación como efecto propio (sic) ipso jure de la apertura del proceso de liquidación de COOBUS S.A.S.

Como consecuencia de lo anterior por medio de la presente comunicación se le notifica la terminación de cualquier relación contractual que pudiera existir con la

empresa en Liquidación con fecha 19 de agosto de 2016. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, no cabe duda que la relación laboral, en efecto, finalizó el 19 de agosto de 2016, sin que tenga sustento las razones señaladas por el recurrente frente a que el actor con anterioridad a dicha calenda ya había interpuesto otra demanda¹ pretendiendo el reconocimiento de acreencias laborales y salarios adeudados, por cuanto una manifestación expresa proveniente de la empresa a través de su liquidador en la cual se dio por terminado el contrato.

ii) De la indemnización moratoria del artículo 65 CST

La parte demandada Transmilenio S.A. argumenta que no sería adecuado imponer esta sanción debido a que la codemandada COOBUS S.A.S. se encuentra en proceso de liquidación que comenzó el 19 de agosto de 2016. Por lo tanto, imponer esta sanción haría que la situación de los demás acreedores que también están reclamando dichos rubros sea más gravosa. Para resolver el asunto, es importante recordar lo que ha establecido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto de los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en donde ha sostenido que en principio no constituyen de manera automática buena fe, como tampoco situación de caso fortuito o fuerza mayor que exoneren de la indemnización moratoria, y aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional deberá quien así lo alegue, demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio y, por ende, previsible de la actividad productiva. Así quedó plasmado CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 37288, en la que sostuvo:

*Ha sido una constante para la Corte, como se aprecia en las sentencias de esta Sala citadas por el ad quem y por el censor, de cara a la condena por indemnización moratoria, que, **en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio, tal circunstancia no exonera de la indemnización moratoria; en dicho caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe.***

Verbigracia, desde tiempo atrás, en la sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, esta Sala asentó:

“LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y SUS EXIMENTES:

Con arreglo al artículo 65 del C.S.T. si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos en que la ley o el convenio lícito de las partes autoricen retención, a este corresponde el derecho de percibir un día de salario por cada día de retardo a título de indemnización.

¹ Proceso 11001310503120160019801, providencia del 28 de febrero de 2017, TSB SL declaró falta de competencia.

En caso de que este derecho indemnizatorio sea reclamado por vía judicial, la jurisprudencia ha precisado que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de esta emerge la buena fe exonerar al patrono.

Dicha buena fe alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexo, entienda plausiblemente que no estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir que sus argumentos para no haber pagado resulten valederos.

Como ejemplo típico de buena fe puede mencionarse que el patrono haya estado convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la relación laboral ofrecía tales características externas de independencia que la ubicaban en una zona gris respecto del elemento de subordinación. También es dable citar la hipótesis en que se haya dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional.

Debe distinguirse en todo caso, la buena fe como circunstancia exonerante de los llamados salarios caídos, de otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor. En estos eventos el obligado no desconoce su compromiso, sino que alega insuperables hechos impeditivos de su cumplimiento. Verbigracia, si el empresario, a punto de efectuar el pago final de los derechos de determinados trabajadores, no lo puede hacer porque un incendio imprevisto, imprevisible e irresistible consume el dinero destinado a la cancelación, por obvios motivos no debe responder por la demora razonable en volver a conseguir los respectivos medios de pago.

Desde luego, si se pretende alegar fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral y particularmente como eximentes de la indemnización moratoria, han de aparecer comprobados los requisitos de la figura, vale decir que el hecho no sea imputable al deudor, que sea irresistible en el sentido de que el empleador no haya podido impedirlo y quede en imposibilidad absoluta de cumplir la obligación a tiempo, y que el hecho haya sido imprevisible, esto es, que el obligado no haya podido precaver su ocurrencia, de acuerdo con las circunstancias del caso.

LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala **la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.**

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia **que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional**, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que

frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N. art. 333)”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Dicho criterio, ha sido reiterado por esa Coporación, entre otras, en la sentencia CSJ SL845-2021, en la que se adocrinó:

Por anticipado, se advierte que la censura tiene razón cuando asevera que el ad quem desacertó al concluir que la crisis financiera de la empresa constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. En efecto, esta Corporación tiene adocrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente.

Así las cosas, revisada la resolución 1938 del 8 de marzo de 2013 (CD f° 155, PDF 1, Exp. físico), expedida por la Superintendencia de Puertos y Transporte por medio de la cual se ordenó: «tomar la medida de sometimiento a Control en los términos del artículo 85 de la Ley 222 de 1995, a la sociedad OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS DE TRANSPORTES COOBUS S.A.S. NIT 900.396.145-3 [...]», en ella se indicó que entre el concesionario (COOBUS S.A.S.), y el gestor (TRANSMILENIO S.A.), se suscribió un pacto de cumplimiento el 28 de diciembre de 2012, donde COOBUS S.A.S. se obligó, entre otras, a suministrar la información financiera trimestral y al mantenimiento del cierre financiero; sin embargo, al efectuarse la visita por parte de dicha Superintendencia en el año 2013, encontró capital suscrito y pagado con inconsistencias y cuentas por cobrar a los accionistas en mora superior a 322 días; tales argumentos permiten establecer que la crisis financiera que llevó a la sociedad a su liquidación judicial, se debió a comportamientos inadecuados de sus estados

financieros, aspecto que no puede repercutir desfavorablemente al trabajador, pues este no tenía por qué asumir los riesgos o pérdidas de la sociedad demandada, aunado a que la solicitud del proceso de liquidación fue presentado mucho tiempo después de que finalizará la relación laboral.

De suerte que, es claro que la empresa demandada no entró en proceso de liquidación por existir fuerza mayor o caso fortuito, sino por un mal manejo financiero de sus recursos, lo cual puso en riesgo los derechos laborales de sus trabajadores, siendo un aspecto prioritario en todo tipo de contratación, situación que debió prever, lo cual da lugar al reconocimiento y pago de la indemnización solicitada, tal y como fue analizado por el sentenciador de primer grado.

De otra parte, los recurrentes se encuentran inconformes con los extremos que tuvo en cuenta el *a quo* para su imposición, a fin de dirimir la discusión es necesario traer a colación lo dispuesto por la norma, la cual consagra:

ARTÍCULO 65. INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO.

<Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

*1. **Si a la terminación del contrato**, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. (Negrilla fuera del texto original)*

[...]

Como bien se desprende de la norma en cita, dicha indemnización en efecto surge a partir de la terminación del contrato, cuando se adeuda al trabajador salarios y prestaciones, así también lo enseñó la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL, 21 may. 2010, rad. 35265, en la cual dijo:

Como surge de lo arriba reseñado por la Sala, la indemnización moratoria demandada se funda en la omisión en el pago completo de prestaciones sociales, pago que aunque definitivo, no se causó a la terminación del contrato de trabajo, sino por el paso del actor al régimen o sistema retributivo denominado salario integral.

Por esa razón, importa traer a colación lo que la Corte en un asunto análogo al presente explicó en relación con las condiciones exigidas por la ley para que se cause la indemnización moratoria.

“En lo pertinente al presente asunto, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para la época de los hechos, era del siguiente tenor: “1. Si a la terminación del contrato el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los

casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.” (El subrayado es de la Sala).

“Del texto anteriormente transcrito se desprende para la Corte, de manera incontrastable, que la indemnización que ahí se consagra sólo se causa a partir de la terminación real y efectiva del contrato de trabajo, independientemente de que la omisión del empleador se haya generado durante el desarrollo de la relación laboral. Consecuencia obligada de ello es que mientras el contrato de trabajo se encuentre vigente no puede ser un empleador condenado al reconocimiento de la mencionada indemnización, por no poder causarse ella legalmente”. (Sentencia del 19 de abril de 2006, radicación 26198).

Y en este caso acontece que, como surge de los hechos de la demanda, el contrato de trabajo del actor, para cuando tal libelo se presentó, se encontraba en pleno vigor toda vez que, como se afirmó en ese propio escrito inicial, el 7 de octubre de 1995 se produjo la sustitución patronal entre la sociedad convocada a juicio y Omimex de Colombia Ltd., fenómeno jurídico-laboral que no podía traer como efecto la terminación de ese contrato, con arreglo a lo estipulado por el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, que manda el mantenimiento del contrato laboral con la plenitud de sus efectos, en caso de presentarse una sustitución de empleadores.

No escapa al criterio de la Corte que, en los términos del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, la liquidación de prestaciones sociales de que da cuenta el documento de folio 291 (Cdn. Principal) tiene carácter definitivo, pero debe tomarse en consideración que, de acuerdo con el precepto arriba indicado, esa liquidación, si bien concluyente, no significó la terminación del contrato de trabajo, el cual continuará rigiendo hasta que se presente uno de los eventos que, de acuerdo con la ley, den lugar a su extinción, suceso del que no existe noticia en el proceso.

[...]

En conclusión, aun de encontrar la Corte que la demandada no estaba acompañada de razones serias y atendibles para no haber incluido en la liquidación de prestaciones sociales efectuada con extremo el 31 de diciembre de 1992 los valores que echa de menos el demandante, **ello a nada conduciría pues no sería jurídicamente posible condenarla al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por la razón de no existir prueba en el proceso de la terminación del contrato de trabajo, lo que, adicionalmente, impide establecer la fecha a partir de la cual debería la demandada esa indemnización.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En este hilo argumentativo, se debe considerar que la terminación de la relación laboral ocurrió el 19 de agosto de 2016, en lugar de la fecha determinada por el juez de primera instancia. Esto se debe a que el contrato permaneció vigente entre el 16 de junio de 2014 y el 19 de agosto de 2016, a pesar de la suspensión del contrato por parte del empleador.

En este orden, la sanción que podría ser atribuida al empleador por el interregno comprendido entre el 16 de junio de 2014, al 19 de agosto de 2016, era la prevista en

el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que también hace referencia a un día de salario por cada día de mora, pues esta sí permite que sea impuesta durante la vigencia del contrato ante la no consignación del auxilio de cesantías y solo a partir de la terminación del contrato es que corre la indemnización del artículo 65 del CST, como lo estableció la Corte en sentencia CSJ SL, 3 jul. 2013, rad. 40509; empero dicha sanción no fue solicitada por la parte actora, de manera que no habría lugar a su imposición.

En cuanto al salario que debe tenerse en cuenta para su liquidación, si bien el Juez no determinó de manera concreta el valor del salario con el que se calculó la indemnización moratoria, debe decirse que tal aspecto no fue objeto de discusión por la demandada COOBUS S.A.S. en liquidación en la contestación de la demanda al haber aceptado los hechos 6 y 7 (f° 148, exp. Físico), además, ello se corrobora con la última certificación expedida por dicha sociedad de fecha 12 de febrero de 2015, en donde certificó que el actor devengaba una asignación básica de \$850.000, más una bonificación de \$300.000 (f° 72, exp. Físico), por lo cual se concluye que el actor devengó mensualmente la suma de \$1.150.000, es así que sobre dicho emolumento es que se debe calcular la indemnización.

De conformidad con lo expuesto, se modificará parcialmente la sentencia de primer grado, para en su lugar, condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST. En tal virtud, comoquiera que el salario percibido por el trabajador a la finalización del contrato de trabajo el 19 de agosto de 2016, era superior al mínimo legal vigente en esa anualidad², dicha indemnización corresponde a un día de salario por cada día de mora, desde el día de la terminación del contrato de trabajo y hasta por 24 meses, comprendidos entre el 19 de agosto de 2016 y el 19 de agosto de 2018; a partir del mes 25, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre las sumas que generan dicha sanción, tal y como lo establece el numeral 1° del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, salvo que la empleadora se hubiera liquidado definitivamente con anterioridad a estas calendas, de lo cual no obra prueba alguna en el informativo, puesto que no se allegó el acta final de la liquidación de COOBUS S.A.S. en liquidación; lo anterior, tiene sustento en lo señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL854-2021, al analizar un caso similar, en donde la convocada a juicio fue liquidada, sostuvo:

² SMLMV 2016: \$689.455

[...] la sanción moratoria operará hasta la liquidación de la entidad responsable, esto es, la suscripción del acta final de liquidación de Caprecom que fue publicada en el Diario Diario Oficial n.º 50129 de 27 de enero de 2017, en razón a que partir de entonces, la convocada a juicio perdió toda posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo.

La Sala subraya que, con la extinción definitiva de la empresa estatal, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, de modo que no es viable extender la sanción más allá del 27 de enero de 2017. Así lo ha entendido esta Corporación en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden de reintegro o de reinstalación más allá de su existencia; pues bien, lo mismo sucede en tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demora en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir (CSJ SL2584-2019).

Así las cosas, como ocurrió la liquidación de Caprecom, la sanción moratoria se calcula hasta que esta dejó de existir, esto es, hasta el 27 de enero de 2017.

Por consiguiente, la condena por dicha indemnización asciende a **\$27.600.000:**

Indemnización art. 65 C.S.T.				
Desde	Hasta	Días de mora	Salario diario	Valor de la indemnización
19/08/2016	19/08/2018	720	\$ 38.333,33	\$ 27.600.000,00
Valor de la Indemnización moratoria				\$ 27.600.000,00

iii) De la prima de servicios y la compensación frente a sumas pagadas por la empresa COOBUS S.A.S.

Aduce el recurrente que el operador de primer grado no tuvo en cuenta los documentos allegados por la parte demandante donde se encontraba soportado el pago de la prima del año 2013 y pago de la primera quincena de 2014. Al respecto, si bien el *a quo* no aportó la liquidación con la que se determinó los valores objeto de condena, lo cierto es que en su decisión señaló que el último pago que se encontraba acreditado dentro del proceso era de junio de 2014 (CD fº 240, min: 14:06), conforme se evidenciaba del folio 144 del cuaderno principal. De ello se colige que sí tuvo en cuenta la documental a la que hace alusión la demandada al momento de determinar los valores adeudados; en cuanto a la prima de 2013, debe decirse que dicha prestación no fue objeto de debate dentro del proceso, ya que conforme se puede apreciar de la pretensión 10 de la demanda el actor solicitó su pago desde el 4 de abril de 2014 (fº 129, exp. físico).

Por otra parte, frente a la adjudicación del vehículo a favor del actor dentro del proceso concursal adelantado por la Superintendencia de Sociedades por la suma de \$11.480.204, si bien se encuentra soportado tal adjudicación con las probanzas que

militan a folios 212 a 235 del expediente físico, no existe constancia de la materialización de la entrega de dicho bien, el traspaso de la propiedad, pues no se allegó un certificado de tradición y libertad del automotor, ni la tarjeta de propiedad del automóvil adjudicado que acredite al señor Víctor William Casallas como dueño del mismo, para esa data.

Adicionalmente, el actor en su interrogatorio de parte manifestó que aún no ha recibido el vehículo y que el mismo sigue a nombre de COOBUS; asimismo la representante legal de dicha sociedad refirió que los vehículos fueron entregados en condiciones óptimas, pero que tienen una medida de embargo pendiente por parte de la Superintendencia, por lo que se está solicitando sea levantada, bajo tal contexto no hay lugar a compensar el valor del vehículo adjudicado, pues se reitera aún no se ha hecho entrega efectiva del mismo.

iv) Responsabilidad solidaria artículo 34 del CST

Alega la demandada Transmilenio S.A. que no es factible en el presente caso declarar la responsabilidad solidaria contemplada en el artículo 34 del CST, teniendo en cuenta que dicha sociedad no es responsable de la operación y explotación del sistema, las cuales se ejecutan a través de personas privadas llamadas concesionarias, como tampoco la labor ejecutada por el actor hace parte del objeto social de Transmilenio, debiéndose estudiar la prohibición contemplada en el Acuerdo 04 de 1999.

Para resolver lo pertinente, instituye el artículo 34 del CST, lo siguiente:

ARTÍCULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Teniendo en cuenta la norma transcrita, existe solidaridad entre el beneficiario de la obra o del servicio y el contratista independiente, en relación con las obligaciones laborales de los trabajadores de este, siempre que las actividades contratadas tengan una relación directa con aquellas que se derivan del giro ordinario de sus negocios, aspecto frente al cual la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se ha pronunciado en sentencia CSJ SL1983-2019, en la que señaló:

En torno a este puntal aspecto, cabe rememorar lo sostenido por la Sala en la sentencia CSJ SL,601-2018, en la que se dijo:

Conforme a dicha norma, existe solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente, respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de este siempre que las actividades contratadas por el dueño de la obra tengan una relación directa con aquellas que derivan del giro ordinario de sus negocios.

Sobre la figura jurídica del contratista independiente, la Corporación (CSJ SL12234-2014) ha señalado lo siguiente:

(...) conviene memorar que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que son contratistas independientes y, en tal sentido, verdaderos empleadores, quienes ejecuten una o varias obras o cualquier servicio en favor de un tercero, por un precio determinado, con la asunción de todos los riesgos y la utilización de sus propios medios, con libertad y autonomía técnica y directiva en la realización del objeto contratado (...).

En dicho precepto se impone la solidaridad al beneficiario o dueño de la obra, respecto del valor de los salarios, indemnizaciones y prestaciones sociales, cuando lo contratado obedezca a actividades normales de su empresa o negocio, sin perjuicio de que “estipule con el contratista las garantías del caso o para que se repita contra él lo pagado. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de los subcontratistas”.

Tal disposición se inspira en el respeto por los derechos de los trabajadores, independientemente de la modalidad que adopten los contratantes, de manera que corresponde al juzgador, como primera medida, establecer si, en efecto, la labor contratada hace parte del giro de los negocios ordinarios de la empresa, con el objetivo de resolver si existe o no solidaridad. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Revisado el Certificado de Cámara y Comercio de la empresa Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. se tiene que su objeto social consiste en lo siguiente:

[...] la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia bajo las modalidades de transporte terrestre automotor, transporte terrestre ferro y sistemas alternativos de movilidad como el cable aéreo, entre otros, en las condiciones que señalen las normas vigentes, las autoridades competentes y sus propios estatutos. De igual forma, TRANSMILENIO S.A. podrá organizar, operar, prestar, explotar, administrar, gestionar

y soportar servicios de telecomunicaciones dentro el territorio nacional y en conexión con el exterior en las modalidades permitidas por la Ley, en relación con el servicio de transporte y sus actividades conexas y complementarias. Así mismo, corresponde a TRANSMILENIO S.A. la administración exclusiva del sistema, para lo cual determinara (sic) en coordinación con las autoridades competentes y dentro del marco legal, las explotaciones colaterales que conforme a las condiciones físicas, tecnológicas y de utilización del sistema pueda llevarse a cabo para promover y beneficiar la prestación del servicio público (sic) de transporte masivo [...] (fº. 163 a 166).

Al examinarse el contrato de concesión No. 005 de 2010, denominado «para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP para la zona 3) Fontibón, con operación troncal suscrito entre la empresa de transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A. y la Sociedad Operador Solidario de Propietarios Transportadores COOBUS S.A.S.» (CD fº 187, PDF 05, EXP. Físico), se logra apreciar que a esta última sociedad se le otorgó las facultades de garantizar la prestación del servicio público esencial urbano masivo de pasajeros en condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad, implementar el sistema de transporte público de pasajeros organizado, eficiente y sostenible para la ciudad de Bogotá, garantizar el cumplimiento de la oferta presentada por el concesionario en el proceso de selección, y en la cláusula 24 se establecieron las obligaciones de Transmilenio S.A., así:

CLÁUSULA 24. OBLIGACIONES DE TRANSMILENIO S.A.

La concesión que se otorga por medio del presente **Contrato**, implica para **TRANSMILENIO S.A.** las siguientes obligaciones:

- 24.1. Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión y control del **Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP**, en los términos establecidos en el presente **Contrato** y en el Manual de Operación, que permitan

al **CONCESIONARIO** el desarrollo de la actividad de transporte, que es objeto de la presente **Concesión**.

- 24.2. Establecer los lineamientos técnicos a los cuales se deben someter la operación del **SITP**, a través de los Manuales que elabore al efecto.
- 24.3. Tramitar diligentemente las apropiaciones presupuestales que se requieran para solventar las prestaciones económicas que surjan a su cargo en desarrollo del presente **Contrato**, cuando a ello haya lugar.
- 24.4. Otorgar al **CONCESIONARIO** el derecho de uso de las licencias de software que sean tramitadas y obtenidas por el **CONCESIONARIO** del **SIRCI** a nombre de **TRANSMILENIO S.A.** que sean necesarias para la programación y operación de los centros de control del servicio público de transporte de pasajeros del **SITP**, durante la vigencia del **Contrato de Concesión**.
- 24.5. Adoptar las medidas necesarias para garantizar la pacífica tenencia de los bienes o derechos afectos o entregados para la explotación de la **Concesión**. Esta obligación se entiende únicamente respecto de la evicción.

De lo expuesto, surge con evidencia que el cargo ejercido por el actor que correspondió a la de «operador de bus», tiene conexidad con el objeto social de Transmilenio, entre las cuales se encuentra principalmente «la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público», dentro de lo que se entiende se encuentra incluido el personal que conduce los vehículos de servicio público, pues sin ello su objeto social no podría desarrollarse; si bien Transmilenio se encuentra facultado para contratar con terceros la operación del sistema, el servicio sigue estando bajo su vigilancia y control, por lo que lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 3° del Acuerdo 04 de 1999 (CD f° 187), en la cual refiere: «TRANSMILENIO S.A. no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por sí (sic) mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas», no lo excluye de responsabilidad, toda vez que la labor ejecutada por el actor se realizó en beneficio de esta, incluso en el inciso segundo del numeral mencionado se establece:

TRANSMILENIO S.A. será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o los contratos.

De ese modo, a pesar de que Transmilenio S.A. no pueda ser operador ni socio del servicio, sí se encuentra bajo su cargo ciertas responsabilidades como lo es, en este caso, la de carácter laboral, pues una cosa es que no pueda participar en la gestión, pero otra muy distinta es que la norma lo exima de responsabilidad frente al desarrollo de la misma.

Téngase en cuenta además, que un Acuerdo Distrital no puede ir en contra de una norma legal, de suerte que prevalece en este caso lo contemplado en el artículo 34 del CPTSS, norma que precisa «se impone la solidaridad al beneficiario o dueño de la obra, respecto del valor de los salarios, indemnizaciones y prestaciones sociales, cuando lo contratado obedezca a actividades normales de su empresa o negocio», situación que evidentemente se da en este asunto, pues el servicio SITP es una actividad complementaria del sistema de transporte que ofrece Transmilenio y que se encuentra plasmado en su objeto social.

En este orden, a juicio de la Sala, no cabe duda que existe la solidaridad declarada por el *a quo*, pues la labor desarrollada por el actor no es extraña al giro ordinario de Transmilenio S.A., por lo contrario, es una labor intrínseca a su objeto social. En relación con el tema la Sala de Casación Laboral de Sala de Descongestión

de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL5017-2021, en un caso similar al presente donde concurren las mismas partes aquí accionadas, señaló:

Contrario a lo que afirma la censura en el segundo cargo, los objetos sociales de las demandadas (fls. 14 a 21) denotan rasgos comunes y conexos. Nada distinto puede colegirse de que Coobus S.A.S., en Liquidación, hubiera sido creada fundamentalmente para operar o explotar la actividad concesionada por Transmilenio S.A. y se enfocara en «la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP». La actividad principal de la aquí recurrente, por su parte, no es otra que «la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros en el distrito capital y su área de influencia».

De esta suerte, emerge evidente e innegable que la actividad principal de Transmilenio S.A., encaminada en lo fundamental a la gestión y administración del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros en el Distrito Capital, se sirve, nutre y beneficia de la operación de transporte desplegada por las empresas concesionarias, como la codemandada. Por tanto, antes que desvirtuar, la confrontación de dichos objetos sociales reafirma la relación entre las actividades de la contratista y la contratante. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Y tal panorama no varía por lo señalado en el Acuerdo 4 de 1999 y su Decreto Reglamentario Distrital 831 del mismo año (Cd a folio 94), también mencionados en el segundo cargo. Si bien, el Acuerdo de marras dispone en su artículo 3, numeral 6, que Transmilenio S.A. no puede actuar como operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor, ello no genera la desaparición del innegable nexo de afinidad entre la actividad de transporte, que a la sazón desarrollaba Coobus S.A.S., en Liquidación, con el propósito o misión de la entidad contratante.

Adicionalmente, cumple no desapercibir que los propios Acuerdo y Decreto Reglamentario prevén que, en cualquier caso, Transmilenio S.A. podrá prestar directamente el servicio cuando por alguna contingencia contractual, los operadores particulares no puedan hacerlo. Así mismo, además de reiterar el alcance del objeto social de Transmilenio S.A., la primera normativa hace énfasis en que la recurrente debe «asegurar la prestación del servicio a su cargo» (artículo 3, numeral 2). De ahí que, se insiste, no existan elementos para concluir que la operación de transporte público urbano sea ajena a quien, como se vio, debe gestionarla, garantizarla y, eventualmente, prestarla. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Además de servir de sustento para desestimar la acusación en su conjunto, lo hasta aquí expuesto responde puntual y armónicamente a las inconformidades en materia de valoración probatoria.

Resta por decir que la valoración del contrato de concesión 05 de 2010 y los demás documentos asociados al incumplimiento del contratista y la declaratoria de caducidad en sede administrativa, en nada contribuyen a variar las conclusiones sobre la responsabilidad solidaria de Transmilenio S.A., que es lo que aquí se discute.

Por lo anterior, se colige que le asiste razón al operador de primer grado en declarar la responsabilidad solidaria con Transmilenio S.A.

Acorde con lo señalado, se modificará parcialmente el ordinal quinto de la sentencia apelada, respecto de la liquidación de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, en lo demás se confirmará.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, comoquiera que los recursos de alzada prosperaron parcialmente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el ordinal quinto de la sentencia apelada proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada COOBUS S.A.S. en liquidación y solidariamente a Transmilenio S.A. a reconocer y pagar la suma de \$27.600.000, por concepto de indemnización moratoria generada entre el 190/08/2016, al 19/08/2018; a partir del mes 25, se causan los intereses moratorios hasta cuando se cancelen los salarios adeudados que dan lugar a dicha sanción, o hasta la liquidación final de la sociedad COOBUS S.A.S. en el evento de haber ocurrido esta antes de dichas calendas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VÍCTOR WILLIAM CASALLAS
RIAÑO CONTRA OPERADOR DE BUS SOLIDARIO DE PROPIETARIOS
TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN Y OTRO (RAD. 33-
2018-00037-01)**

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me aparto de las razones que condujeron a la mayoría a considerar que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., lo sería entre el 19 de agosto de 2016 hasta el 19 de agosto de 2018 y a partir del mes 25, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre las sumas que generan dicha sanción, bajo el argumento de con anterioridad a dicha calenda el empleador no demostró que se hubiera liquidado definitivamente, ya que no allegó el acta final de la liquidación de la sociedad.

Lo anterior, en tanto que contrario a lo que se dijo, la sanción se debió extender solo hasta la fecha en que la Superintendencia de Sociedades ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar, en este caso, a Coobus S.A.S., situación que ocurrió a través de Auto 400-012524 de 19 de agosto de 2016, en la medida que posterior a dicha data la accionada no podía hacer uso de los activos, por estar supeditada a las determinaciones que, al respecto, emitiera la citada entidad, de conformidad con las previsiones enseñadas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL 2833-2017.

Así las cosas, si la finalización del laborío ocurrió el 19 de agosto de 2016 y la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a Coobus S.A.S., tuvo lugar en esa misma calenda, no habría lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria, por tanto, la encartada debió ser absuelta de esta pretensión.

En los anteriores términos dejo plasmada mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105031202100201-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ROBERTO FAJARDO CASTILLO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
VINCULADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor Roberto Fajardo Castillo se condene a la AFP Protección S.A., a reconocerle y pagarle una pensión de vejez de garantía de pensión mínima, desde el 1 de noviembre de 2019, fecha en que cumplió requisitos, a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a la indexación, ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carp 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que nació el 01 de noviembre de 1957; que cotizó al RPM- ISS 521,29 semanas entre el 01/07/1987 y el 20/06/1997; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., donde aportó 1.160,58 semanas desde el 01/04/1999 hasta el 30/08/2011.

Narró que, al 1 de noviembre de 2019, acreditó 62 años de edad y 1.160,58 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; que el 10 de diciembre de 2019, dio inició a la solicitud de su prestación de vejez por garantía de pensión mínima bajo

el código de asesoría V19G78035; que el 19 de igual calenda, entregó todos los documentos requeridos por la AFP, aclarando que su historia laboral estaba completa y sin inconsistencias; que ante el silencio de la demandada, el 8 de agosto de 2020, realizó una reclamación por la demora en el trámite, a la cual se le dio respuesta el 25 de la misma calenda, bajo el radicado QOR-01139283 informándole que su trámite estaba en etapa de análisis.

Expuso que, el 14 de agosto de 2020, mediante derecho de petición dirigido a la Superintendencia Financiera de Colombia, solicitó que coadyuvara la solicitud de pensión realizada ante Protección S.A. (el 19-12-2019), como ente que vigila esa entidad; que la demandada el 27 de igual calenda, le informó que estaba adelantando la gestión de la Garantía de Pensión Mínima ante la Oficina de Bonos Pensionales, reiterándole que la OBP era quien determinaba ese derecho; que en cuanto tuvieran una respuesta definitiva para el caso se la notificarían; que el 7 de septiembre de 2020, mediante derecho de petición dirigido a la oficina de Bonos Pensionales, peticionó se le explicara el motivo del porqué no se había emitido su bono pensional, a lo cual le dieron respuesta, indicándole que:

"(...) El 3 de marzo de 2.020, la AFP PROTECCION S.A. tramitó a través del sistema interactivo de bonos pensionales de la OBP la solicitud de reconocimiento de la Garantía de Pensión Mínima Definitiva a favor del señor ROBERTO FAJARDO CASTILLO identificado con C.C. 19.342.039... Dentro de la información solicitada para el estudio y aprobación de la GPM, la AFP PROTECCIÓN adjuntó el archivo de semanas cotizadas por el señor ROBERTO FAJARDO CASTILLO al RAI, el cual presenta entre otros, pago de cotizaciones efectuados en el mes de febrero de 2019 como independiente, correspondientes a los periodos de cotización agosto de 2010 a agosto de 2011 (pagos extemporáneos omisos... Por lo anterior y en concordancia con lo señalado en el Parágrafo 4, Artículo 103, Ley 1943 de 2018, la administradora de pensiones Protección debe adjuntar como soporte del pago de las cotizaciones realizadas como independiente y de forma extemporánea por el señor FAJARDO CASTILLO al RAI, el respectivo cálculo actuarial aprobado por la AFP; documento que no se evidencia en la solicitud de GPM efectuada. El 03/03/2020 por PROTECCION S.A; siendo esta la razón de la NO aprobación de la GPM por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (...)"

Expuso que, el 3 de septiembre de 2020, presentó derecho de petición ante la AFP Protección solicitando le explicaran: i) cuáles son los periodos extemporáneos con que cuenta en su historia laboral, si en esta NO se evidenciaba ninguna inconsistencia; ii) cuál es el empleador que cotizó los periodos presuntamente extemporáneos; iii) cuál fue la respuesta de la consulta escalada a la ADRES, y una copia del certificado de rechazo por parte del Oficina de Bonos Pensionales la Garantía de Pensión Mínima por los periodos extemporáneos en la historia laboral, pero que a la fecha de presentación de la demanda no se le había dado respuesta.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º archivo 12, carp 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la

fecha de nacimiento del actor; que pertenece a esa AFP donde aportó 634,29 semanas; que tiene derecho a un bono pensional; que inició los trámites para la pensión de vejez con garantía de pensión mínima y el 19 de diciembre de 2019, entregó todos los documentos requeridos para la misma, los comunicados que emitió, y que presentó una petición el 3 de septiembre de 2020; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, y a otros que no eran ciertos. Aclaró que, de manera escrita el 26 de abril de 2021, se informó al actor, que se presentaba una anomalía en el pago de los aportes correspondientes al periodo de agosto de 2010, a agosto de 2011, porque fueron extemporáneos, constituyéndose en un pago errado debido a que el mismo se canceló sin la liquidación correspondiente al cálculo actuarial, por lo que para dar continuidad con el trámite era necesario cancelar la diferencia económica existente entre aportes y mora, conforme un cálculo actuarial.

Propuso como excepción previa la de falta de integración de litis consorcio por pasiva con la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales. Y de fondo, las de hecho de terceros, falta de causa legítima para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación y pago, y la innominada.

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 02 de agosto de 2021, tuvo por contestada la demanda por parte de la AFP Protección S.A., y ordenó vincular a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales, entidad que una vez notificada contestó la demanda (archivo 17 carp 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones, porque la AFP demandada no había solicitado de manera correcta y completa en nombre del actor, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima ante esa corporación, por ende, la misma había sido rechazada.

Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que estuvo afiliado al RPM-ISS; que tiene derecho a un bono pensional; que el 7 de septiembre de 2020, el demandante presentó una petición a la que le dio respuesta; a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, la fecha de redención normal del bono pensional era el 1 de noviembre de 2019; que la AFP el 28 de diciembre de 2019, solicitó a través del sistema interactivo de esta oficina la EMISIÓN y REDENCIÓN (PAGO) del bono pensional, petición que fue atendida por esa oficina a través de la Resolución 21429 del 23 de enero de 2020.

Respecto de la garantía de pensión mínima, dijo que la solicitud realizada por la AFP Protección S.A., fue rechazada porque *«en el archivo plano de cotizaciones se evidencia pago de aportes extemporáneos superiores a 26 semanas, efectuados a partir del 01/01/2019 como independiente, la AFP no adjunta los soportes requeridos»*.

Formuló como excepciones de fondo las de, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es una entidad de previsión social, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 02 de mayo de 2022 (archivo 34-35 carp 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante, ROBERTO FAJARDO CASTILLO, a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A. Y LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

SEGUNDO: CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho al demandante, ROBERTO FAJARDO CASTILLO, en la suma de CIENTO MIL PESOS M/CTE. (\$100,000.00).

Para fundamentar su decisión, reprodujo el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003; que conforme el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 la cotización obligatoria estaba dada tanto para los trabajadores dependientes como para los independientes, siempre que estuviese atado a una prestación efectiva del servicio. De igual forma, citó el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, concluyendo que tenían derecho a la garantía de pensión mínima quienes llegaran a 62 años de edad si eran hombre y 1.150 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, y no les alcance el capital para financiar su propia pensión.

Sostuvo que, en este asunto no se dio certeza de las actividades que el actor desarrolló como independiente, pues no estaba claro que este hubiese prestado servicio alguno; no obstante, afirmó que existían reglas en virtud de las cuales era posible hacer el pago extemporáneo de periodos en mora por parte de los trabajadores independientes para poder sumar esos lapsos, pero se requería la prestación efectiva de un servicio. Seguidamente reprodujo la sentencia CC T-501 de 2018.

Señaló que, al revisar la historia laboral del actor evidenciaba que prácticamente todos los aportes los realizó en mora, pues los pagos a partir del mes 6 de 1999 se

realizaron en el año 2009, a partir del mes 8 del 2000, se hicieron después del 10 de junio de 2009, y posteriormente los pagos solo se realizaron entre 2013 a 2019.

Explicó que, la garantía de pensión mínima estaba respaldada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que significaba que no era el fondo de pensión quien debía pagar la pensión con dicho beneficio, sino que era la entidad del estado quien debía expedir un bono que sirve para completar el capital para financiar la pensión, obviamente previo el cumplimiento de los requisitos.

Expuso que, si bien podía realizarse el pago de aportes en mora, estos no se hacían como lo considerara la parte, sino a través de un cálculo actuarial, pues la Ley 1943 de 2018, había establecido la obligación tanto para los trabajadores dependientes como independientes de asumir las sanciones que generaba el incumplimiento en el pago de aportes oportunamente generados.

Refirió que en este caso, aunque el Ministerio de Hacienda y Crédito Público solo ponía en duda los aportes correspondientes a los años 2009-2010 a su juicio no eran los únicos por lo que debía exigir cálculo actuarial; que aquí no podía darse el allanamiento a la mora, porque al Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien es el que cancela el beneficio bajo estudio no se le podía aplicar esa figura.

Argumentó que los pagos realizados como independiente se hicieron sobre un IBC superior a un SMMLV y después de 10 años sobre el periodo reportado, por ende, el demandante debe pagar el cálculo actuarial liquidado a satisfacción de la AFP de los periodos en mora, para que estos puedan ser tenidos en cuenta para efectos de su pensión de vejez con garantía de pensión mínima.

Concluyó que como el demandante no acreditó las 1.150 semanas mínimas requeridas para acceder a la garantía de pensión mínima en debida forma absolvería de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que cuando radicó los documentos para pensión en el año 2019, la AFP Protección debió informarle que habían unos pagos irregulares o realizados de forma extemporánea, lo cual no hizo, para poder corregirlo en su momento.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en la modalidad de garantía de pensión mínima, de ser así, verificar si procede el pago de los intereses de mora regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Roberto Fajardo Castillo nació el 1 de noviembre de 1957; **ii)** que en el RMP aportó 521,29 semanas entre julio de 1987, y junio de 1997; **iii)** que se encuentra actualmente afiliado a la AFP Protección S.A., donde realizó aportes en pensiones como trabajador dependiente y como independiente (f.º 13-25 archivo 001 carp 1ª inst, exp digital); **iv)** que el 19 de diciembre de 2019, radicó solicitud de pensión de vejez; **v)** que el 25 de agosto de 2020 la AFP Protección le informó que la garantía de pensión mínima había sido rechazada por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público «en razón a que cuenta con periodos extemporáneos en su historia laboral y es necesario realizar un cálculo actuarial» y que hasta tanto no se contara con el pago de dicho cálculo no se reconocería la prestación económica (f.º 26-27 archivo 001, carp 1ª inst, exp digital); y **vi)** que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP rechazó la solicitud del beneficio de la garantía de pensión mínima por lo siguiente:

Descripción	Datos
Documento del afiliado	C 19,342,039
Nombre del afiliado	FAJARDO CASTILLO ROBERTO
Motivo del rechazo	LA AFP REGISTRA QUE NO EXISTEN APORTES EFECTUADOS EXTEMPORANEAMENTE A PARTIR DEL 01/01/2019; SIN EMBARGO, EN ARCHIVO PLANO DE COTIZACIONES SE EVIDENCIA PAGO DE APORTES EXTEMPORANEOS SUPERIORES A 26 SEMANAS, EFECTUADOS A PARTIR DEL 01/01/2019 COMO INDEPENDIENTE, LA AFP NO ADJUNTA LOS SOPORTES REQUERIDOS.

Antes de adentrarnos en el estudio del problema jurídico, es necesario poner de presente que conforme el certificado de periodos acreditados emitido por la AFP Protección el 4 de marzo de 2020 (f.º 29-33 archivo 012, carp 1ª inst, exp digital), al afiliado Roberto Fajardo Castillo se le realizaron los siguientes pagos:

Periodo	Días cotizados	IBC	Id empleador	Razón social empleador	Fecha de pago
199904	30	\$250,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/05/1999
199906	30	\$250,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
199907	30	\$250,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
199908	30	\$250,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
199909	30	\$250,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
199910	30	\$250,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
199911	30	\$250,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
199912	30	\$250,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
200001	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
200002	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
200003	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
200004	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
200005	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
200006	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
200007	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/02/2009
200008	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009
200009	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009
200010	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009
200011	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009
200012	30	\$260,106.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009
200101	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009
200102	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009
200103	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009
200104	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009

200105	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009
200106	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	10/06/2009
200107	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	17/07/2009
200108	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	17/07/2009
200109	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	16/09/2009
200110	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	17/07/2009
200111	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	17/07/2009
200112	30	\$286,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	16/09/2009
200201	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	16/09/2009
200202	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	16/09/2009
200203	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	16/09/2009
200204	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	16/09/2009
200205	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/10/2009
200206	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/10/2009
200207	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/10/2009
200208	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	13/10/2009
200209	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	08/05/2009
200210	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	08/05/2009
200211	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	08/05/2009
200212	30	\$309,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	08/05/2009
200301	30	\$332,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	08/05/2009
200302	30	\$332,000.00	CC 74241466	CHACON CASTILLO FABIO	05/11/2009
200303	30	\$1,027,556.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	30/12/2013
200304	30	\$332,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	02/01/2014
200305	30	\$332,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	08/01/2014
200306	30	\$1,033,481.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	21/01/2014
200307	30	\$332,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	05/02/2014
200308	30	\$1,040,889.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	17/02/2014
200309	30	\$1,043,111.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	25/02/2014
200310	30	\$1,050,519.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	25/03/2014
200311	30	\$1,052,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	31/03/2014
200312	30	\$1,054,222.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	07/04/2014
200401	30	\$332,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	14/04/2014
200402	30	\$1,140,759.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	21/04/2014
200403	30	\$1,146,966.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	13/05/2014
200404	30	\$1,149,034.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	20/05/2014
200405	30	\$358,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	27/05/2014
200406	30	\$1,155,241.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	11/06/2014
200407	30	\$1,158,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	20/06/2014
200408	30	\$1,160,759.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	01/07/2014

200409	30	\$1,165,586.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	16/07/2014
200410	30	\$1,169,034.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	28/07/2014
200411	30	\$1,170,414.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	04/08/2014
200412	30	\$1,172,483.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	11/08/2014
200501	30	\$1,254,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	19/08/2014
200502	30	\$1,379,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	01/10/2014
200503	30	\$1,378,167.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	14/10/2014
200504	30	\$1,377,333.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	30/10/2014
200505	30	\$1,376,667.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	18/11/2014
200506	30	\$1,372,833.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	05/12/2014
200507	30	\$1,373,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	29/12/2014
200508	30	\$1,369,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	05/01/2015
200509	30	\$1,364,833.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	13/01/2015
200510	30	\$1,360,167.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	19/01/2015
200511	30	\$1,356,167.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	26/01/2015
200512	30	\$1,353,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	09/02/2015
200601	30	\$1,349,245.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	16/02/2015
200602	30	\$1,438,323.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	23/02/2015
200603	30	\$1,434,452.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	04/03/2015
200604	30	\$1,435,097.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	30/03/2015
200605	30	\$1,431,226.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	07/04/2015
200606	30	\$1,430,581.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	27/04/2015
200607	30	\$1,426,065.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	06/05/2015
200608	30	\$1,425,419.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	26/05/2015
200609	30	\$1,422,194.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	09/06/2015
200610	30	\$1,417,032.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	16/06/2015
200611	30	\$1,413,161.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	30/06/2016
200612	30	\$1,408,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	06/07/2015
200701	30	\$1,490,968.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	13/07/2015
200702	30	\$1,483,871.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	27/07/2015
200703	30	\$1,478,065.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	04/08/2015
200704	30	\$1,471,613.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	10/08/2015
200705	30	\$1,466,452.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	18/08/2015
200706	30	\$1,461,935.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	31/08/2015
200707	30	\$1,454,839.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	07/09/2015
200708	30	\$1,447,097.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	14/09/2015
200709	30	\$1,440,645.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	28/09/2015
200710	30	\$1,436,129.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	13/10/2015
200711	30	\$1,431,613.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	03/11/2015
200712	30	\$1,421,935.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	10/11/2015

200801	30	\$1,411,250.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	17/11/2015
200802	30	\$1,491,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	23/11/2015
200803	30	\$1,482,125.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	02/12/2015
200804	30	\$1,502,125.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	26/02/2016
200805	30	\$1,512,750.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	02/05/2016
200806	30	\$1,509,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	23/05/2016
200807	30	\$1,517,750.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	13/07/2016
200808	30	\$1,539,625.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	10/10/2016
200809	30	\$1,540,875.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	09/11/2016
200810	30	\$1,625,625.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	15/11/2016
200811	30	\$1,532,125.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	19/12/2016
200812	30	\$1,524,625.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	29/12/2016
200901	30	\$1,637,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	16/01/2017
200902	30	\$1,726,875.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	11/09/2017
200903	30	\$1,722,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	28/09/2017
200904	30	\$1,720,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	23/10/2017
200905	30	\$1,713,125.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	09/11/2017
200906	30	\$1,705,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	17/11/2017
200907	30	\$1,698,125.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	30/11/2017
200908	30	\$1,690,625.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	14/12/2017
200909	30	\$1,692,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	15/01/2018
200910	30	\$1,692,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	12/02/2018
200911	30	\$1,693,750.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	16/03/2018
200912	30	\$1,693,125.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	10/04/2018
201001	30	\$1,758,125.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	24/05/2018
201002	30	\$1,762,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	27/06/2018
201003	30	\$1,755,625.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	03/07/2018
201004	30	\$516,244.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	03/08/2018
201005	30	\$1,767,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	24/09/2018
201006	30	\$515,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	22/10/2018
201007	30	\$1,776,250.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	06/12/2018
201008	30	\$1,795,625.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	20/02/2019
201009	30	\$1,797,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	22/03/2019
201010	30	\$1,800,000.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	22/04/2019
201011	30	\$1,802,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	24/05/2019
201012	30	\$1,808,125.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	02/07/2019
201101	30	\$1,878,125.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	22/07/2019
201102	30	\$1,874,375.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	06/08/2019
201103	30	\$1,867,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	14/08/2019
201104	30	\$1,867,500.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	10/09/2019

201105	30	\$1,866,875.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	10/10/2019
201106	30	\$1,861,250.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	25/10/2019
201107	30	\$1,853,750.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	08/11/2019
201108	30	\$1,848,750.00	CC 19342039	ROBERTO FAJARDO CASTILLO	25/11/2019

Total cotizaciones	Total días	Total semanas
148	4440	634.29

Conforme lo anterior se evidencia que: i) el único aporte que se hizo de forma oportuna fue el primero que corresponde al ciclo 04-1999; los efectuados con posterioridad se hicieron de forma extemporánea, pues si bien se declaró que el aporte correspondía a los periodos del 06-1996 a 08-2011 de forma ininterrumpida, el pago efectivo de esas cotizaciones se empezó a realizar a partir del 13 de febrero de 2009 y hasta el 25 de noviembre de 2019; y ii) que los aportes realizados para los periodos del 03-2003 a 08-2011 fueron cancelados de forma extemporánea por el demandante como independiente.

Se trae a colación lo anterior, porque si bien la *a quo* consideró que en este asunto era viable que el actor pagara a efectos de tener como válidos esos aportes, los intereses moratorios causados, ello no tiene asidero legal, pues conforme el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, artículo compilado parcialmente en el artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, las cotizaciones realizadas por el trabajador independiente de forma extemporánea deben ser imputadas a periodos futuros y no de forma retroactiva.

Igualmente, conforme el artículo 3.2.1.13 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, se estableció que la imputación de pagos por aportes en salud, pensiones y riesgos laborales se haría tomando como base el total de lo pagado para cada subsistema, y específicamente en pensiones así:

(...)

2. Imputación de pagos para el sistema de pensiones

- a) Cubrir los aportes voluntarios realizados por los trabajadores;
- b) Cubrir las obligaciones con el Fondo de Solidaridad Pensional;
- c) Cubrir la obligación con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual;
- d) Aplicar al interés por mora por los aportes no pagados oportunamente correspondiente al período declarado;
- e) Cubrir las cotizaciones obligatorias del período declarado. Se entienden incluidos los aportes para la pensión de invalidez y sobrevivientes, al igual que los gastos de administración y reaseguro con el Fondo de Garantías;

f) Acreditar lo correspondiente a aportes voluntarios efectuados por el empleador en favor de sus empleados.

(...)

PARÁGRAFO 4o. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para los afiliados voluntarios del sistema general de pensiones, ni para los trabajadores independientes.

Lo anterior, implica que para los trabajadores independientes que realizan aportes extemporáneos no aplica el cobro de los intereses de mora, y por el contrario cuando la cotización se realice declarando un periodo pasado, dicho aporte debe imputarse al mes siguiente a su cancelación.

Ahora, pese a que el artículo 2.2.1.1.7 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 fue modificado por el artículo 1° del Decreto 1273 de 2018, en el sentido de que la cotización de los independientes ya no se hacía en forma anticipada, sino mes vencido, ello en nada afecta el hecho de que esta clase de aportantes al sistema no están autorizados para realizar aportes extemporáneos con pago de intereses de mora.

Sobre el particular la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de forma pacífica ha considerado que los aportes sufragados de manera extemporánea por un trabajador independiente deben ser aplicados al mes en que se pagó o a periodos posteriores a la cancelación, con total independencia del periodo declarado; así se dijo en la sentencia CSJ SL3445-2019 reiterada en la CSJ SL513-2020, donde se sostuvo:

En cuanto al tema de discusión, vale recordar que conforme al artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, las novedades de los trabajadores independientes «que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente», lo que significa que los pagos realizados en periodos vencidos no se desperdician o desestiman, sino que se imputan a los meses subsiguientes. Al respecto, en sentencia SL12503-2016, la Sala explicó:

El Tribunal para arribar a su decisión, asentó que las cotizaciones realizadas por la demandante en el mes de junio de 2006 para los ciclos comprendidos entre octubre de 2005 y junio de 2006, así como los efectuados en el mes de mayo de 2007, para el período de noviembre de 1997 a diciembre de 2000, no podían contabilizarse a efectos de determinar si la demandante había o no reunido el número de semanas necesarias para ser merecedora de la pensión consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en atención a que los mismos se habían realizado de manera extemporánea.

*Con la inferencia anterior, el ad quem pasó por alto que **las cotizaciones canceladas en forma posterior al período al que se pretendían imputar, para el caso de los trabajadores independientes como lo fue la aquí demandante, no pierden validez, sino por el contrario, se deben aplicar a***

períodos posteriores al pago, tal como lo señaló esta Corporación en sentencia de casación CSJ SL 5634 2016, que reiteró las sentencias CSJ SL 13077 2014 y SL 5081 2015. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

[...]"

De conformidad con lo anterior, fue errado el juicio realizado por el Tribunal cuando le restó validez a las cotizaciones realizadas por la accionante, pues en verdad, lo que debió hacer fue contabilizarlas a períodos posteriores a su pago, situación con la que además, vulneró las disposiciones denunciadas."

Acorde con lo anterior, esta Sala comparte dicho criterio jurisprudencial (mutatis mutandis),cambiando lo que haya que cambiar, de lo que se concluye que los trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte «por períodos mensuales y en forma anticipada», de manera que las «novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente»; por tanto, las cotizaciones realizadas en forma extemporánea si bien son eficaces, no surten efecto retroactivo, sino a futuro a la data del pago efectivo y, por esa misma razón, es que no se generan intereses moratorios frente a estos.

No se desconoce que conforme el Decreto 1296 de 2022, en la actualidad los trabajadores independientes pueden a través de una reserva actuarial realizar el pago de los periodos omitidos respecto de la afiliación y vinculación al Sistema General de Pensiones; sin embargo, esta no tiene aplicabilidad al caso objeto de litis.

Así las cosas, en el *sub lite* si bien las cotizaciones que realizó el actor como trabajador independiente no podían imputarse de manera retroactiva, sí podían serlo a ciclos futuros, porque a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores dependientes en que los aportes se causan con la prestación del servicio, y por esa razón se admiten los pagos extemporáneos; en el evento de los independientes la cotización se genera con el pago, y este debe hacerse como lo indica el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, compilado parcialmente en el artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, es decir, en forma anticipada. Por lo anterior, si aplicamos las cotizaciones efectuadas por el señor Roberto Fajardo Castillo conforme los criterios referidos, las mismas quedarían así:

FECHA DE PAGO	DÍAS COTIZADOS	IBC	RAZÓN SOCIAL EMPLEADOR	PERIODO IMPUTADO
30/12/2013	30	\$ 1,027,556	Roberto Fajardo Castillo	201401
02/01/2014	16	\$ 332,000	Roberto Fajardo Castillo	201402
08/01/2014	16	\$ 332,000	Roberto Fajardo Castillo	201403
21/01/2014	30	\$ 1,033,481	Roberto Fajardo Castillo	201404
05/02/2014	16	\$ 332,000	Roberto Fajardo Castillo	201405
17/02/2014	30	\$ 1,040,889	Roberto Fajardo Castillo	201406
25/02/2014	30	\$ 1,043,111	Roberto Fajardo Castillo	201407

25/03/2014	30	\$ 1,050,519	Roberto Fajardo Castillo	201408
31/03/2014	30	\$ 1,052,000	Roberto Fajardo Castillo	201409
07/04/2014	30	\$ 1,054,222	Roberto Fajardo Castillo	201410
14/04/2014	16	\$ 332,000	Roberto Fajardo Castillo	201411
21/04/2014	30	\$ 1,140,759	Roberto Fajardo Castillo	201412
13/05/2014	30	\$ 1,146,966	Roberto Fajardo Castillo	201501
20/05/2014	30	\$ 1,149,034	Roberto Fajardo Castillo	201502
27/05/2014	17	\$ 358,000	Roberto Fajardo Castillo	201503
11/06/2014	30	\$ 1,155,241	Roberto Fajardo Castillo	201504
20/06/2014	30	\$ 1,158,000	Roberto Fajardo Castillo	201505
01/07/2014	30	\$ 1,160,759	Roberto Fajardo Castillo	201506
16/07/2014	30	\$ 1,165,586	Roberto Fajardo Castillo	201507
28/07/2014	30	\$ 1,169,034	Roberto Fajardo Castillo	201508
04/08/2014	30	\$ 1,170,414	Roberto Fajardo Castillo	201509
11/08/2014	30	\$ 1,172,483	Roberto Fajardo Castillo	201510
19/08/2014	30	\$ 1,254,000	Roberto Fajardo Castillo	201511
01/10/2014	30	\$ 1,379,500	Roberto Fajardo Castillo	201512
14/10/2014	30	\$ 1,378,167	Roberto Fajardo Castillo	201601
30/10/2014	30	\$ 1,377,333	Roberto Fajardo Castillo	201602
18/11/2014	30	\$ 1,376,667	Roberto Fajardo Castillo	201603
05/12/2014	30	\$ 1,372,833	Roberto Fajardo Castillo	201604
29/12/2014	30	\$ 1,373,500	Roberto Fajardo Castillo	201605
05/01/2015	30	\$ 1,369,500	Roberto Fajardo Castillo	201606
13/01/2015	30	\$ 1,364,833	Roberto Fajardo Castillo	201607
19/01/2015	30	\$ 1,360,167	Roberto Fajardo Castillo	201608
26/01/2015	30	\$ 1,356,167	Roberto Fajardo Castillo	201609
09/02/2015	30	\$ 1,353,500	Roberto Fajardo Castillo	201610
16/02/2015	30	\$ 1,349,245	Roberto Fajardo Castillo	201611
23/02/2015	30	\$ 1,438,323	Roberto Fajardo Castillo	201612
04/03/2015	30	\$ 1,435,452	Roberto Fajardo Castillo	201701
30/03/2015	30	\$ 1,435,097	Roberto Fajardo Castillo	201702
07/04/2015	30	\$ 1,431,226	Roberto Fajardo Castillo	201703
27/04/2015	30	\$ 1,430,581	Roberto Fajardo Castillo	201704
06/05/2015	30	\$ 1,426,065	Roberto Fajardo Castillo	201705
26/05/2015	30	\$ 1,425,419	Roberto Fajardo Castillo	201706
09/06/2015	30	\$ 1,422,194	Roberto Fajardo Castillo	201707
16/06/2015	30	\$ 1,417,032	Roberto Fajardo Castillo	201708
30/06/2015	30	\$ 1,413,161	Roberto Fajardo Castillo	201709
06/07/2015	30	\$ 1,408,000	Roberto Fajardo Castillo	201710
13/07/2015	30	\$ 1,490,968	Roberto Fajardo Castillo	201711
27/07/2015	30	\$ 1,483,871	Roberto Fajardo Castillo	201712
04/08/2015	30	\$ 1,478,065	Roberto Fajardo Castillo	201801
10/08/2015	30	\$ 1,471,613	Roberto Fajardo Castillo	201802
18/08/2015	30	\$ 1,466,452	Roberto Fajardo Castillo	201803
31/08/2015	30	\$ 1,461,935	Roberto Fajardo Castillo	201804
07/09/2015	30	\$ 1,454,839	Roberto Fajardo Castillo	201805
14/09/2015	30	\$ 1,447,097	Roberto Fajardo Castillo	201806
28/09/2015	30	\$ 1,440,645	Roberto Fajardo Castillo	201807
13/10/2015	30	\$ 1,436,129	Roberto Fajardo Castillo	201808
03/11/2015	30	\$ 1,431,613	Roberto Fajardo Castillo	201809
10/11/2015	30	\$ 1,421,935	Roberto Fajardo Castillo	201810
17/11/2015	30	\$ 1,411,250	Roberto Fajardo Castillo	201811
23/11/2015	30	\$ 1,491,500	Roberto Fajardo Castillo	201812
02/12/2015	30	\$ 1,482,125	Roberto Fajardo Castillo	201901
26/02/2016	30	\$ 1,502,125	Roberto Fajardo Castillo	201902
02/05/2016	30	\$ 1,542,750	Roberto Fajardo Castillo	201903
23/05/2016	30	\$ 1,509,000	Roberto Fajardo Castillo	201904
13/07/2016	30	\$ 1,517,750	Roberto Fajardo Castillo	201905
10/10/2016	30	\$ 1,539,625	Roberto Fajardo Castillo	201906

09/11/2016	30	\$ 1,540,875	Roberto Fajardo Castillo	201907
15/11/2016	30	\$ 1,625,625	Roberto Fajardo Castillo	201908
19/12/2016	30	\$ 1,532,125	Roberto Fajardo Castillo	201909
29/12/2016	30	\$ 1,524,625	Roberto Fajardo Castillo	201910
16/01/2017	30	\$ 1,637,000	Roberto Fajardo Castillo	201911
11/09/2017	30	\$ 1,726,875	Roberto Fajardo Castillo	201912
28/09/2017	30	\$ 1,722,500	Roberto Fajardo Castillo	202001
23/10/2017	30	\$ 1,720,000	Roberto Fajardo Castillo	202002
09/11/2017	30	\$ 1,713,125	Roberto Fajardo Castillo	202003
17/11/2017	30	\$ 1,705,000	Roberto Fajardo Castillo	202004
30/11/2017	30	\$ 1,698,125	Roberto Fajardo Castillo	202005
14/12/2017	30	\$ 1,690,625	Roberto Fajardo Castillo	202006
15/01/2018	30	\$ 1,692,500	Roberto Fajardo Castillo	202007
12/02/2018	30	\$ 1,692,500	Roberto Fajardo Castillo	202008
16/03/2018	30	\$ 1,693,750	Roberto Fajardo Castillo	202009
10/04/2018	30	\$ 1,693,125	Roberto Fajardo Castillo	202010
24/05/2018	30	\$ 1,758,125	Roberto Fajardo Castillo	202011
27/06/2018	30	\$ 1,762,500	Roberto Fajardo Castillo	202012
03/07/2018	30	\$ 1,755,625	Roberto Fajardo Castillo	202101
03/08/2018	17	\$ 516,244	Roberto Fajardo Castillo	202102
24/09/2018	30	\$ 1,767,500	Roberto Fajardo Castillo	202103
22/10/2018	17	\$ 515,000	Roberto Fajardo Castillo	202104
06/12/2018	30	\$ 1,776,250	Roberto Fajardo Castillo	202105
20/02/2019	30	\$ 1,795,625	Roberto Fajardo Castillo	202106
22/03/2019	30	\$ 1,797,500	Roberto Fajardo Castillo	202107
22/04/2019	30	\$ 1,800,000	Roberto Fajardo Castillo	202108
24/05/2019	30	\$ 1,802,500	Roberto Fajardo Castillo	202109
02/07/2019	30	\$ 1,808,125	Roberto Fajardo Castillo	202110
22/07/2019	30	\$ 1,878,125	Roberto Fajardo Castillo	202111
06/08/2019	30	\$ 1,874,375	Roberto Fajardo Castillo	202201
14/08/2019	30	\$ 1,867,500	Roberto Fajardo Castillo	202202
10/09/2019	30	\$ 1,867,500	Roberto Fajardo Castillo	202203
10/10/2019	30	\$ 1,866,875	Roberto Fajardo Castillo	202204
25/10/2019	30	\$ 1,861,250	Roberto Fajardo Castillo	202205
08/11/2019	30	\$ 1,853,750	Roberto Fajardo Castillo	202206
25/11/2019	30	\$ 1,848,750	Roberto Fajardo Castillo	202207
2965				

Se advierte que el aporte de los ciclos imputados a 2014-02, 2014-03, 2014-05, 2014-11, 2015-03, 2021-02 y 2021-04, se realizó de forma proporcional a los días que cubría el pago efectuado, esto con el fin de no afectar el equilibrio financiero del sistema, así:

- Ciclos 02, 03, 05, y 11 del año 2014: Se tuvo en cuenta que el aporte se hizo sobre un IBC de \$332.000 para un lapso de 30 días; sin embargo, como estas cotizaciones se efectuaron en el año 2014, para tener en cuenta los mismos 30 días debieron realizarse sobre el SMMLV de esta anualidad que era de \$616.000, pero al haberse ejecutado por un valor inferior, la imputación se realizó de manera proporcional a los días cubiertos por dicho IBC, que para el caso correspondía a 16 días.

- Ciclo 03 del año 2015: Se tuvo en cuenta que el aporte se hizo sobre un IBC de \$358.000 para un lapso de 30 días, sin embargo, como esta cotización se efectuó en el año 2014 pero se imputó en el año 2015 para tener en cuenta los mismos 30 días debió realizarse sobre el SMMLV de 2015 que era de \$644.350, pero al haberse ejecutado por un valor inferior, la imputación se realizó de manera proporcional a los días cubiertos por dicho IBC, que para el caso correspondía a 17 días.
- Ciclos 02, y 04 del año 2021: Se tuvo en cuenta que el aporte se hizo sobre un IBC de \$516.244 y \$515.000 respectivamente, para un lapso de 30 días, sin embargo, como estas cotizaciones se efectuaron en el año 2018, para tener en cuenta los mismos 30 días debieron realizarse sobre el SMMLV de esta anualidad que era de \$908.526, pero al haberse ejecutado por un valor inferior, la imputación se realizó de manera proporcional a los días cubiertos por dicho IBC, que para el caso correspondía a 17 días.

Lo anterior, tiene respaldo en que conforme el artículo 2 del Decreto 1273 de 2018, estableció que en ningún caso el IBC podría ser inferior a un SMMLV, y que conforme la Resolución 3559 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social el valor del IBC podía ser proporcional a los días cotizados.

En consecuencia, se ordenará a la AFP Protección S.A., realizar la imputación de pago de aportes conforme el cuadro anteriormente plasmado.

De otro lado, respecto de los aportes realizados por el empleador Chacón Castillo Fabio, por medio del cual se realizó afiliación del actor a la AFP Protección S.A., para el 01 de abril de 1999, y quien hizo pagos extemporáneos para los periodos del 06-1999 a 02-2003, es decir, en mora patronal, cabe señalar que en este evento la consecuencia de la conducta omisiva del empleador no se traslada al afiliado, si no se acredita que el fondo pensional adelantó las gestiones de cobro correspondientes, lo cual conduce a que ese tiempo deba ser tenido en cuenta en el historial laboral por la administradora para efectos del reconocimiento del derecho pensional.

Lo anterior, es así porque las administradoras de pensiones cuentan con mecanismos legales para exigir el pago de aquellos y no es el afiliado quien debe soportar las consecuencias adversas de tal incumplimiento; es así como en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, dispuso que les corresponde a aquellas promover las acciones de cobro por el incumplimiento de las obligaciones del empleador, y a su vez, el artículo 8 del Decreto 1161 de 1994, señaló que estas están en la obligación de

verificar la conformidad de los montos aportados con las exigencia legales e informar a los depositantes las inconsistencias que se adviertan con el fin de que efectúen las correcciones pertinentes, lo que se refuerza con lo establecido en el artículo 53 de la citada ley, y lo regulado por el Decreto 2633 de 1994, sobre el término para los requerimientos, la constitución en mora y la elaboración de la liquidación para iniciar los trámites del proceso de ejecución.

Sobre la consecuencia jurídica en estos casos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL2400-2023 se explicó:

De otro lado, memórese que esta Corporación, en sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, ha indicado de manera reiterada y pacífica que:

“Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro. El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago. Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación”.

Es decir, que el afiliado que tenga la condición de trabajador subordinado causa la cotización con la prestación efectiva del servicio, y si el empleador no cumple la obligación de pago oportuno y la administradora de pensiones no adelanta las acciones pertinentes para obtener el recaudo de los aportes en mora, es a ella a quien corresponde asumir la obligación de las pensiones que se generen para el asegurado o los beneficiarios.

Dicho criterio jurisprudencial ha sido reiterado en fallos más recientes, como, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL3112-2019, en la que la Corporación expuso:

De entrada, advierte la Sala que el razonamiento del Colegiado de instancia no es equivocado y, por el contrario, está acorde con lo que esta Corporación, de manera reiterada y pacífica, ha establecido en su jurisprudencia en cuanto a que, para contabilizar las semanas reportadas en mora de un empleador, cuando la entidad de seguridad social no hizo acciones de cobro, es necesario acreditar que en ese lapso existió un contrato de trabajo, o en otros términos, que aquel estaba obligado a efectuar dichas cotizaciones porque el trabajador prestó servicios en ese período (CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, CSJ SL763-2014, CSJ SL14092-2016, CSJ SL3707-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL9034-2017, CSJ SL21800-2017, CSJ SL115-2018 y CSJ SL1624-2018). Precisamente en la providencia CSJ SL3707-2017, la Sala señaló:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones del censor referentes a la responsabilidad en caso de mora en el pago de aportes a la seguridad social, cumple recordar que la Corte en sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia y estableció que cuando se presente

dicha situación, y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.

Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro.

Además, esta Corporación también ha precisado, que, las administradoras del régimen de seguridad social pensional prestan un servicio público y están obligadas a hacerlo «de forma eficiente, eficaz y oportuno» y entre los deberes que se les asignan está el de cobro a los empleadores de las cotizaciones no pagadas en oportunidad. Así lo indicó la Sala en la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Se advierte que, en ese asunto no hay duda en la existencia de la relación laboral, porque el empleador Chacón Castillo Fabio realizó la afiliación de su trabajador a través de la AFP Protección S.A., y posteriormente realizó el pago de los aportes que tenía a su cargo de forma extemporánea, es decir, que al efectuar el pago de los ciclos 06-1999 a 02-2003, reconoció que entre ese lapso existió una relación laboral con el aquí demandante, aspecto que como se indicó no está en discusión.

Entonces, como quiera que la entidad demandada recibió el pago extemporáneo de esos aportes y los imputó a los periodos declarados sin informar al empleador la inconsistencia en la tardanza o mora en el pago, tampoco se le requirió para que pagara los intereses de mora, ni se le elaboró liquidación de estos, y mucho menos se iniciaron las acciones de cobro por su incumplimiento en el pago oportuno de las cotizaciones (o por lo menos no lo acreditó), omisiones que no pueden afectar el derecho pensional del actor.

Así las cosas, los aportes que se pagaron de forma extemporánea por el empleador Chacón Castillo Fabio para los ciclos 06-1999 a 02-2003, deben ser tenidos en cuenta para efectos pensionales.

En conclusión, se tiene que el señor Roberto Fajardo Castillo acredita válidamente para pensión las siguientes semanas:

DESDE	HASTA	CALIDAD	FONDO PENSIONES	TOTAL SEMANAS
01/07/1987	26/06/1997	Dependiente	ISS	521,29
01/04/1999	30/02/2003	Dependiente	AFP Protección	197,34
01/01/2014	30/07/2022	Independiente	AFP Protección	423,57
Total semanas cotizadas en toda su vida laboral				<u>1.142,20</u>

De otra parte, frente a la **sanción** de la AFP Protección S.A., por no haber requerido al empleador Chacón Castillo Fabio para que asumiera los intereses de mora sobre los aportes realizados de forma extemporánea para los ciclos 06-1999 a 02-2003, ni haber iniciado las acciones de cobro de estos, es que dichos intereses deben ser liquidados y asumidos con cargo a sus propios recursos.

Lo anterior es así, porque de tiempo atrás la jurisprudencia ha señalado que la sanción, es que las semanas reportadas en mora o con pago extemporáneo deben ser contabilizadas para efectos pensionales, correspondiéndole a la administradora de pensiones omisa en sus obligaciones cubrir la prestación.

No obstante, como en el presente asunto las cotizaciones fueron pagadas de forma extemporánea solo queda pendiente de pago los intereses sobre las mismas, dinero que va a acrecentar directamente el capital del afiliado en su cuenta de ahorro individual, con el cual se va a financiar las prestaciones económicas del demandante; observándose que, según la historia laboral emitida por la AFP Protección S.A., al 07 de julio de 2021, este contaba con \$101.960.846, lo que implicaba que la prestación aquí pretendida debe ser financiada con la garantía de pensión mínima, es decir, que la verdadera sanción para la AFP sería asumir con cargo a sus propios recursos los intereses referidos, situación que no afecta la facultad de esa administradora de hacer efectivo el pago de los mismos a cargo del empleador.

Recuérdese que en el RAIS las prestaciones económicas se financian con cargo a los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual (en adelante CAI), es así como en el *sub lite* al pretenderse la pensión de vejez con garantía de pensión mínima, la AFP Protección S.A., omisa en sus obligaciones de cobro, si bien debe tener en cuenta las semanas cotizadas de forma extemporánea ello no implicaría sanción alguna, porque finalmente quien paga la garantía de pensión mínima es el Estado; por ello, la verdadera sanción o castigo es que asuma el pago de los intereses moratorios liquidados con cargo a sus propios recursos, así se acrecenta el capital del actor y el

valor a cubrirse por parte de la garantía mínima sería inferior, materializándose la penalidad ante el incumplimiento de la AFP y beneficiando la sostenibilidad del sistema pensional.

En consecuencia, se ordenará a la AFP Protección S.A., **liquidar** los intereses moratorios sobre los aportes realizados de forma extemporánea para los ciclos 06-1999 a 02-2003, los que se pagaron entre el 13/02/2009 y el 05/11/2009, y **cubrir estos con cargo a sus propios recursos**, para lo cual debe abonar el total a la cuenta de ahorro individual del demandante.

DE LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ

Sobre la naturaleza y objetivo de la garantía de pensión mínima, reconocimiento y pago de la garantía, y fuente de financiación de esta, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL4320-2022 reiterada en CSJ SL1705-2023, explicó:

Naturaleza y objetivo de la garantía de pensión mínima

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993 se contempló la garantía estatal de pensión mínima, para aquellos afiliados al RAIS, que llegados a las edades máximas, esto es, 57 años mujeres y 62 años hombres, que hubieren cotizado un número mínimo de semanas de 1150, sin capital suficiente para financiar una pensión de vejez, tendrían derecho a que con cargo a la Nación, se les completaran los recursos a efectos de acceder a una pensión de vejez de salario mínimo, como una clara y palpable expresión del postulado de solidaridad. No se olvide que la reforma introducida en la Ley 797 de 2003, estatuyó que un porcentaje del aporte de los afiliados al RAIS, se iría a la constitución de recursos, en aras de completar el capital faltante de los beneficiarios del principio solidario.

Lo anotado quiere significar, que tal garantía constituye un subsidio, esto es, un beneficio, ya sea en dinero o en especie, para que, a través de este, se satisfaga una necesidad puntual, de acuerdo a las políticas de protección a específicos grupos poblacionales (riesgo de vulnerabilidad) que por sus condiciones lo justifican, es así como las reglas para acceder al mismo, propenden por el cumplimiento de requisitos que den certeza de su correcta asignación.

Cabe resaltar que en Colombia todas las pensiones del RPM poseen un subsidio implícito como consecuencia de que la prestación se sustenta en tiempo de servicios o cotizaciones y edad, sin tener en cuenta la equivalencia del aporte, como anteriormente se mencionó, dado que los aportes entran en un fondo común de naturaleza pública que financia las prestaciones a los pensionados en un momento actual, esto significa que las cotizaciones que recibe la Administradora cubren el pago de las mesadas pensionales.

Muy a diferencia, en el RAIS, en principio no existe un subsidio a la pensión, dado que, como se evidenció, la pensión y el valor de su mesada dependen del saldo acumulado en la CAI, sin que la Nación entre a cubrir monto alguno. Sin embargo, y dada la finalidad de proteger a aquellos que a pesar de haber realizado un esfuerzo significativo en densidad de cotizaciones no logran el capital suficiente para su pensión, y vean nugatoria la protección su vejez, se implementó la prerrogativa a través de la garantía del artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

Identificado como quedó, el acceso a la pensión de vejez en el RAIS, por medio de la garantía de pensión mínima, materializa la asignación de un **subsidio** y, por ende, debe existir certeza del cumplimiento de los requisitos para efectos del reconocimiento y pago de la prestación con cargo a los recursos de este.

Reconocimiento y pago de la garantía

En palabras del artículo 65 del estatuto de la seguridad social, para el reconocimiento de la garantía se debe acreditar el cumplimiento de: i) la edad, ii) las semanas mínimas de aportes, y iii) la insuficiencia del capital para financiar con la CAI la pensión de vejez. No sobra señalar que de conformidad con el artículo 9º del Decreto 832 de 1996, la determinación de este saldo, deberá ser efectuado por la administradora con sujeción a los cálculos que mediante resolución establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que, con sustento en el decreto antes referido, claramente incluye la cuantía del bono pensional.

En este punto, se llama la atención en la necesidad de que la información de la historia laboral que da sustento al bono pensional, permite determinar su cuantía, y los obligados frente al mismo, así como las cuotas partes que les correspondería a cada uno de ellos, debe ser consistente, esto es, que se pueda hallar su valor, ya que en caso de inconsistencias no existirá certeza del verdadero saldo pensional y, por ende, en principio, la imposibilidad de determinar la suficiencia de capital.

En ese horizonte, una vez comprobada la existencia de los supuestos señalados, corresponde a la AFP elevar la solicitud de reconocimiento ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual tiene la responsabilidad de comprobar la suficiencia o no del capital a efectos de que, como entidad gubernamental habilitada (Artículo 4o del Decreto 833 de 1996 y Artículo 11 Decreto 4712 de 2008), determine si otorga y paga o no el subsidio estatal. Así las cosas, corresponde a la OBP, establecer si entre el monto acumulado en la CAI y el saldo mínimo de pensión, incluyendo el valor del bono pensional, existe diferencia, para que proceda la garantía de pensión mínima (**Cálculo para la Garantía**).

Ciertamente, en aquellos casos en que exista el derecho a bono pensional, pueden darse situaciones en donde, verbi gracia, la fecha de redención de aquel sea posterior a las edades en que se acceda a la garantía, como en el caso de las mujeres, cuya fecha de acceso a la garantía es a los 57 años y la redención se da hasta los 60, pero el Decreto 142 de 2006, artículo 3º, introdujo la garantía temporal de pensión mínima, con el fin de que se reconozca el subsidio hasta la fecha de redención del bono, el cual se pagará descontando el valor cancelado, precisamente por la dicha garantía temporal.

Verificada la procedencia o no del subsidio por OBP, la administradora deberá, en caso de que no se cumpla con los requisitos de procedencia de la misma, devolver los saldos de la CAI, conforme al artículo 66 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de que el afiliado opte por seguir cotizando; en caso contrario, esto es, que la OBP emita resolución de reconocimiento de la garantía, la administradora queda obligada a efectuar el reconocimiento **de la pensión vitalicia de vejez en cuantía de salario mínimo y en la modalidad de retiro programado.**

Es menester traer a colación, en este punto, el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del caso en estudio, pues, además, de los condicionamientos antes expuestos, creó la excepción de la garantía, cuando el afiliado o sus beneficiarios, recibieran ingresos equivalentes a un salario mínimo lo que significaba que no habría lugar a la aplicación del principio solidario y, por consecuencia, procedía la devolución de la CAI anotada.

Reconocida la pensión, existen **reglas especiales para su pago** dado que la misma es vitalicia y procede la pensión de sobrevivientes en caso de existir beneficiarios del pensionado, **con cargo al subsidio pensional**; de allí que en primer lugar la prestación se pague con los recursos de la misma cuenta de ahorro pensional y solo cuando estos

se agoten, se pueda acudir a los recursos del subsidio. Así se establece en cabeza de la AFP el control de saldos de la pensión reconocida, a efectos de que al percatarse de que los recursos de la CAI no son suficientes para financiar la mesada por más de una anualidad, le informe a la OBP para que tal entidad proceda a efectuar la apropiación de recursos para con ello autorizar la utilización de los recursos del subsidio, claro está, por anualidades (Artículo 9º del Decreto 832 de 1996, modificado por el artículo 2º del Decreto 142 de 2006).

Fuente de financiación

En cuanto a los recursos que financian la garantía como tal, dada la modificación de la Ley 797 de 2003, antes aludida, en primera medida se cubren con los recursos provenientes del aporte pensional de los afiliados al RAIS, que, dada la inexequibilidad - por vicios de forma- (sentencia CC C-794-2004) del artículo que creaba el Fondo de Pensión de Garantía de Pensión Mínima, quedaron bajo la administración de las AFP y, una vez se agoten estos recursos, es decir, los aportados por los afiliados al RAIS, junto con los rendimientos, las pensiones reconocidas bajo la garantía de pensión mínima se pagarán con cargo directo a la Nación, a través del presupuesto general.

Si bien estos recursos son aportados por los afiliados, el porcentaje correspondiente a dicha garantía, no es para la cobertura de su pensión, inclusive no entran en su CAI, y frente a ellos las administradoras solo fungen como administradoras de los mismos - dada la inexistencia legal del Fondo de Garantía de Pensión Mínima-, por ende, solo la Nación puede determinar a quién se asignan tales recursos con la finalidad de completar el capital necesario para el reconocimiento de la pensión de vejez en armonía con el principio solidario.

Llegados a este punto del sendero, se impone dejar en claro una cosa: aun cuando financieramente se traslade la conformación de recursos para el pago del subsidio a los afiliados del RAIS, lo cierto es que tanto constitucional como legalmente la titularidad de la obligación de garantía de pensión está en cabeza del Estado colombiano y este aspecto no ha tenido modificación alguna.

Negrillas y subrayas originales del texto.

Claro lo anterior, tenemos entonces que la garantía de pensión mínima es un subsidio a cargo del Estado, que busca completar el capital faltante para financiar una pensión de vejez en el RAIS, siempre que se cumplan determinados requisitos para su asignación, la cual está a cargo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previo el agotamiento del trámite de solicitud por parte de la AFP.

Entonces, los requisitos para acceder a la pensión de vejez con el subsidio de la garantía de pensión mínima para los hombres son, que tenga 62 años o más de edad, que acredite como mínimo 1.150 semanas, y que el capital de su cuenta de ahorro individual sea insuficiente para financiar una pensión de vejez.

En el *sub lite* se tiene que el señor Roberto Fajardo Castillo nació el 01 de noviembre de 1957, por lo que alcanzó los 62 años de edad en la misma calenda del año 2019; que conforme se analizó en precedencia acreditó **1.142,20** semanas válidas para pensión, siendo su último aporte el 30 de julio de 2022, en calidad de

independiente y el capital de su cuenta de ahorro individual NO es suficiente para financiar una pensión de vejez.

Así las cosas, se tiene que el actor no acredita las semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez con el subsidio de la garantía de pensión mínima, como quiera que le faltan 7,8 semanas, las cuales puede cotizar, y una vez acredite las 1.150 semanas, volver a solicitar ante la AFP Protección S.A., el reconocimiento de la pensión aquí deprecada.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar ordenar a la AFP Protección S.A., realizar la imputación de pago de aportes efectuado por el señor Roberto Fajardo Castillo como trabajador independiente conforme lo indica el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, realizar la liquidación de los intereses moratorios sobre los aportes realizados de forma extemporánea por el empleador Chacón Castillo Fabio para los ciclos 06-1999 a 02-2003, y cubrir estos con cargo a sus propios recursos, para lo cual debe abonar el total a la cuenta de ahorro individual del afiliado Roberto Fajardo Castillo; y se confirmará en lo demás la sentencia consultada y apelada, conforme las razones aquí expuestas.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el 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 primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar ordenar a la AFP Protección S.A., realizar la imputación de pago de aportes realizado por el señor Roberto Fajardo Castillo como trabajador independiente de la siguiente forma:

FECHA DE PAGO	DÍAS COTIZADOS	IBC	RAZÓN SOCIAL EMPLEADOR	PERIODO IMPUTADO
30/12/2013	30	\$ 1,027,556	Roberto Fajardo Castillo	201401
02/01/2014	16	\$ 332,000	Roberto Fajardo Castillo	201402
08/01/2014	16	\$ 332,000	Roberto Fajardo Castillo	201403
21/01/2014	30	\$ 1,033,481	Roberto Fajardo Castillo	201404
05/02/2014	16	\$ 332,000	Roberto Fajardo Castillo	201405

17/02/2014	30	\$ 1,040,889	Roberto Fajardo Castillo	201406
25/02/2014	30	\$ 1,043,111	Roberto Fajardo Castillo	201407
25/03/2014	30	\$ 1,050,519	Roberto Fajardo Castillo	201408
31/03/2014	30	\$ 1,052,000	Roberto Fajardo Castillo	201409
07/04/2014	30	\$ 1,054,222	Roberto Fajardo Castillo	201410
14/04/2014	16	\$ 332,000	Roberto Fajardo Castillo	201411
21/04/2014	30	\$ 1,140,759	Roberto Fajardo Castillo	201412
13/05/2014	30	\$ 1,146,966	Roberto Fajardo Castillo	201501
20/05/2014	30	\$ 1,149,034	Roberto Fajardo Castillo	201502
27/05/2014	17	\$ 358,000	Roberto Fajardo Castillo	201503
11/06/2014	30	\$ 1,155,241	Roberto Fajardo Castillo	201504
20/06/2014	30	\$ 1,158,000	Roberto Fajardo Castillo	201505
01/07/2014	30	\$ 1,160,759	Roberto Fajardo Castillo	201506
16/07/2014	30	\$ 1,165,586	Roberto Fajardo Castillo	201507
28/07/2014	30	\$ 1,169,034	Roberto Fajardo Castillo	201508
04/08/2014	30	\$ 1,170,414	Roberto Fajardo Castillo	201509
11/08/2014	30	\$ 1,172,483	Roberto Fajardo Castillo	201510
19/08/2014	30	\$ 1,254,000	Roberto Fajardo Castillo	201511
01/10/2014	30	\$ 1,379,500	Roberto Fajardo Castillo	201512
14/10/2014	30	\$ 1,378,167	Roberto Fajardo Castillo	201601
30/10/2014	30	\$ 1,377,333	Roberto Fajardo Castillo	201602
18/11/2014	30	\$ 1,376,667	Roberto Fajardo Castillo	201603
05/12/2014	30	\$ 1,372,833	Roberto Fajardo Castillo	201604
29/12/2014	30	\$ 1,373,500	Roberto Fajardo Castillo	201605
05/01/2015	30	\$ 1,369,500	Roberto Fajardo Castillo	201606
13/01/2015	30	\$ 1,364,833	Roberto Fajardo Castillo	201607
19/01/2015	30	\$ 1,360,167	Roberto Fajardo Castillo	201608
26/01/2015	30	\$ 1,356,167	Roberto Fajardo Castillo	201609
09/02/2015	30	\$ 1,353,500	Roberto Fajardo Castillo	201610
16/02/2015	30	\$ 1,349,245	Roberto Fajardo Castillo	201611
23/02/2015	30	\$ 1,438,323	Roberto Fajardo Castillo	201612
04/03/2015	30	\$ 1,435,452	Roberto Fajardo Castillo	201701
30/03/2015	30	\$ 1,435,097	Roberto Fajardo Castillo	201702
07/04/2015	30	\$ 1,431,226	Roberto Fajardo Castillo	201703
27/04/2015	30	\$ 1,430,581	Roberto Fajardo Castillo	201704
06/05/2015	30	\$ 1,426,065	Roberto Fajardo Castillo	201705
26/05/2015	30	\$ 1,425,419	Roberto Fajardo Castillo	201706
09/06/2015	30	\$ 1,422,194	Roberto Fajardo Castillo	201707
16/06/2015	30	\$ 1,417,032	Roberto Fajardo Castillo	201708
30/06/2015	30	\$ 1,413,161	Roberto Fajardo Castillo	201709
06/07/2015	30	\$ 1,408,000	Roberto Fajardo Castillo	201710
13/07/2015	30	\$ 1,490,968	Roberto Fajardo Castillo	201711
27/07/2015	30	\$ 1,483,871	Roberto Fajardo Castillo	201712
04/08/2015	30	\$ 1,478,065	Roberto Fajardo Castillo	201801
10/08/2015	30	\$ 1,471,613	Roberto Fajardo Castillo	201802
18/08/2015	30	\$ 1,466,452	Roberto Fajardo Castillo	201803
31/08/2015	30	\$ 1,461,935	Roberto Fajardo Castillo	201804
07/09/2015	30	\$ 1,454,839	Roberto Fajardo Castillo	201805
14/09/2015	30	\$ 1,447,097	Roberto Fajardo Castillo	201806
28/09/2015	30	\$ 1,440,645	Roberto Fajardo Castillo	201807
13/10/2015	30	\$ 1,436,129	Roberto Fajardo Castillo	201808
03/11/2015	30	\$ 1,431,613	Roberto Fajardo Castillo	201809
10/11/2015	30	\$ 1,421,935	Roberto Fajardo Castillo	201810
17/11/2015	30	\$ 1,411,250	Roberto Fajardo Castillo	201811
23/11/2015	30	\$ 1,491,500	Roberto Fajardo Castillo	201812
02/12/2015	30	\$ 1,482,125	Roberto Fajardo Castillo	201901
26/02/2016	30	\$ 1,502,125	Roberto Fajardo Castillo	201902
02/05/2016	30	\$ 1,542,750	Roberto Fajardo Castillo	201903
23/05/2016	30	\$ 1,509,000	Roberto Fajardo Castillo	201904

13/07/2016	30	\$ 1,517,750	Roberto Fajardo Castillo	201905
10/10/2016	30	\$ 1,539,625	Roberto Fajardo Castillo	201906
09/11/2016	30	\$ 1,540,875	Roberto Fajardo Castillo	201907
15/11/2016	30	\$ 1,625,625	Roberto Fajardo Castillo	201908
19/12/2016	30	\$ 1,532,125	Roberto Fajardo Castillo	201909
29/12/2016	30	\$ 1,524,625	Roberto Fajardo Castillo	201910
16/01/2017	30	\$ 1,637,000	Roberto Fajardo Castillo	201911
11/09/2017	30	\$ 1,726,875	Roberto Fajardo Castillo	201912
28/09/2017	30	\$ 1,722,500	Roberto Fajardo Castillo	202001
23/10/2017	30	\$ 1,720,000	Roberto Fajardo Castillo	202002
09/11/2017	30	\$ 1,713,125	Roberto Fajardo Castillo	202003
17/11/2017	30	\$ 1,705,000	Roberto Fajardo Castillo	202004
30/11/2017	30	\$ 1,698,125	Roberto Fajardo Castillo	202005
14/12/2017	30	\$ 1,690,625	Roberto Fajardo Castillo	202006
15/01/2018	30	\$ 1,692,500	Roberto Fajardo Castillo	202007
12/02/2018	30	\$ 1,692,500	Roberto Fajardo Castillo	202008
16/03/2018	30	\$ 1,693,750	Roberto Fajardo Castillo	202009
10/04/2018	30	\$ 1,693,125	Roberto Fajardo Castillo	202010
24/05/2018	30	\$ 1,758,125	Roberto Fajardo Castillo	202011
27/06/2018	30	\$ 1,762,500	Roberto Fajardo Castillo	202012
03/07/2018	30	\$ 1,755,625	Roberto Fajardo Castillo	202101
03/08/2018	17	\$ 516,244	Roberto Fajardo Castillo	202102
24/09/2018	30	\$ 1,767,500	Roberto Fajardo Castillo	202103
22/10/2018	17	\$ 515,000	Roberto Fajardo Castillo	202104
06/12/2018	30	\$ 1,776,250	Roberto Fajardo Castillo	202105
20/02/2019	30	\$ 1,795,625	Roberto Fajardo Castillo	202106
22/03/2019	30	\$ 1,797,500	Roberto Fajardo Castillo	202107
22/04/2019	30	\$ 1,800,000	Roberto Fajardo Castillo	202108
24/05/2019	30	\$ 1,802,500	Roberto Fajardo Castillo	202109
02/07/2019	30	\$ 1,808,125	Roberto Fajardo Castillo	202110
22/07/2019	30	\$ 1,878,125	Roberto Fajardo Castillo	202111
06/08/2019	30	\$ 1,874,375	Roberto Fajardo Castillo	202201
14/08/2019	30	\$ 1,867,500	Roberto Fajardo Castillo	202202
10/09/2019	30	\$ 1,867,500	Roberto Fajardo Castillo	202203
10/10/2019	30	\$ 1,866,875	Roberto Fajardo Castillo	202204
25/10/2019	30	\$ 1,861,250	Roberto Fajardo Castillo	202205
08/11/2019	30	\$ 1,853,750	Roberto Fajardo Castillo	202206
25/11/2019	30	\$ 1,848,750	Roberto Fajardo Castillo	202207
2965				

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Protección S.A., liquidar los intereses moratorios sobre los aportes realizados de forma extemporánea por el empleador Chacón Castillo Fabio para los ciclos 06-1999 a 02-2003, los que se pagaron entre el 13/02/2009 y el 05/11/2009, y **cubrir estos con cargo a sus propios recursos**, para lo cual debe abonar el total a la cuenta de ahorro individual del afiliado Roberto Fajardo Castillo.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502920190053001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAVIER ÁVILA CAYCEDO
DEMANDANDOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - BAKER HUGHES DE COLOMBIA - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Javier Ávila Caycedo**, se calcule el bono pensional con el salario realmente devengado al 30 de junio de 1992, esto es, con el tope de los 20 SMLMV para la época, o el salario que se pruebe en el proceso; que se ordene a Colpensiones y/o a Baker Hughes de Colombia corregir el bono pensional teniendo en cuenta el salario devengado para el 30 de junio de 1992; que se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Oficina de Bonos Pensionales anular el bono

pensional emitido y efectué uno nuevo; que se condene a Colpensiones y/o a Baker Hughes de Colombia a pagar las diferencias entre el bono ya emitido con un salario de \$677.070 y el nuevo bono, teniendo en cuenta el tope de los 20 SMLMV; que se ordene a la AFP Protección S.A. a reliquidarle la pensión de vejez, a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicita que las demandadas Colpensiones, Baker Hughes de Colombia y AFP Protección S.A. paguen y emitan un bono pensional complementario por las diferencias entre el bono ya redimido con un salario de \$677.070, con el bono al que tendría derecho, teniendo en cuenta el salario devengado a 30 de junio de 1992, con el tope de 20 SMLMV para la época o el salario que se pruebe en el proceso (f.º 126 a 127 y 146 a 151, archivo 01, carpeta 1ª instancia, exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 127 a 129, archivo 01, carpeta 1ª instancia, exp. digital), señaló en síntesis que, nació el 15 de julio de 1955; que se afilió al sistema de pensiones el 1 de agosto de 1978, realizando cotizaciones al ISS; que laboró para la empresa Western Atlas Internacional Inc hoy Baker Hughes de Colombia dentro del periodo comprendido entre el 21 de julio de 1988, al 2 de febrero de 1998.

Narró que, Western Atlas Internacional Inc a través del memorando de fecha 29 de enero de 1992, le comunicó que a partir del 1 de enero de 1992, su salario básico pasaba a \$1.904.000, el cual fue reportado al ISS; que en el mes de marzo de 1997, se trasladó de régimen pensional a la AFP Protección S.A.; que para dicho momento la AFP le indicó que al vincularse a ese régimen su bono pensional se liquidaría con un tope de 20 SMLMV equivalentes a \$1.303.800; que el 30 de diciembre de 1997, el Departamento de Recursos Humanos de Western Atlas Internacional le anunció a la AFP Protección que su salario para el 30 de junio de 1992, correspondía a la suma de \$1.904.000; que la AFP Protección el 26 de octubre de 1999, expidió un documento denominado emisión del bono pensional en el cual se evidencia que su salario mensual para el 30 de junio de 1992, era de \$1.303.800, liquidando el mencionado bono pensional de conformidad con el artículo 5 del Decreto 1299 de 1994.

Adujo que, cumplió los 62 años de edad el 15 de julio de 2017, momento a partir del cual empezó a realizar los trámites para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; que el día 31 de julio de 2017, solicitó a la empresa Western Atlas Internacional Inc hoy Baker Hughes de Colombia una aclaración acerca del salario devengado y reportado al ISS para el 30 de junio de 1992; petición que se contestó el 18 de agosto de 2017, en donde se aclaró que Western Atlas Internacional Inc le transfirió el 2 de marzo de 1999, mediante escritura pública No. 513 de la Notaría 45 del Circuito de Bogotá todos los archivos a la sociedad Baker Hughes de Colombia e informan que: *«usted ya cuenta con la certificación (...) fechada el 30 de diciembre de 1997 por Western Atlas, en la que informaba que a 30 de junio de 1992, devengaba \$1.904.000»*.

Refirió que, el 31 de julio de 2017, solicitó a Colpensiones bajo el No. 2017_7892784, una constancia sobre el salario devengado y reportado para el 30 de junio de 1992; que Colpensiones mediante oficio No. BZ2017_7892784-7942820 del 3 de agosto de 2017, comunicó que el salario reportado para el ciclo 06/1992, fue de \$667.070; que teniendo en cuenta dicha respuesta, radicó ante la AFP Protección solicitud de corrección del salario base al 30 de junio de 1992, entidad que contestó el 11 de octubre de 2017, señalando que la solicitud sería gestionada con la entidades competentes para que se subsanarán las inconsistencias que se habían presentado sobre su salario base.

Arguyó que, igualmente radicó ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 19 de septiembre de 2017, bajo el No. 1-2017.075591, solicitud de corrección del salario al 30 de junio de 1992, y como consecuencia el reajuste de su bono pensional; petición que fue resuelta el 3 de octubre de 2017, bajo el No. 2-2017-032631, donde la oficina de bonos pensionales le señaló que no había recibido documentación establecida en el instructivo 4, de diciembre de 2002, donde soportará el salario realmente devengado.

De otro lado, refirió que Colpensiones mediante oficio No. BZ2018_786469-13247460 del 12 de febrero de 2017, le informó que no procedía corrección del salario del ciclo mencionado, anexando documento identificado con el número 0621-664, en donde se certifica que verificados los archivos de afiliación y registro, no contaba con las

planillas de reportes de novedad patronal 01008206758; que el 6 de junio de 2018, radicó ante la AFP Protección solicitud de soporte del salario reportado y devengado al 30 de junio de 1992; que la AFP profirió documento el 21 de junio de 2018, bajo los números CAS-2158159-POB4B8 y CAS-2727257-P3D3R4, en los cuales se comunicó que la solicitud de corrección de su tiempo de cotización al 30 de junio de 1992, por valor de \$1.904.000, había sido registrada en la base de datos.

Acotó que; que en el mes de junio de 2018, solicitó ante su empleador el diligenciamiento del formato A1, con constancia del salario devengado, documento que se diligenció el 9 de octubre de 2018, en el que aparece como salario devengado y reportado ante el ISS para el 30 de junio de 1992, la suma de \$1.904.000, escrito que fue radicado ante la AFP Protección el 27 de diciembre de 2018, contestando dicha entidad el 14 de febrero de 2019, que habían recibido los documentos para la corrección del salario base; sin embargo, el Consejo de Estado había declarado mediante sentencia 0290 de 2018, la nulidad del instructivo 04 de 2002, emitida por el la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, motivo por el cual se encontraba a la espera de una comunicación o nuevo instructivo.

Agregó que, el 11 de marzo de 2019, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin que a la fecha de presentación de la demanda la AFP Protección S.A. hubiera resuelto la petición.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES, contestó (f° 183 a 189, archivo 01, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento del demandante, la de afiliación al ISS y del traslado de régimen pensional, la solicitud presentada ante la entidad y respuesta; en cuanto a los demás, manifestó no constarle.

En su defensa propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación en cabeza de Colpensiones y/o falta de legitimación en la

causa por pasiva, buena fe – principio de legalidad, prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN** contestó (f° 190 a 199, archivo 01, exp. digital), oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el traslado que efectuó el actor ante dicho régimen, las peticiones presentadas por el promotor del proceso y sus respuestas; frente al hecho vigésimo noveno, señaló no ser cierto e indicó que la pensión de vejez había sido reconocida al demandante el 29 de diciembre de 2019; respecto de los demás fundamentos fácticos indicó no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación a cargo de Protección, inexistencia de la obligación de reliquidar la mesada pensional de vejez del demandante, inexistencia de intereses de mora y la innominada o genérica.

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** contestó (f° 225 a 246, archivo 01, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones; frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, el traslado de régimen pensional y la petición presentada ante la entidad; en cuanto a los demás hechos, dijo no constarle. Como excepciones de fondo, propuso las de inexistencia de la obligación, ausencia de causa para pedir y cobro de lo no debido.

BAKER HUGHES DE COLOMBIA contestó (f° 225 a 246, archivo 01, exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda, en relación a los hechos dijo ser parcialmente ciertos los hechos 11, 12, 23 y 24, aclarando que procedió a dar trámite a la solicitud del actor para el diligenciamiento del formato 1 A, en el cual se indicará el salario devengado para el 30 de junio de 1994, ello lo había hecho no en calidad de empleador, sino de tenedor y guardia de la información laboral de los trabajadores de Western Atlas International; en relación a los demás hechos, manifestó no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, aplicación del precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral frente al salario a tener en cuenta para efectos de liquidación de bonos pensionales, prescripción, buena fe y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de marzo de 2022 (archivo 014, carpeta 1ª instancia, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -OBP y BAKER HUGHES DE COLOMBIA

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante JAVIER ÁVILA CAYCEDO

TERCERO: COSTAS a cargo del demandante, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$100.000. La anterior sentencia se notifica en ESTRADOS.

Como **fundamento a su decisión**, sostuvo que, no había discusión en cuanto a que el demandante nació el 15/07/1955, que inició a trabajar con la compañía Western Atlas Internacional el 01/09/1981 y que para el 30/06/1992, el actor devengaba como salario mensual la suma de \$1.904.000.

Expuso que, en lo referente al régimen pensional administrado por el ISS existían unas tablas de categoría y cotizaciones que imponían un tope de salarios mínimos y máximos asegurables aplicables para cada caso conforme a las regladas establecidas en el Acuerdo 048 de 1989, aprobadas por el Decreto 2610 del mismo año, lo cual significaba que ninguna cotización podía superar los topes máximos establecidos, independientemente de que el trabajador percibiera un salario superior. Preciso que, a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, en su artículo 117 se estableció los bonos pensionales, indicándose que el mismo se calcularía teniendo en cuenta el salario que el afiliado tuviera a los 60 años si era mujer, o 62 si era hombre como el resultado de

multiplicar la base de cotización del afiliado al 30/06/1992, o en su defecto el último salario devengado antes de dicha fecha, si para las misma se encontrase cesante.

Mencionó que, en el artículo 139 de la Ley 100 de 1993, se había concedido facultades extraordinarias al Presidente de la República para que dictará las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, las condiciones de los bonos cuando debían expedirse a personas que se trasladarán del régimen de prima media al régimen de ahorro individual; que con base en dicha norma el Gobierno Nacional había expedido el Decreto 1299 de 1994, en cual establecía en su artículo 5, que las personas que estaban cotizando, o que hubieren cotizado al ISS, o alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación sería el salario devengado con base en normas vigentes al 30/06/1992, reportado a la respectiva entidad en la misma fecha o el último salario ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.

Relató que, para resolver la controversia se acogía a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde había definido que en diferentes temas relativos a las pensiones en el sistema de seguridad social que los bonos pensionales se calcularían sobre el salario base de cotización y no por lo devengado por el trabajador, o servidor público; igualmente había dispuesto que el literal a.) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, había sido declarado inexecutable en el año 2005, lo cual suscitó un problema jurídico de incompatibilidad normativa y dimensional con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, que disponía todo lo contrario.

Arguyó que, si bien no podía pasar por alto la sentencia C-378 de 2005, que declaró inexecutable el literal a.) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, en donde además, se había indicado que debía aplicarse dicha disposición mientras estuviera vigente, esto es, desde su promulgación hasta la fecha en que se declaró inexecutable; sin embargo, como bien lo había dicho, su postura era la señalada por la Corte Suprema de Justicia, quien desde hacía años se había alejado de lo dicho por la Corte

Constitucional, bajo los argumentos que se encontraban consignados en la sentencia con radicado No. 31855 de 2009.

Concluyó que, en el presente asunto el bono se encontraba liquidado conforme a la ley; por lo tanto, no se hallaba vulneración alguna de los derechos pensionales del demandante, como quiera que el bono pensional se había liquidado con las normas que estaban vigentes para la época en que se realizaron las cotizaciones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación en el que argumentó que, se encontraba probado que para el 30/06/1992, había devengado un salario de \$1.904.000, que el empleador diligenció el formato 1A en donde señaló que el salario devengado y reportado al ISS al 30/06/1992, había sido de \$1.904.000; que para el año 2004, la AFP Protección había liquidado un bono pensional donde tenían como salario base de liquidación el tope de 20 SMLMV, que era de \$1.300.000; aspectos que comprobaban que el empleador sí había efectuado el reporte con el salario real devengado, de manera que, si no se tomaba el tope máximo de los 20 SMLMV para la liquidación del bono pensional, existiría una diferencia de \$404.000.000, al haberse reportado como la salario base la suma de \$667.000.

Explicó que, no podía desconocerse la forma de liquidación del bono pensional que se establecía en la sentencia C 734 del 2005, en la que se declaró inexecutable el artículo 5 del Decreto la 1299 de 1994, en donde además se señaló que quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual antes de la emisión de la sentencia que fue el 14/06/2005, tendrían derecho a que su bono pensional se calculará con el salario devengado y reportado al 30/06/1994, pero quienes lo hicieron después de esta fecha no tenían ese derecho y se calcularía de acuerdo a lo establecido en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, esto es, sobre el salario cotizado al 30/06/1992.

Refirió que, el reporte ante la entidad de seguridad social era totalmente transparente independientemente del sistema de categorías, tal y como lo expresaba el

artículo 76 del Decreto 3063 de 1989, por lo cual debían ser reexaminados los criterios de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, teniendo en cuenta que la interpretación normativa que hacía dicha institución era muy restrictiva, lo cual hacía que su pensión sufriera una merma aproximadamente del 50%, toda vez que la diferencia entre una liquidación y la otra, era de \$404.000.000, entonces el derecho al bono conforme lo instituía el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, se adquiría por el hecho del traslado al régimen de ahorro individual, asimismo, el Gobierno Nacional había reglamentado la situación con la expedición del Decreto 3366 del 2007, normatividad que gozaba de presunción de legalidad, entonces bastaba con señalar que la norma sí consagraba que el salario a tener en cuenta para la liquidación del bono pensional era el devengado por el trabajador al 30/06/1992.

Señaló que, la anterior norma también indicaba que en caso de que en la respectiva entidad no obrará constancia sobre el salario devengado al 30 de junio de 1992, se tendría en cuenta la certificación que en tal sentido expidiera el empleador; por ejemplo, en este caso se había probado que el ISS no había encontrado alguna prueba de las novedades que había hecho el empleador, por ende, se había procedió a solicitar el certificado ante la empresa en la cual había laborado, la respectiva certificación, la cual se anexó a Colpensiones. Situación que demostraba que la Corte Suprema de Justicia de cierta manera se apartaba de normas de carácter nacional considerado que el ingreso base de cotización establecido en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, se refería a las bases de cotización establecidas por el sistema de categorías del ISS con base en el cual se pagaban los aportes a la Seguridad Social antes de la Ley 100 de 1993; por lo que con base en esa particular interpretación había decidido inaplicar el Decreto 1748 de 1995 y el Decreto 3363 de 2007, para resolver los conflictos que se presentaban en relación con los bonos pensionales que se debían liquidar con salarios superiores a los 10 SMLMV.

Sostuvo que, la interpretación actual de la Corte Suprema de Justicia era restrictiva de derechos, debiendo tener en cuenta que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se buscó incentivar el traslado de los afiliados al RAIS, como instrumento de homologación de los tiempos de servicio o cotizaciones anteriores a la vigencia del

sistema, se implementó el bono pensional y cuando se reportaba un salario superior a la categoría máxima el ISS, sólo podía facturar en categoría máxima, en ese sentido, debía tenerse en cuenta como en su momento lo había establecido la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que los salarios superiores a la categoría máxima y hasta el tope de 20 SMLMV, conforme a la ley se consideraban compatibles con la categoría máxima a efectos de establecer el salario base para la liquidación del bono pensional, problema que no lo tenían los afiliados que fueron debidamente reportados por el ISS a través del sistema del seguro social de su época, toda vez que existía la homologación de reportar el salario real devengado por el afiliado mes a mes como se había probado en este caso.

Por consiguiente, consideró que, el argumento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no consultaba la literalidad del artículo 117 de la ley 100 de 1993, ni el principio de favorabilidad en particular los Decretos 1748 de 1995 y 3366 del 2007, desconociendo que existían razones de equidad en la conformación del sistema y en el diseño del bono para intentar brindar pensiones equivalentes a los afiliados al sistema general de seguridad social, al señalar dicha Corporación que debía aplicarse el concepto base de liquidación de la categoría 51 del ISS, para determinar el salario inicial del cálculo del bono pensional, pasando por alto que a partir de la vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones el IBL se liquida con salarios reales devengados y reportados al sistema de seguridad social, justificando que los subsidios que se otorgan a la pensión son calculados sobre el IBL que oscila entre 1 y 20 SMLMV, pero niega el subsidio implícito en la pensión establecido en el bono pensional que busca que se otorguen pensiones equivalentes.

Añadió que, la posición de la Corte Suprema de Justicia estaba afectando la equidad natural del sistema pensional y todos los bonos pensionales que actualmente liquidaban los diferentes emisores, pero en especial el salario devengado hasta el tope de 20 SMLMV, cuando el empleador reportó el salario real realmente devengado por el afiliado como es este caso y realizó la cotización sobre la categoría máxima 51, es decir, que las entidades estaban cumpliendo con lo establecido en el Decreto 1748 de 1995 y en el Decreto 3366 del 2007; era por ello, que la Corte Constitucional le había dado una

aplicación e interpretación diferente, lo mismo había hecho el Consejo de Estado en donde establecieron 3 formas de liquidar el bono pensional según la norma vigente a la fecha en que se produjera el traslado al régimen pensional.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si debe reliquidarse el bono pensional del actor para el momento del traslado de régimen pensional teniendo en cuenta el salario realmente devengado al 30 de junio de 1992 o el máximo asegurable para dicha época establecido por el ISS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Javier Ávila Caicedo laboró para la empresa Western Atlas International Inc a través de un contrato laboral a término indefinido el cual inició el 21 de julio de 1988 (f° 40, archivo 08, carpeta 1 instancia, exp. Digital); **ii)** que dicha empresa lo afilió al ISS bajo el número patronal 0100806758 y efectuó aportes pensionales entre el 3 de agosto de 1988, hasta el 28 de febrero de 1998 (f° 5, archivo 01, f° 10, archivo 08, carpeta 1 instancia, exp. Digital); **iii)** que para el 30 de junio de 1992, devengaba como salario la suma de \$1.904.000 (10, archivo 08, carpeta 1 instancia, exp. Digital); **iv)** que el 17 de marzo de 1997, se trasladó de régimen pensional a través de la AFP Protección (f° 24, archivo 07, carpeta 1 instancia, exp. Digital); y **v)** que le fue reconocida pensión de vejez a partir del 11 de marzo de 2019, con una mesada pensional de \$1.836.803, bajo la modalidad de retiro programado, por parte de la AFP Protección S.A. (f° 25, archivo 07, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Liquidación bonos o títulos pensionales

El *a quo* negó la solicitud del actor arguyendo que se acogía a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en donde se apartaba de lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-378 de 2005; por lo tanto, para liquidarse el bono pensional debía tenerse en cuenta el tope máximo del salario establecido por el ISS al 30 de junio de 1992, situación que considera el recurrente afecta la equidad natural del sistema pensional, solicitando sea reexaminados los criterios de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ya que la interpretación normativa que hace es muy restrictiva.

Para resolver el asunto, es importante tener en cuenta que esta Corporación no es la llamada a cambiar los criterios establecidos por la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, al ser la encargada de la labor constitucional unificadora de la jurisprudencia nacional; así lo ha enseñado la Corte Constitucional en sentencia SU 113 de 2018, en la cual dijo:

4.7. Otra importante característica del precedente, radica en la autoridad judicial que lo crea, por cuanto de ello depende su alcance. De modo que, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado, según su origen, dos clases de precedente: el horizontal y el vertical. Respecto al primero, se ha dicho que comprende “aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial”¹; mientras que el segundo, “se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción². En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores”³.

4.8. Lo anterior, resulta de especial relevancia, pues, finalmente, es preciso reiterar que si una autoridad judicial decide apartarse de un precedente, es necesario que exponga razones con peso y fuerza suficiente que permita comprender el porqué de la aplicación de la nueva interpretación. Con tal propósito, el juez debe cumplir dos requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional. El primero, refiere al requisito de

¹ T-309 de 2015.

² Véase, entre otras, las Sentencias T-123 de 1995, T-766 de 2008 y T-794 de 2011.

³ Véase, entre otras, las Sentencias T-211 de 2008, T-161 de 2010 y T-082 de 2011.

*transparencia, es decir, del cual se colige que “las cargas que se imponen para apartarse de un precedente, dependen de la autoridad que la profirió”. En efecto, el juez “en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’”⁴. El segundo, es decir, el requisito de suficiencia, tiene que ver con que el juez debe exponer razones suficientes y válidas, “a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial”⁵, **es decir, que no basta con ofrecer argumentos contrarios a la posición de la cual se aparta, sino que debe demostrarse que el anterior precedente ha perdido vigencia para resolver asuntos futuros, bien sea por el cambio normativo o por la simple transformación social.***

4.9. En términos de lo expuesto, el desconocimiento del precedente judicial constituye una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dentro del propósito de lograr que las decisiones judiciales le otorguen a las personas la igualdad de trato en la interpretación y aplicación de la ley, frente a situaciones similares o semejantes. (Negrilla y Subrayado fuera del texto original).

De otro lado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al analizar la jurisprudencia como criterio auxiliar, sostuvo que el sometimiento al imperio de la Ley (artículo 230 Constitución Política), no les impone una camisa de fuerza que les impida acudir a la jurisprudencia mediante la cual la interpretan o a la doctrina probable ni a los principios de derecho, para descubrir el genuino sentido de la misma, refiriendo en la sentencia CSJ SL5123-2020, lo siguiente:

De tal suerte que, cuando el legislador establece el deber de los operadores judiciales de administrar justicia de manera pronta, cumplida y eficaz (artículo 4º de la Ley 270 de 1996) sometiéndose al imperio de la Ley (artículo 230 de la Carta), no les impone una camisa de fuerza que les impida acudir a la jurisprudencia mediante la cual la interpretan o a la doctrina probable ni a los principios de derecho, para descubrir el genuino sentido de la misma.

Por ejemplo, esta Sala, en sentencia CSJ SL, de 7 de jul. 2009, rad. 36821, enseñó:

Que los jueces en sus providencias estén sometidos al imperio de la ley no impide que la interpreten para desentrañar su sentido, ni, en tratándose de normas laborales, que le asignen el entendimiento que mejor se acomode a la búsqueda de la equidad y de la justicia en las relaciones laborales.

De otra parte, en fallo CC C284-2015, en el que la Corte Constitucional resolvió sobre la inconstitucionalidad del artículo 4º de la Ley 153 de 1887, dijo:

[...] la doctrina probable y el precedente judicial son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al

⁴ Sentencia T-446 de 2013.

⁵ Ídem.

respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. La Corte reconoció que la utilización de estas fórmulas, lejos de atentar contra el artículo 230 de la constitución vienen a reforzar el sistema jurídico nacional y son perfectamente compatibles con la jerarquización de las fuentes que establece el postulado constitucional, puesto que la jurisprudencia no crea normas sino que establece las fórmulas en que el juez, tanto en la parte considerativa como en la parte resolutive, debe llevar la normatividad a los casos concretos.

Igualmente, en la sentencia CC C621-2015, al resolver la exequibilidad del artículo 7º del Código General del Proceso, precisó:

3.9.1.1. Por una parte, ha quedado suficientemente claro que la posición de la Corte Constitucional respecto del valor vinculante de la jurisprudencia de las Altas Cortes tanto a nivel vertical como horizontal es que ello resulta plenamente compatible con el enunciado del Art. 230 constitucional, pues lejos de contradecir su sentido material, fortalece el concepto de orden normativo sistemático e integral y protege los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley.

3.9.1.2. Las sub reglas decantadas sobre el valor de la jurisprudencia de las Altas Cortes, tanto en la figura de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, como en general, sobre la aplicación del precedente vertical y horizontal en los casos con hechos similares, son claras en aceptar que la jurisprudencia es una herramienta útil para lograr la coherencia del sistema jurídico nacional, perseguir el cumplimiento del principio de igualdad, y lograr la eficiencia del sistema judicial.

Y esta Sala de la Corte, sobre el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho, señaló en la sentencia CSJ SL405-2013, lo siguiente:

ii) La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como fuente de derecho.

Según el recurrente, al existir una norma positiva reguladora de la situación controvertida -para el caso la L. 100/1993, Art. 46-, no era viable que el sentenciador acogiera para dirimir el caso la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dado que ella es un criterio auxiliar de la actividad judicial según el artículo 230 superior.

Al respecto la Sala considera pertinente puntualizar lo siguiente:

En la tradicional concepción formalista de las fuentes de derecho, ciertamente la ley ocupa un lugar preeminente. Derecho y ley se confunden. El juez es “la boca de la ley”, “dice el derecho” (iuris dictio), o, en otras palabras, “opera el derecho”. Esta concepción, propia del siglo XIX, parte del paradigma de que la ley, producto de la sabiduría del legislativo, cubre todas las posibles hipótesis que pudieran presentarse en la realidad social y de ahí que al juez corresponda elegir la pertinente para subsumir el caso a él sometido. Por ejemplo, para los exégetas de la codificación civil napoleónica, al juez simplemente le corresponde aplicarla,

pues se asume que la ley previó todos los casos posibles y para resolver cada uno de ellos se establecieron reglas claras que a él corresponde seguir.

Pero, como lo plantearon Gény⁶ y otros desde la primera mitad del siglo pasado, las dinámicas sociales propias de la modernidad han llevado a que la ley no esté en situación de prever todas las posibilidades de lo jurídico. Por eso hoy el juez, como dispensador del derecho, tiene ante sí el reto no solamente de dilucidar lo previsto por el legislador, sino también de hacerlo con lo no previsto. La ley, entonces, es un postulado que podrá quizás cobijar, a lo sumo, las hipótesis más evidentes o probables de la realidad social coetánea al momento en que ella se emite, pero no necesariamente será óptima para dirimir todas las que pudieran brotar posteriormente de la dinámica complejidad de ésta, incesante e imprevisible, o incluso para aquellas que están latentes en aquel momento, pero que por alguna razón no son detectadas por el legislador cuando emite las reglas.

De ahí que en sociedades complejas como las actuales, la pretensión de que la ley cobije todas las hipótesis, es una aspiración ideal, pero no siempre factible o realizable. Y ello obliga al juez a ser creador de derecho, en aquellas situaciones en las que la ley no ha sido previsiva, bien porque no impartió una solución expresa (laguna normativa), o bien porque, señalándola, ella no es coherente con los principios y valores del ordenamiento (laguna axiológica). En el caso que en esta ocasión capta la atención de la Corte, existe una laguna de este último tipo. En efecto, si bien aquí existe una solución normativa (legislativa) en estricto sentido para la situación de la parte actora (L100/1993, art. 46), esa solución no es axiológicamente adecuada a la luz del ordenamiento jurídico, ya que el legislador no tuvo en cuenta una característica relevante de tal situación, que, de haberla vislumbrado, le habría llevado a adoptar una solución específica y diferente a la señalada para el resto de casos que componen el universo de hipótesis que no comparten esa característica relevante o distintiva. Con otras palabras, no previó situaciones individuales de transición de un régimen a otro.

*Al juez corresponderá, ante tales casos, hacer adjudicaciones jurídicas específicas, no rigurosamente concordantes con la norma positiva expresa, pues ello entrañaría una solución valorativa anómala. Por el contrario, deberá adoptar una solución que, consultando los principios del ordenamiento que inspiraron la norma positiva que a la postre, y por la razón expuesta, no resulta óptima frente al caso, imparta justicia material al caso. **Y cuando ese pronunciamiento sea reiterado y provenga de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, él constituirá fuente de derecho, como doctrina probable para los otros jueces, frente a las carencias –normativas o valorativas- de la ley positiva.***

Las actuales regulaciones legislativas atinentes a las pensiones de invalidez y de sobrevivientes constituyen un buen ejemplo de conjuntos normativos que, debiendo hacerlo, no alcanzan a cubrir todas las posibles hipótesis fácticas desde el punto de vista axiológico. En efecto, dichas normas no previeron ciertas situaciones transicionales relevantes (como si lo hicieron, por ejemplo, las normas relativas a la pensión de vejez dentro de la nueva ley de seguridad social). Ante

⁶ Gény, Francois. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Ed. Reus, Madrid, 2ª edición, 1925, pág. 228.

esto, el juez – si bien, lejos de actuar de forma libre y arbitraria-, está obligado a desplegar una labor de integración y ponderación del ordenamiento jurídico, que involucre las disposiciones positivas existentes con los principios y valores que imperan en el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, ante la ausencia de regulación expresa o valorativamente adecuada en el texto de la ley en estas materias, el juez deberá tomar una decisión equilibrada, con estribo en una argumentación sólida y acorde con los principios que informan el sistema normativo vigente, para, de tal manera, impartir justicia material en el caso concreto. **Y para lograrlo, deberá recurrir a fuentes distintas a la ley, como lo constituye en este caso la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.**

En este preciso asunto de la transición en pensiones de invalidez y de sobrevivientes, esta Sala de Casación –en cumplimiento de su labor constitucional unificadora de la jurisprudencia nacional-, y ante la laguna que la legislación presenta en tales situaciones de transición, ha trazado subreglas que están construidas sobre elementos de principalística propios del ordenamiento jurídico nacional, como es el caso del principio de la condición más beneficiosa (artículo 53 CN). Ha entendido la Sala que sólo de esta manera puede impartirse justicia, en situaciones con características relevantes que se salen de la regla general señalada por el legislativo, pues las personas han reunido los requisitos exigidos por la legislación anterior para obtener un derecho, y la nueva normativa impone requerimientos adicionales o más gravosos para el efecto.

Claramente la Constitución en su artículo 230 –como lo arguye el recurrente-, establece que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial. Pero a su vez –añade la Sala-, el artículo 4º de la L. 169 de 1896, establece que **“tres decisiones uniformes, dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos [...]”**

Adicionalmente, cabe agregar, los jueces de instancia, en ejercicio de su independencia judicial, pueden separarse de la jurisprudencia que produce la Corte como tribunal de casación, si lo consideran no solamente fundado sino necesario. Esta misma Sala, en sentencia del 23 de enero de 2003, Rad. 18970, al respecto puntualizó:

“[...] Usualmente los jueces en las controversias jurídicas que acusan incertidumbre optan por acoger como razonamientos orientadores las decisiones jurisprudenciales que sobre la materia objeto de debate han trazado las corporaciones que cumplen la función especial, entre otras, de unificar la jurisprudencia nacional tratándose del ordenamiento legal. Actitud sensata y revestida de toda lógica dado que la jurisprudencia es el resultado de la ponderación detenida y profunda de las diversas tesis expuestas sobre los puntos de derecho discutidos por los litigantes, analizados por doctrinantes y estudiados por los jueces en las instancias; de tal suerte que las decisiones doctrinales referidas están soportadas en la experiencia, el conocimiento de los diversos planteamientos esgrimidos en el desarrollo de los debates judiciales y aún en la actividad académica, de manera que sus juicios, así debe entenderse, son los que aclaran o definen con acierto las imprecisiones de la ley o suplen debidamente los vacíos que ésta revela.

Lo anterior no significa que los jueces estén coaccionados a acoger como suya la doctrina de las altas cortes, pues a más que constitucionalmente están liberados de esa imposición, lo razonable es que si encuentran nuevos argumentos o elementos de juicio que los lleven al convencimiento de que la solución a la discusión jurídica propuesta es contraria a la solución ofrecida por la doctrina jurisprudencial se orienten en sus decisiones por la regla lógica que estimen adecuada". (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En ese orden de ideas, queda claro que ante la presencia de vacíos normativos le corresponde al juez en primera medida acudir a la doctrina probable establecida a través de la jurisprudencia, que en el caso de la Jurisdicción Ordinaria Laboral atañería a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues como previamente se indicó es el órgano competente para ello; y aun cuando los jueces también pueden apartarse de los criterios establecidos por dicha Corporación de cierre, cuando existan nuevos argumentos o elementos de juicio que lleven a tomar una decisión distinta, demostrándose como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia previamente señalada *«que el anterior precedente ha perdido vigencia para resolver asuntos futuros, bien sea por el cambio normativo o por la simple transformación social»*, en el caso *sub examine* esta Sala de Decisión no encuentra razones o fundamentos suficientes para apartarse del precedente reiterado de la Corte sobre la discusión esbozada en la presente Litis; por el contrario, acoge la línea de pensamiento según la cual, para la liquidación de los bonos pensionales de las personas que se trasladaron de régimen pensional el salario que se debió tomar para el 30 de junio de 1992, debía ser el máximo asegurable permitido según lo dispuesto en el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, que determinó como límite la suma de \$665.070.

Ello en razón a que, dicha Corporación de manera pacífica ha sido acuciosa en el tema analizando e interpretando adecuadamente la norma en relación con el salario a tener en cuenta para la liquidación del bono pensional, incluso ha estudiado los argumentos objeto del presente recurso, esto es, en relación a la aplicación del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994 y el Decreto 3366 del 2007, manteniéndose en la postura de que no es posible, por cuanto sería dar aplicación retroactiva de una norma que desconocería el principio general del derecho de la irretroactividad de la ley; además de

que existían acuerdos y demás disposiciones que regulaban las pensiones de vejez, los cuales establecían límites de cotizaciones para aquellos empleadores inscritos en el ISS, fijándose un salario máximo asegurable, frente a lo cual la entidad de seguridad social no podía recibir cotizaciones superiores, así los devengará, criterio que en la actualidad se ha mantenido como se puede ver, entre otras, en la sentencia CSJ SL3174-2021, en la que señaló:

El Tribunal para confirmar la decisión absolutoria de primer grado, se fundó básicamente en la jurisprudencia de esta Sala de la Corte sobre la materia, según la cual si «el traslado del asegurado entre regímenes se dio entre la entrada en vigencia del art. 5° del D.1299/1994 (22 de julio) y la declaratoria de inexequibilidad del mismo en sentencia C-734 del 14 de julio de 2005, no aplica dicha disposición legal para efectos de la liquidación del bono pensional en razón a que la normativa que regulaba las pensiones de vejez en el ISS tenían establecido un salario máximo asegurable, sin que la administradora pudiera recibir cotizaciones por encima de ese tope», de manera que el obrar de las entidades convocadas al proceso se ajustó a la normatividad vigente, razón por la que no había lugar a la reliquidación pretendida.

Por su parte, de la sustentación de los cargos que hizo el recurrente, básicamente se infiere, que su inconformidad gira en torno al hecho de que el juez de segundo grado hubiese considerado que no existía sustento legal para ordenar el reajuste pretendido, ya que, a su juicio, la fuente jurídica de este se encontraba en las normas enlistadas en la proposición jurídica, y especialmente en el artículo 5 del Decreto 1299 de 1994 y en el Decreto 3666 de 2007.

Bajo el contexto que antecede, lo que le corresponde a la Sala, es determinar cuál es el salario que debe servir de base para la obtención del bono pensional, esto es, si es aquel con el que se hicieron aportes al ISS al 30 de junio de 1992, sobre la categoría máxima, o el efectivamente devengado por el trabajador como lo afirma la parte recurrente.

Frente a dicha problemática, de entrada la Sala advierte que, no le asiste razón al promotor del proceso, ya que como bien lo advirtió uno de los opositores, su criterio se acompasa con la línea de pensamiento de esta Corte, según la cual ha asentado que la base sobre la cual debe liquidarse el bono pensional en casos como el presente, es aquella sobre la cual se hicieron los aportes al ISS al 30 de junio de 1992, por ser el máximo asegurable para esa época, como pasa a explicarse.

En efecto, esta Corporación desde la sentencia CSJ SL, 16 mar. 2008, rad. 25608, ha venido sosteniendo de manera reiterada y pacífica, que para la liquidación del bono pensional de las personas que se trasladaron del régimen de prima media al de ahorro individual, el salario que debe tomarse para ese efecto, no es el efectivamente devengado al 30 de junio de 1992, sino el máximo asegurable que permitía el Decreto 2610 de 1989, aprobatorio del Acuerdo 048 de la misma anualidad, emanado del Consejo Nacional de Seguros del ISS, en donde estableció un límite de cotización de \$665.070, para la categoría 51 (art. 2), y en esa medida, el fondo de pensiones no estaba facultado por mandato legal, a recibir aportes por monto superior al señalado, sin importar que el afiliado percibiera una asignación por encima de ese tope. Para más ilustración del tema,

vale la pena traer a colación lo dicho en la sentencia CSJ SL15601 de 2016, en la que se precisó:

Frente a los errores jurídicos endilgados por la censura en el ataque, esta Corporación se ha venido pronunciando en el sentido de que, para efectos de la liquidación del bono pensional de las personas que se trasladaron del régimen de prima media al de ahorro individual, el salario de referencia no es el “devengado” para el 30 de junio de 1992 sino el máximo asegurable permitido, según lo dispuesto en el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, que determinó como límite el valor de \$665.070, por lo que la entidad administradora de pensiones no estaba autorizada a recibir cotizaciones superiores a este tope, así el trabajador hubiese devengado una remuneración superior, tal como sucede en el presente asunto, de manera que, en estos casos, debe tomarse en cuenta la base máxima asegurable, sin que pueda alegarse la aplicación del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994 con base en decisiones de la Corte Constitucional, como lo alega desacertadamente el censor.

En ese mismo sentido, se pronunció igualmente la Corte en la sentencia CSJ SL, 22 sep. 2009, rad. 32349, reiterada en la CSJ SL8586-2017, entre otras, donde se dijo:

Acorde con esa normatividad se encuentra el artículo 24 del Decreto 1650 de 1977 que consagra el establecimiento, en los reglamentos del ISS, de los límites del salario asegurable, y en tal sentido, por ejemplo, el artículo 60 de aquel Decreto 433, previó el salario máximo asegurable en suma no inferior a 22 veces el salario mínimo legal, mientras que el artículo 1° del Acuerdo 01 de 1979, aprobado por el Decreto 3090 del mismo año, señaló para esos efectos la cantidad diaria de \$2.530, la que se aumentó mediante Acuerdo 003 de 1982 y 048 de 1989, aprobados por los Decretos 2630 de 1983, 2610 de 1989; estos preceptos además regularon unas categorías y la máxima (en la última norma reseñada) fue la 51, con un salario mensual máximo asegurable de \$665.070 (artículo 2°), mientras que en el artículo 4° señalaba el salario mensual de base máximo asegurable en 21 veces el salario mínimo legal de cada año.

Ahora bien, frente a la falta de aplicación del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, en donde se consagró que el salario que debía tomarse era el devengado por el trabajador y el cual considera el recurrente estuvo vigente entre su fecha de expedición y la de la sentencia C-734 de 2005, mediante la cual fue declarado inexecutable, debe recordarse, que esta Sala de la Corte, decidió inaplicar dicho precepto, al considerar que introdujo una evidente modificación respecto del salario base para la obtención de los bonos pensionales, la que entraba en conflicto con la normatividad existente que regulaba este tópico, por lo cual consideró que «convirtió en ilegal lo que antes estaba ajustado a derecho», en virtud de lo cual optó por darle prevalencia a lo estatuido en la Ley 100 de 1993, y demás decretos reglamentarios, sin que en manera alguna pueda pensarse que ello conlleva a darle efectos retroactivos a la sentencia de inexequibilidad C-734 de 2005.

En efecto, en la sentencia CSJ SL, 31 mar. 2009, que ha sido reiterada en la CSJ SL15601-2016, CSJ SL8586-2017, y más recientemente en las CSJ SL1042-2019 y CSJ SL1977-2019, se sostuvo:

No obstante la armonía y concordancia existente entre la Ley 100 de 1993 y el salario base de cotización a 30 de junio de 1992, el artículo 139-5 de la mencionada ley concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para que dictara “las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual”.

En desarrollo de tales facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto 1299 de 1994 (publicado en el Diario Oficial número 44.411 del 28 de junio de ese año), en cuyo artículo 5º, literal a) 1994, titulado como “Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia”, asentó que “a) Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando”. (El subrayado es de la Sala).

Es evidente que el artículo 5º del precitado Decreto 1299 de 1994, introdujo una protuberante modificación en cuanto al salario base de liquidación de los bonos pensionales a 30 de junio de 1992, pues ya no aludió al salario base de cotización, sino al salario devengado en esa fecha de acuerdo con las normas legales vigentes. Y así se afirma, pues si para dicha fecha había un salario máximo asegurable de \$665.070, pero el afiliado realmente devengaba un salario superior, el bono debía liquidarse de acuerdo con este último y no con el [que] se le cotizó.

Desde luego que con la modificación implementada por el artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, bien puede decirse que, mediante una norma posterior, se convirtió en ilegal lo que anteriormente estaba ajustado a la ley. En otras palabras, una situación que en su momento estaba amparada por la ley, después por virtud de una modificación legislativa, pasó a ser ilegal, lo cual no es más que la aplicación retroactiva de una norma, desconociendo con ello el clásico principio general del derecho de la irretroactividad de la ley.

Y pese a que la Corte Constitucional, en su oportunidad, declaró la inexecutable del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, mediante la sentencia C-734 de 2005, sin embargo, en otras decisiones suyas, especialmente las sentencias de Tutela T-147, T-801, T-910, T-920 y T-1087, de 2006, refiriéndose a la citada sentencia de constitucionalidad, reiteró en forma textual que: “Las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro por regla general, de forma que sólo tienen efectos retroactivos cuando la Corte expresamente le confiere a su sentencia alcances hacia el pasado, lo cual ha sucedido de manera excepcional, cuando en casos concretos se demuestra que están en juego valores constitucionales más importantes que la propia seguridad jurídica”, por eso puntualizó que “no es posible aplicar de manera retroactiva la sentencia C-734 de 2005 y por ende las personas que tenían derecho a la **emisión** del bono conforme a las reglas vigentes al momento de su traslado de un sistema a otro, no han perdido ese derecho. Quiere decir que para aquellas personas que se trasladaron entre la entrada en vigencia del literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994 y el

momento en el cual se profirió la sentencia C-734 de 2005 (14 de julio de 2005) el literal a) del artículo 5° es plenamente aplicable. La sentencia T910 de 2006 lo explicó así: “De forma que si la persona se trasladó entre el 28 de junio de 1994 hasta el 14 de julio de 2005 tiene derecho a que el salario de referencia que sirve de base para la determinación del bono pensional se calcule como establecía el literal a) del artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994, esto es, tomando en cuenta el salario devengado por el beneficiario del bono a 30 de junio de 1992” (Lo subrayado no pertenece al texto reproducido). Es decir, que según lo dicho por esa alta Corporación, el artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, surtió efectos y los seguirá surtiendo en tratándose de situaciones acontecidas bajo su vigencia. (Negrilla texto original).

Empero, la Corte Suprema considera, por lo antes expuesto, que el tantas veces mencionado artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, no puede tener aplicación en el asunto bajo examen, porque al tenor de los Acuerdos y demás disposiciones que regulaban las pensiones de vejez, entre ellas, las atinentes a los límites de cotizaciones a los cuales debía someterse el empresario inscrito en el ISS, las mismas establecían un salario máximo asegurable, por encima del cual, se repite, la entidad de previsión social no podía recibir cotizaciones. (Negrilla texto original).

Y en el fallo CSJ SL1042-2019, proferido en un proceso seguido también contra el ente ministerial aquí llamado a juicio, en asunto similar al que ahora ocupa nuestra atención, se puntualizó:

Entonces, el literal a) del artículo 5.° del Decreto-Ley 1299 de 1994 no solo se expidió por fuera de las facultades entregadas al Presidente de la República, aspecto que finalmente provocó su inexequibilidad en el año 2005, sino que, además, desde un inicio suscitó un problema jurídico de incompatibilidad normativa bidimensional: (1) con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, el cual había dispuesto todo lo contrario, esto es que la pensión de referencia se liquidaba teniendo en cuenta «la base de cotización del afiliado a 30 de Junio (sic) de 1992» y no lo devengado; y (2) con los principios y directrices que inspiran el actual sistema de seguridad social, de los cuales deriva la regla según la cual las pensiones se financian con lo efectivamente cotizado». (Subrayado texto original).

Por su parte, en cuanto a los argumentos del recurrente, relativos a que conforme a los artículos 4 y 76 del 2610 de 1989, así como según lo dispuesto en los preceptos 64 y 72, era posible cotizar hasta 21 salarios mínimos legales mensuales vigentes e incluso sobre el salario realmente devengado, basta señalar que resultan equivocados de cara a la posición doctrinal a la que se ha hecho mención en precedencia, para lo cual además, resulta procedente traer a colación lo dicho en la sentencia CSJ SL 23 jul.2009, rad. 35913, en la se dijo:

*Cabe agregar, en lo atinente a lo manifestado por la réplica, que si bien el artículo 4° del mismo Acuerdo No. 048 de de 1989 expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, contemplaba un salario asegurable mayor al fijado para la **máxima categoría que lo era la 51**, al prever que “El valor del Salario Mensual de Base máximo asegurable será el equivalente a **veintiún (21) veces el salario mínimo legal mensual** decretado por el Gobierno Nacional en cada año o período”; lo cierto es que, como atrás se explicó, el sistema de recaudo que*

*era mediante facturación que imperaba para la época basado en la **tabla de categorías y aportes** que se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no permitía que el ISS recibiera cotizaciones por encima del tope de los **\$665.070,00**, y por tanto es esta cifra y no otra la que es dable tener como máximo asegurable al 30 de junio de 1992. (negrilla texto original)*

Acorde con lo expresado, ha de tenerse en cuenta que sobre la base de los \$665.070,00, se habría pensionado el afiliado en el evento de que hubiera decidido continuar en el régimen de prima media con prestación definida, dado que como se dijo, con sujeción a ese monto era que estaba obligada la empleadora a realizar los aportes al ISS, aunque el salario real del trabajador superara dicho quantum; lo cual confirma la tesis acogida por la Sala y plasmada en el antecedente jurisprudencial que se acaba de transcribir, consistente en no tomar un valor superior sino el correspondiente a la categoría 51.

Así las cosas, fuerza concluir entonces, que el Tribunal en su decisión, no incurrió en yerro jurídico endilgado, al considerar que el salario base para obtener el bono pensional, debía ser aquel con el cual el empleador cotizó al sistema al 30 de junio de 1992, por corresponder a la máxima categoría, y no el devengado por el actor, como equivocadamente lo argumenta el promotor del proceso.

Acorde con lo dicho en precedencia, y conforme al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se itera, esta Sala Comparte, se observa que lo decidido por el a quo, se acompasa con dicha línea de pensamiento; por lo tanto, se confirmará la sentencia objeto de apelación.

COSTAS

Costas a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no salió adelante.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



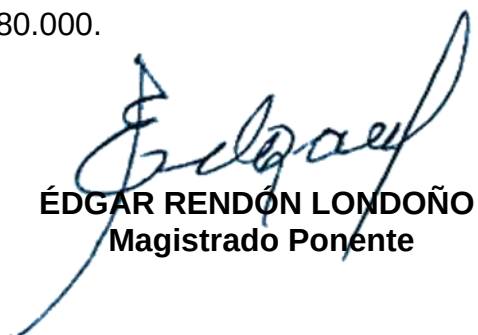
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante, la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105028202200163-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DANIEL MAURICIO PARRA FERRO
DEMANDANDO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **DANIEL MAURICIO PARRA FERRO**, se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A., y posteriormente a otra AFP, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **ordene** a la AFP Protección S.A., trasladar a Colpensiones, todos los aportes por él realizados, los rendimientos financieros, bonos pensionales y cuotas de administración; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM y actualizar su historia laboral, a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital), señaló en síntesis, que se afilió al RPM- ISS desde el 01 de octubre de 1980; que a mediados del 1995, se trasladó al RAIS a través de la AFP Old Mutual hoy Skandia, sin que los asesores de ese fondo le dieran información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas tanto del RPM como del RAIS, que no le hicieron un estudio de su situación pensional particular, sino que únicamente le hablaron de algunos beneficios del nuevo régimen.

Narró que, el 12 de junio de 2003, se trasladó a la AFP Protección S.A.; que nació el 03 de enero de 1959, por lo que cumplió 62 años de edad en la misma calenda del año 2021; que Protección le realizó una simulación pensional ofreciéndole una mesada pensional de \$9.450.204 para el año 2021, mientras que en ese mismo año en el RPM le correspondería una mesada de \$13.312.194; que durante toda su vida laboral cotizó 1.989 semanas; y que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la vinculación del actor a esa entidad, que se trasladó al RAIS, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

La **AFP SKANDIA** contestó (archivo 08 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que se trasladó al RAIS a través de esa AFP mediante la firma de un formulario de vinculación del 04 de septiembre de 1995, que posteriormente se trasladó a la AFP Protección el cual se hizo

efectivo a partir del 01 de agosto de 2003, y su fecha de nacimiento; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos. Aclaró que, que al momento de la afiliación le entregó información sobre las características del RAIS, así como también le suministró la asesoría de conformidad con las normas que se encontraban vigentes para la época del traslado, prueba de ello era la suscripción del formulario de afiliación. Advirtió que en todo caso las condiciones del RPM y del RAIS se encontraban cabalmente estipulados en la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, por lo que no resulta plausible que la parte actora alegue que no fue asesorada de manera completa, clara veraz, oportuna, adecuada, suficiente y clara sobre las diferencias de los regímenes, los beneficios y desventajas al momento de suscribir el formulario de afiliación con esa entidad.

Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor se vinculó a esa AFP mediante la firma de un formulario el 12 de junio de 2003, la que a la fecha se encontraba vigente, y que le realizó una proyección pensional, a los demás manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, le entregó información adecuada, correcta, suficiente y oportuna, además que este venía de otra AFP, por ende, dicha vinculación se entendía como su deseo de permanencia en el RAIS y de no retornar al RPM.

Narró que,, le explicó las características propias del RAIS, las implicaciones de su decisión de afiliarse a este y sus diferencias con el Régimen de Prima Media, dejando claro que uno y otro son excluyentes y que cada uno conllevaba sus propias condiciones sin que pueda hablarse de beneficios o inconvenientes sino de efectos diferentes entre uno y otro, cumpliendo con su responsabilidad profesional y correspondiendo al afiliado realizar su propia valoración o juicio de favorabilidad, y fue él quien finalmente se afilió a esa Administradora en forma libre, consciente y voluntaria.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de marzo de 2023 (archivo 18-19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor DANIEL MAURICIO PARRA FERRO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de octubre de 1995, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA 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 PROTECCIÓN 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 DANIEL MAURICIO PARRA FERRO identificado con C.C. 79.144.464 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

(...)

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que el demandante realizó cotizaciones al RPM donde acumuló 577,14 semanas, que se trasladó al RAIS a

través de la AFP Old Mutual con efectividad a partir del 1° de octubre de 1995, y que posteriormente realizó un traslado a la AFP Protección S.A., siendo efectiva esa afiliación a partir del 1° de agosto de 2003, y allí permanece hasta la actualidad.

Señaló que, cuando se cuestiona si se cumplió o no con el deber de información, el estudio debe abordarse desde la óptica de la ineficacia por ser esta la consecuencia jurídica que previo el legislador en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, razón por la que era equivocado abordar el análisis desde el régimen de las nulidades por cuanto resultaba desproporcionado exigirle al afiliado que demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento -error, fuerza o dolo-.

Indicó que, en este caso le correspondía a la AFP Old Mutual hoy Skandia la carga de probar en qué circunstancias se hizo el traslado del actor, y si le brindó una información veraz y oportuna sobre las implicaciones de este y sobre la verdadera situación que ella tenía frente a los dos regímenes pensionales, para que su consentimiento estuviere realmente informado y escogiera el que mejor le conviniera; que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia era pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de una voluntad informada la AFP debía probar que le informó de manera completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable sino también lo desfavorables, e incluso de ser el caso debía desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión a ese deber traía como consecuencia la ineficacia del traslado.

Advirtió que, en el plenario no se había acreditado que AFP Old Mutual hoy Skandia para el año 1995, le hubiese explicado las ventajas y desventajas que conlleva el cambio de régimen pensional, pues del interrogatorio de parte del actor no se extraía confesión alguna en ese sentido, por lo que colegía que quien propició el cambio de régimen no acreditó haber cumplido con el deber de información, lo que traía como consecuencia la ineficacia del cambio de régimen, y los realizados con posterioridad. Sostuvo que como el traslado de régimen pensional celebrado el 04 de septiembre de 1995, era ineficaz, este no se subsanaba por virtud de las vinculaciones posteriores a

otras AFP ni porque la AFP Protección S.A., le hubiese realizado una simulación pensional.

Sostuvo que, la oportunidad en que debe proporcionarse la asesoría en debida forma al afiliado, era previo al traslado del régimen, por ende, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó al RPM en las oportunidades legales previstas, no podían validar el desacato legal que generaba la ineficacia del acto jurídico del traslado del régimen, el cual no podía subsanarse.

Concluyó que, declararían ineficaz el traslado de régimen pensional realizado en 1995, por lo que Colpensiones debía recibir al actor en el RPM y la AFP Protección S.A., debía trasladar a Colpensiones 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 demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la afiliación realizada por el actor al RAIS en 1995, era válida porque cumplía con los requisitos exigidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues firmó el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones; que el demandante no era beneficiario del régimen de transición porque no acreditó los requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al 01 de abril de 1994, y al momento de presentar su petición de retorno al RPM estaba inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, siendo improcedente después de tantos años alegar que fue engañado, solo por el hecho de observar fallidas sus expectativas pensionales.

Consideró que, en este asunto no podía alegarse la ineficacia del traslado, sino que el promotor del litigio debía incoar una acción de resarcimiento de perjuicios.

Expuso que, esa entidad no había participado en el acto que se consideró ineficaz, pues fueron las AFPs quienes omitieron el deber de información, por lo que Colpensiones era una tercera afectada, pues se le estaba condenando a recibir de nuevo al demandante, lo que le generaba una descapitalización del sistema, por lo que solicitó se le condene a los fondos privados demandados a pagarle un cálculo actuarial equivalente al total de las mesadas pensionales que debe pagar, liquidada conforme las reglas del RPM.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo que no fue objeto de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Old Mutual, y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, que: **i)** el señor DANIEL MAURICIO PARRA FERRO nació el 03 de enero de 1959; **ii)** estuvo afiliado al ISS entre el 01 de octubre de 1980, y el 28 de febrero de 1995, donde aportó 577,14 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 24 de junio de 2022 (f.º 160-163 archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** se trasladó al RAIS a través de Pensionar hoy Skandia mediante formulario de vinculación firmado el **04 de septiembre de 1995**, con efectividad a partir del 01 de octubre de igual año (f.º 20-22 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** el 12 de junio de 2003 realizó un traslado horizontal a la AFP Protección S.A., efectivo a partir del 01 de agosto de la misma anualidad y allí permanece hasta la fecha (f.º 20 y 93 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado esa Corporación que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni*

*puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones

informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses»*.

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y empezó a realizar aporte **–04 de septiembre de 1995–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley

795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Pensionar hoy Skandia S.A., que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Pensionar suscrito el **04 de septiembre de 1995**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actor se vinculó a varias AFP, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, o que al haber permanecido en el mismo régimen desde el año 1995, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los***

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

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Tampoco puede admitirse que porque actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1995; y el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «*sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello*» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

De otro lado, ese órgano de cierre, también ha advertido que para la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ni la línea jurisprudencial que esa Corporación ha desarrollado, ni el ordenamiento legal en materia laboral y de la seguridad social, han establecido como requisito que para su aplicación el afiliado sea beneficiario del régimen de transición o tenga una expectativa legítima, puesto que la exigencia consiste en que «*la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información puesto que «el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la*

decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL1565-2022, que reiteró la CSJ SL3719-2021 y CSJ SL5595-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca

ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Skandia y Protección S.A., a pagar con su propio

patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

Por último, respecto de la condena en perjuicios a las AFPs referida por Colpensiones en el recurso de alzada, advierte la Sala que esta no es procedente, porque estos no fueron reclamados dentro del proceso y no se encuentran debidamente acreditados en este, por lo que, de entrar esta Colegiatura a analizar ese tema, constituiría un hecho o medio nuevo no debatido en primera instancia. No obstante, Colpensiones se encuentra en la libertad de interponer las acciones que considere necesarias en pro de resarcir los perjuicios que considere ocasionados.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así:

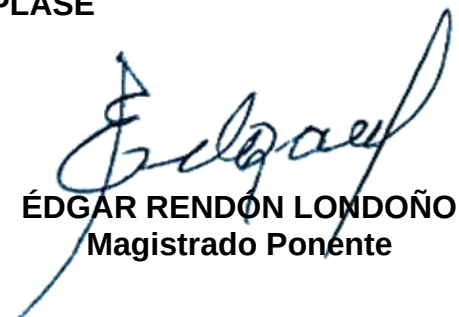
- **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 01 de agosto de 2003 en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. 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.
- **CONDENAR** a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a sus propios

recursos, descontados al demandante entre el 1° de octubre de 1995 y el 31 de julio de 2003. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105028202100626-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	WILLIAM ANDRÉS TORRES PARRA
DEMANDANDO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **WILLIAM ANDRÉS TORRES PARRA**, se **ordene** la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Horizonte, hoy Porvenir, por omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a esta última a trasladar a Colpensiones, todos los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos financieros; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM y actualizar su historia laboral, a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital), señaló en síntesis, que nació el 10 de enero de 1962; que se afilió al RPM- ISS donde cotizó desde el 03 de enero de 1979 hasta el 30 de junio de 1994; que para el 01 de abril de 1994, contaba con 701,43 semanas situación que no le permite regresar al RPM conforme lo establecido en la sentencia CC SU-062 de 2010; que el 07 de junio de 1994, se trasladó al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir S.A, sin que los asesores de ese fondo le hubiesen dado información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas tanto del RPM como del RAIS y estos como impactaría en su futuro pensional, que por el contrario le indicaron que su pensión sería superior a la que le correspondería en el RPM, y que le devolvería parte del capital como excedente de libre disponibilidad.

Narró que, que cumplió 52 años de edad el 10 de enero de 2014, cuando ya tenía el 100% de las semanas exigidas en el RPM para acceder a la pensión, pero Porvenir NO le realizó una reasesoría ni evaluó dicha situación, dejándolo sin la posibilidad de regresar a Colpensiones; que su mesada pensional en el RPM ascendería a \$12.697.660 en 2021, mientras que en la AFP Porvenir serían \$4.929.000 para ese mismo año; que el 27 de octubre de 2021, elevó solicitud de anulación de afiliación ante esa AFP, la cual fue negada; y que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó que el demandante había prestado servicios al sector privado pero que, de acuerdo a lo cotizado, no le era posible regresar al RPM debido a que al 01 de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos.

Aclaró que, si había informado al demandante el derecho que tenía de cambiarse de régimen pensional, para ello, arguyó que el 14 de enero de 2004, en el diario el Tiempo, publicó un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que

contaban los afiliados de trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003; informó que del formulario de afiliación suscrito el 7 de junio de 1994, se evidenciaba la libre escogencia al RAIS del actor, debido a que se celebró dicho negocio jurídico después de haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente sobre las condiciones, características, funcionamiento, ventajas y desventajas del mismo; sostuvo que para el momento del traslado no existía exigencia legal de dejar por escrito la información suministrada de manera verbal, debido a que ello surgió con posterioridad; arguyó que la simulación pensional emitida, con respecto a la diferencia en el monto de la mesada entre un régimen y otro, no era constitutivo de un presupuesto legal para acceder a declarar un supuesto vicio en el consentimiento, ni alguna irregularidad en la celebración del contrato.

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

COLPENSIONES contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la solicitud dirigida a esta entidad sobre el traslado de régimen y la respuesta negativa de la misma; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Como excepciones de fondo, formuló las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar los derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de mayo de 2023 (archivo 12 y 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **WILLIAM ANDRÉS TORRES PARRA** al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha **1º de julio de 1994**, por intermedio de la **ADMINISTRADORA DE**

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE hoy 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 PORVENIR S.A.**, a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor **WILLIAM ANDRÉS TORRES – PARRA** identificado con **C.C. 19.459.023**, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos y con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR 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.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que el demandante realizó cotizaciones al RPM entre el 03 de enero de 1979, a 30 de junio de 1993, donde acumuló un total de 705 semanas, que se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A, con efectividad a partir del 1° de julio de 1994, y allí permanece hasta la actualidad.

Señaló que, cuando se cuestiona si se cumplió o no con el deber de información, el estudio debe abordarse desde la óptica de la ineficacia por ser esta la consecuencia jurídica que previo el legislador en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, razón por la que era equivocado abordar el análisis desde el régimen de las nulidades por cuanto resultaba desproporcionado exigirle al afiliado que demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento -error, fuerza o dolo-.

Indicó que, en este caso le correspondía a la AFP Porvenir S.A la carga de probar en qué circunstancias se hizo el traslado del actor, y si le brindó una información veraz y oportuna sobre las implicaciones de este y sobre la verdadera situación que tenía frente

a los dos regímenes pensionales, para que su consentimiento estuviere realmente informado y escogiera el que mejor le conviniera; que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia era pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de una voluntad informada del afiliado, la AFP debía probar que le informó de manera completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable sino también lo desfavorable, e incluso de ser el caso debía desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión a ese deber traía como consecuencia la ineficacia del traslado.

Advirtió que, en el plenario no se había acreditado que la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A, le hubiese explicado las ventajas y desventajas que conllevaba el cambio de régimen pensional, pues del interrogatorio de parte del actor no se extraía confesión alguna en ese sentido, por lo que colegía que quien propició el cambio de régimen no acreditó haber cumplido con el deber de información. Agregó que, de los medios de convicción aportados al proceso, se coligió que la AFP no acreditó haberle suministrado una información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituyó en omisión de su deber de información, tampoco allegó prueba alguna con la que se demostrare que al momento de acoger como afiliado al señor William Andrés, el asesor de la época hubiese efectuado una simulación o proyección a futuro, un cuadro comparativo de la pensión de vejez que se podría percibir en un régimen pensional o en otro, situaciones que se pudieran llegar a concluir que se cumplió con los requisitos señalados por la jurisprudencia, para ser considerada como idónea la información suministrada a fin de realizar un traslado de régimen pensional.

Señaló que, a pesar de que en el formulario de vinculación se hubiese plasmado la firma del actor como aceptación de lo allí contenido, la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A, no cumplió con su deber de proporcionarle al afiliado, una suficiente completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

Frente a los comunicados de prensa y la copia de la simulación pensional efectuada el 12 de noviembre de 2021, que fueron aportadas en la contestación de la demanda, consideró que no acreditaba que el señor Torres al momento de efectuar el traslado de régimen pensional, hubiese recibido una asesoría completa y oportuna acerca de las reales implicaciones de su traslado, toda vez que la información brindada por la AFP al afiliado se juzga es en el momento del acto jurídico y no con posterioridad, como ocurrió en el presente asunto, en donde la información detallada acerca de los beneficios, ventajas y demás características del régimen de ahorro individual, se publicó con posterioridad a la afiliación del actor dentro del RAIS.

En cuanto a la respuesta emitida por la SuperFinanciera del 15 de enero de 2020, allegada en la contestación, señaló que este medio probatorio no resultaba idóneo para demostrar el cumplimiento del deber de información, toda vez que este era un documento contentivo de consulta general, que en ningún caso tenía incidencia frente a las condiciones particulares que rodearon el traslado del régimen del señor William Andrés, por lo tanto, señaló que no podía tomarse como fundamento para adoptar una decisión de fondo.

Concluyó que, declararías ineficaz el traslado de régimen pensional realizado el 1° de julio de 1994, por lo que la AFP Porvenir S.A debía trasladar los aportes pensionales o cotizaciones, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor William Andrés Torres Parra, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexada, con cargo a sus propios recursos y con destino a Colpensiones, en donde esta última debía activar la filiación del accionante dentro del régimen de prima media con prestación definida y proceder a actualizar su historial laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación de manera parcial, esto sobre el numeral segundo, en lo concerniente a la indexación a las sumas a retornar a

Colpensiones, argumentando que, dentro de las obligaciones que debían cumplir las AFP, estaba la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, de acuerdo a ello, señaló que era incompatible y excluyente que se haya ordenado la indexación, por cuanto la cuenta de ahorro individual no se ha visto afectada por el fenómeno de la inflación y que por el contrario, esta cuenta había generado rendimientos muy superiores a los que garantizaba el RPM.

Concluyó que, ordenar a Porvenir que indexe cualquier suma de dinero era imponerle una doble sanción, por cuanto los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó la AFP a partir del acto jurídico informado que se celebró, superaba esa posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en sus aportes pensionales.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, con respecto a la condena en costas en contra suya, argumentó que actuó como un tercero, que no tuvo ningún tipo de intervención dentro del cambio de régimen del demandante, en este sentido indicó que esta entidad solo estuvo de espectador, motivo por el cual no infirió en las decisiones tomadas, por lo tanto, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia y no sea condenada en costas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo que no fue objeto de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, que: *i)* el señor WILLIAM ANDRÉS TORRES PARRA nació el 10 de enero de 1962; *ii)* estuvo afiliado al ISS entre el 03 de enero de 1979, y el 31 de diciembre de 1994, donde aportó 705 semanas según historia laboral válida para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 85-87 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A mediante formulario de vinculación firmado el **07 de junio de 1994**, con efectividad a partir del 01 de julio de igual año (f.º 84 y 79 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado esa Corporación que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones,

consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su

importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses».*

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y empezó a realizar aporte **–07 de junio de 1994–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Horizonte suscrito el **07 de junio de 1994**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena

validez al traslado, porque la «[...] *firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1994 (sentencia CSJ SL3349-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que la AFP privada, traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por la juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLPENSIONES

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto proceder con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron.

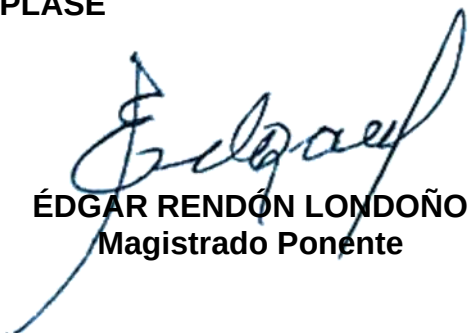
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de mayo de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105027201900589-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA DEL PILAR MANOSALVA MARTÍNEZ
DEMANDADO	FUNDACIÓN CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS – FUNDACIÓN LAS GAVIOTAS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:
ANTECEDENTES

Pretende la señora **María del Pilar Manosalva Martínez**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de abril de 2011, al 30 de abril de 2019; que el contrato terminó de forma unilateral y sin justa causa; que el salario correspondía a la suma de \$1.920.000, y no \$1.635.000; que le comenzaron a pagar en enero de 2017. En consecuencia, se condene a la empresa demandada al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del CST, a la reliquidación de su salario, a la diferencia del IBC reportado para pensión desde enero de 2017, al 30 de abril de 2019, de intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones desde enero de 2017, hasta el 30 de abril de 2019, la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST, a la indexación, a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales (fº 6, exp. Físico).

Como hechos fundamentos de las pretensiones (fº. 2 a 5, exp. Físico), señaló en síntesis, que comenzó a prestar sus servicios para la empresa demandada

a partir del 4 de abril de 2011, como Jefe de Compras; que las órdenes las recibía del representante legal de la compañía la señora Luz Janneth Rodríguez y del señor Paolo Lugari Director de la empresa.

Narró que, como Jefe de Compras debía realizar: adquisiciones determinadas por la empresa, previa coordinación del requerimiento y posterior aprobación de la gerente, contadora y la firma del director, almacenar en las bodegas de la sede principal, hasta su despacho a la seccional de Gaviotas - Vichada, los insumos para la envasadora de agua, los empaques para la colofonia, maquinaria, repuestos, víveres, verduras y demás artículos, empacar y marcar las cajas con los insumos para los diferentes coordinadores de la seccional Vichada, coordinar el despacho semanal del camión, legalizar los dineros que le eran entregados como caja menor en los términos descritos.

Relató que, la demandada hizo que creara un establecimiento de comercio que se llamó Transportes Girón TM, a fin de facturar la prestación de los servicios contratados como Jefe de Compras; que el 25 de febrero de 2014, la accionada le expidió una certificación comercial en la que le indicó que, desde abril de 2011, vienen realizando negocios con la empresa Transportes Girón TM; que el salario mensual pactado fue la suma de \$1.920.000.

Acotó que, los últimos días de diciembre de 2016, la señora Luz Janeth Rodríguez, en compañía del Director del centro las Gaviotas, le informaron que a partir del 2 de enero de 2017, pasaba a ocupar el cargo de Almacenista General del Centro las Gaviotas con un salario de \$1.635.000; que el 30 de enero de 2017, canceló la matrícula mercantil del establecimiento de comercio Transportes Girón TM, ante la Cámara de Comercio de Bogotá, en atención a que fue ingresada en nómina en el Centro de Asistencia y Educación Agrícola las Gaviotas en el cargo de almacenista.

Describió que, como funciones en el cargo de almacenista fueron: responder por las mercancías y productos que se almacenaban en tres (3) bodegas que tiene la empresa las Gaviotas en la sede principal de Bogotá, una de las bodegas contiene el 90 % de accesorios en cobre, elementos para la fabricación de molinos de viento y paneles solares, y las otras dos, contiene herramientas y tuberías, entre otros, despachar semanalmente un camión con diferentes mercancías a la seccional Gaviotas del Vichada, remitir todas las facturas generadas para el despacho del camión, responder por las compras de los productos tales como: verduras y víveres alimenticios tanto para el restaurante, así como para el comisariato de Gaviotas –

Vichada y medicamentos, responder por las compras de la dotación del personal de Bogotá y Vichada, actualizar el sistema manual a fin de informar periódicamente los productos y mercancías que se iban comprando y conocer el consumo de cada producto, así como el precio en atención a la fluctuación o cambio de precio cada 15 a 20 días, sobre todo la mercancía que se compraba, en especial los productos de repuestos para la envasadora de agua, restaurante y planta de colofonia.

Añadió que, a finales de 2018, por disposición de las directivas de la empresa le asignaron la compra de medicamentos y una parte de las dotaciones del personal; que de su salario le descontaban el valor correspondiente a seguridad social, efectuándose el pago a Mutual Salud, a través de la planilla de recaudo integrado de seguridad social y parafiscales; que al estar encargada de enviar todas las compras de artículos como repuestos y víveres generadas durante la semana anterior para el despacho del camión a la seccional Gaviotas en el Vichada, durante la relación laboral debió cumplir horario suplementario, prolongando la hora de salida de 6:00 p.m. a las 9:00 p.m. y 11:00 p.m., sin que se hubiere hecho reconocimiento económico alguno; que la modificación salarial se hizo de manera unilateral; no obstante, las funciones desempeñadas eran las mismas a las inicialmente contratadas como Jefe de compras, pero con las funciones de almacenista.

Sostuvo que, durante la relación laboral no se le canceló lo correspondiente al auxilio de transporte; que el IBC para los aportes a seguridad social se hicieron con la suma de \$1.635.000, a partir de enero de 2017; que la demandada no ha pagado lo correspondiente al auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones del periodo comprendido entre el 4 de abril de 2011, hasta diciembre de 2016; que la empresa demandada la requirió para elaborar un inventario general el cual fue elaborado entre los días 10 al 29 de abril de 2019, y entregado por órdenes de las directivas al señor Rafael Quintero; que el día 30 de abril de 2019, una vez entregado el inventario general la compañía le comunicó la terminación del contrato a partir del 1 de mayo de 2019.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La empresa **FUNDACIÓN CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS – FUNDACIÓN LAS GAVIOTAS** contestó (fº 63 a 67, exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó el contrato laboral que existió entre las partes, aclarando que el mismo se desarrolló entre el 1 de enero de 2017, al 30 de abril de 2019, en el cargo de almacenista general y oficios varios; que la señora María del Pilar Manosalva no prestó

servicios personales a la empresa durante el tiempo de la relación comercial que existió con la empresa Transportes Girón TM de la que es propietaria, dijo ser cierto el valor del IBC que se reportó al sistema de seguridad social y el despido sin justa causa que le fue presentado, precisando que por esa decisión se reconoció indemnización; respecto de los demás hechos manifestó no ser ciertos.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de julio de 2021 (f° 84 – CD f° 86), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora María del Pilar Manosalva Martínez y el CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS – FUNDACIÓN LAS GAVIOTAS existió un contrato de trabajo entre el 5 de agosto de 2014, al 30 de abril de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS – FUNDACIÓN LAS GAVIOTAS a pagar a la señora María del Pilar Manosalva Martínez por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de \$2.618.725, suma que deberá ser pagada de manera indexada a la fecha en que se efectúe el pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR al CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS – FUNDACIÓN LAS GAVIOTAS a pagar a la señora María del Pilar Manosalva Martínez, por concepto de auxilio de transporte la suma de \$500.000, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR la entrega del depósito judicial No. 400100007580851, por valor de \$500.000, consignado por la demandada CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS – FUNDACIÓN LAS GAVIOTAS en favor de la señora María del Pilar Manosalva Martínez el cual deberá ser cancelado al Doctor Gerardo A. Estrada Rodríguez identificado con C.C. 17.151.328 de Bogotá y T.P. 58.271 del C.S.J., conforme poder obrante a folio 2 del archivo denominado «01 EXP. 2019-589» del expediente digital.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Se declaran no probadas las demás excepciones propuestas por el demandado.

SÉPTIMO: CONDENAR al demandado CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS – FUNDACIÓN LAS GAVIOTAS por valor de \$300.000, como agencias en derecho a favor del demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que de acuerdo a las documentales aportadas al plenario, así como con las declaraciones rendidas por los testigos, había

quedado demostrada la prestación personal del servicio de la actora con la empresa accionada desde enero de 2017, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, situación que no había logrado desvirtuar la pasiva.

En cuanto a los extremos de la relación laboral, señaló que la parte actora pretendía la existencia de una relación laboral con la llamada a juicio desde el 4 de abril de 2011, hasta el 30 de abril de 2019, estando demostrado y aceptado por la demandada desde enero de 2017, al 30 de abril de 2019, centrándose la discusión en el extremo inicial, frente a lo cual consideró que de acuerdo con lo declarado por los testigos Mireya Melo Pardo y Milton Madrigal, se había podido determinar como extremo inicial de la relación laboral el 5 de agosto de 2014.

Respecto de la jornada laboral y el salario, refirió que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, quien tenía la carga de demostrar era la parte actora; que de acuerdo con el material probatorio allegado no se había logrado acreditar que la demandante hubiera devengado como salario la suma de \$1.920.000, como se indicaba en el escrito inaugural, por lo que no había lugar a efectuar reliquidación alguna sobre ese aspecto, teniendo como salario devengado desde enero de 2017, al mes de abril de 2019, la suma de \$1.635.000 y del 5 de agosto de 2014, al 31 de diciembre de 2016, el salario mínimo legal mensual vigente.

Arguyó que, en cuanto a la excepción de prescripción, solo se había interrumpido con la radicación de la demanda el 6 de septiembre de 2019, por lo cual debía declararse parcialmente probada en relación con las acreencias laborales exigibles con anterioridad al 6 de septiembre de 2016, excepto para las vacaciones que sería a partir del 6 de septiembre de 2015. Enfatizó que, en cuanto al auxilio de transporte, si bien no había sido solicitado dentro de las pretensiones a la demanda, analizaría tal concepto bajo las facultades ultra y extra petita dispuesto en el artículo 150 del CPTSS, debido a que en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la Fundación las Gaviotas había confesado que el sistema de contabilidad no canceló completo el auxilio de transporte al que tenía derecho la demandante durante el año 2019, señalando que se había dado cuenta de tal omisión al momento de contestar la demanda; por lo tanto, habían procedido a consignar a órdenes del despacho la suma de \$500.000; que verificado el sistema de autorización electrónica de depósito judicial del Juzgado se encontraba consignado un título judicial por valor de \$500.000, por lo cual procedía a través de la Secretaría del despacho a su entrega.

Seguidamente, se refirió a la indemnización por despido sin justa causa, indicando que, si bien se había reconocido por parte de la demandada, no había sido teniendo en cuenta el extremo inicial declarado en la sentencia; que al efectuarse la liquidación arrojaba como valor de la indemnización la suma de \$5.707.240; que por dicho concepto la accionada pagó \$3.088.515; de manera que, se condenaba a la pasiva a pagar a favor de la actora la diferencia, que correspondía a la suma de \$2.618.725.

Finalmente, señaló que en cuanto a la sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria, no accedía a dichas pretensiones, como quiera que no se había impartido condena por la diferencia salarial, ni de prestaciones sociales, entre las cuales se encontraba la reliquidación de las cesantías.

RECURSO DE APELACIÓN

La **FUNDACIÓN CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS – FUNDACIÓN LAS GAVIOTAS** argumentó que no se encontraba de acuerdo con la decisión que había hecho la juzgadora de primer grado sobre la existencia de un contrato de trabajo con la anterioridad al 1 de enero de 2017, toda vez que de las pruebas recaudadas en el expediente como documentales y testimoniales, de ninguna manera surgía probada la prestación personal del servicio que era el elemento necesario para declarar la existencia de un contrato de trabajo y que traía a la vida jurídica la presunción de estar bajo subordinación.

Indicó que, para determinar el extremo inicial de la relación laboral a partir del 5 de agosto de 2014, la *a quo* se había apoyado en lo manifestado por dos testigos quienes de ninguna manera habían señalado la existencia de una relación laboral a partir de dicha data; que ellos lo que habían señalado era que la conocieron en Gaviotas, porque para esa época María del Pilar era dueña de una empresa llamada Transportes Girón, quien le prestaba el servicio de transporte a la empresa Gaviotas, incluso el testigo Milton había sido claro en señalar que la actora se la pasaba la mayoría del tiempo por fuera de las instalaciones de Gaviotas, entonces no existía ninguna certeza de qué era lo que hacía la demandante como dueña de la empresa Transportes Girón, mientras estaba por fuera de las instalaciones de la empresa.

Precisó que, no había prueba que permitiera establecer que la promotora del proceso estuviera todo el tiempo prestando sus servicios para la empresa Gaviotas de forma subordinada, además de que el testigo Milton también había dicho que la conoció con un carro de su propiedad y que ese carro era de color blanco, pero que

en ocasiones ella llegaba con otros carros por el servicio que prestaba. Asimismo, la testigo Mireya, dijo que la señora Manosalva era dueña de una empresa que tenía un carro.

Recalcó que, la única situación que emergía del material probatorio recaudado era que los testigos habían dicho que la demandante permaneció por fuera de las instalaciones de Gaviota prácticamente todos los días, entonces al no existir prueba de la prestación personal del servicio y de la subordinación, no había lugar a declarar un contrato laboral con anterioridad a enero de 2017, ya que la única relación que se había tenido antes era la de prestar sus servicios como dueña de la empresa de transportes Girón, actividad que también la desarrollaba a favor de otras personas con vehículos de su propiedad, siendo autónoma e independiente en su ejecución.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por la parte demandada.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Sala de decisión establecer si el extremo inicial de la relación laboral que ató a las partes fue a partir del 5 de agosto de 2014, como lo consideró la sentenciadora de primer grado, o, por el contrario, comenzó a partir del 1 de enero de 2017, como lo alega la parte accionada.

EXISTENCIA DEL CONTRATO LABORAL

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece: «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*». Así pues, le basta al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Al analizarse los elementos de convicción que hacen parte del presente proceso, no cabe duda que se encuentra acreditada la operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, a partir de la fecha aludida dentro del fallo apelado, como quiera que contrario a los argumentos esbozados por el recurrente, sí se reconoció

por ellos mismos que la señora María del Pilar Manosalva Martínez les prestó sus servicios personales por intermedio de la empresa Transportes Girón TM, de manera que era su obligación desvirtuar la existencia de un contrato laboral, probando que la relación que los ató lo fue netamente comercial, cabe recordar como bien se dijo inicialmente que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador; por lo tanto, es a este a quien le corresponde desvirtuarlo, tal y como lo ha tenido por sentado la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL1439-2021, en la cual señaló:

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.

Agregó, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia citada, algunos indicios para la determinación de la relación de trabajo subordinada, indicando:

La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)¹.

¹ En general, podría afirmarse que los indicios construidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado

Bajo lo anterior, procede la Sala a verificar el caudal probatorio a fin de verificarse las condiciones de su ejecución y, por consiguiente, si en efecto la actora se encontraba bajo subordinación de la fundación demandada durante el periodo comprendido entre el 5 de agosto de 2014, al 31 de diciembre de 2016.

Verificadas las declaraciones vertidas dentro del proceso, fueron llamados como testigos la señora Mireya Melo Pardo y el señor Milton Madrigal, ambos quienes fueron trabajadores de la fundación accionada.

De un lado, la señora **Mireya Melo Pardo**, indicó que laboró para pasiva desde el **5 de agosto de 2014, hasta el 30 de agosto de 2016**; que cuando ingresó a trabajar la señora María del Pilar ya se encontraba prestando sus servicios como Jefe de Compras con un horario de 7:30 a.m. a 6:00 p.m.; que entre sus funciones se encontraba las de hacer compras varias que se necesitaban para enviar al Departamento del Vichada que se despachaban cada 8 días, como mercados dotación, aseo, muebles, etc. Sostuvo que, cuando llegó a Gaviotas le ofrecieron dos opciones para vincularse, una de prestación de servicios en donde tenía que crear una empresa y le pagaban todo, o directamente con la fundación con un salario mínimo.

Precisó que, veía todos los días a la señora Manosalva prestando sus servicios y tenía contacto con ella directamente cuando debía entregarle los reembolsos para legalizar la caja menor; que cuando inició su labor, la oficina de la demandante quedaba en el segundo piso y después fue trasladada al primer piso; que la señora María del Pilar tenía una camioneta de su propiedad y prestaba sus servicios con dicho vehículo y la empresa que ella había fundado se llamaba Transportes Girón TM.

Describió que, como funciones que debía ejercer la actora, se encontraba la de responder con que todo estuviera listo para el día del despacho de la mercancía al Departamento del Vichada, es decir, tenía que empacar, marcar y remitir lo cual era bastante dispendioso y podía alargar su horario habitual de trabajo.

personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

El señor **Milton Madrigal** narró que laboró para la fundación desde el **20 de enero de 2015, hasta el 29 de agosto de 2019**, como vigilante y después como todero; que conoció a la señora María del Pilar como Jefe de Compras de la accionada, quien tenía un horario de lunes a viernes desde las 6:30 a.m., pero no tenía un horario fijo de salida, dijo que dentro de la fundación existía un control para el cumplimiento de dicho horario; pero no había una persona específica que diera órdenes, pero si prevalecían varios jefes que las impartía.

Mencionó que, la llamada a juicio los hacía crear una empresa para cancelar el salario a través de ella; afirmó que, al ser el vigilante se daba cuenta del ingreso y salida de la demandante, de las compras que ella hacía, ya que cuando llegaban los pedidos debían ser anotados; que la señora Manosalva salía frecuentemente; que le constaba que ella era la Jefe de Compras porque cuando llegaban a entregar pedidos o a ofrecer algún producto siempre preguntaban por la accionante como la encargada de esa área.

Agregó que, la señora María del Pilar trabajó durante un tiempo con un carro de su propiedad de color blanco, pero después lo vendió, teniendo que contratar otros carros para que le hiciera el acarreo de compras hasta las instalaciones de la empresa; aclaró que, la accionante tenía una oficina dentro de las instalaciones de la fundación; que ella llegaba a la empresa a recoger el dinero con el que tenía que comprar, y tipo 8 o 9 a.m. salía y nuevamente regresaba tipo 6:30 p.m. a cuadrar caja; aseguró que, en ocasiones presencié las órdenes que se le daban a la actora, ya que al estar en la portería escuchaba cuando le decían: *«señora María del Pilar hoy tiene que hacer tal cosa, tiene que comprar tal cosa»*.

Conforme al anterior recuento testimonial, fácilmente se puede colegir que se encuentra acreditados los elementos del contrato laboral desde la fecha establecida por la Juez, pues de sus relatos se puede apreciar la generación de instrucciones u órdenes para el desarrollo de la actividad desplegada por la demandante, la imposición de un horario laboral y tenía un sitio fijo de trabajo dentro de las instalaciones de la empresa en donde ejecutaba parte de su actividad como Jefe de Compras, aspectos de los cuales se desprende que no era autónoma e independiente en ejecución de las labores que ejercía en favor de la convocada a juicio y, por el contrario, dan cuenta de la subordinación a la que estaba sujeta por parte de la accionada.

De otra parte, si bien de los anteriores relatos se logra evidenciar que la actora para realizar algunas de sus actividades utilizó su vehículo, el mismo no era esencial ni fundamental para ejercer la totalidad de sus funciones; esto de acuerdo a lo dicho por los deponentes la señora María del Pilar también ejercía ocupaciones propias de oficina como Jefe de Compras, incluso se le asignó un espacio dentro de la empresa para el desarrollo de dicha actividad; por lo tanto, no se dedicaba exclusivamente al transporte de cosas, ya que además tenía que adelantar otras labores como las de empacar, marcar, remitir, recibir a los vendedores, cuadrar caja, tomar el dinero con el que se iban a efectuar las adquisiciones; en tal sentido, no podría pensarse que estaba vinculada bajo un contrato de transporte como lo afirma el recurrente.

Así las cosas, de la apreciación de las anteriores pruebas, la Sala no percibe que la *a quo* haya estimado de manera inadecuada la prueba testimonial; por el contrario, sus relatos fueron determinantes para llegar a conclusión de que en efecto la señora María del Pilar con anterioridad al 1 de enero de 2017, ya se encontraba desarrollando actividades laborales para la fundación, pues téngase en cuenta que la normatividad que regula el contrato de transporte, establece:

ARTÍCULO 1008. <PARTES>. <Artículo subrogado por el artículo 18 del Decreto extraordinario 01 de enero 2 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Se tendrá como partes en el contrato de transporte de cosas el transportador y el remitente. Hará parte el destinatario cuando acepte el respectivo contrato.

Por transportador se entenderá la persona que se obliga a recibir, conducir y entregar las cosas objeto del contrato; por remitente, la que se obliga por cuenta propia o ajena, a entregar las cosas para la conducción, en las condiciones, lugar y tiempo convenidos; y por destinatario aquella a quien se envían las cosas.

Una misma persona podrá ser a un mismo tiempo remitente y destinatario.

El transporte bajo carta de porte, póliza o conocimiento de embarque, se regirá por las normas especiales. (Negrilla fuera del texto original).

En relación con este tipo de contratos, la Sala de Casación Civil de la Corte de Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SC8510-2016, señaló:

*Tratándose del transporte de cosas, asumen la calidad de partes, de un lado, el remitente, que es la persona que se obliga, por cuenta propia o ajena, a entregar las cosas que deben ser acarreadas, en las condiciones, lugar y tiempo convenidos, y del otro, el transportador, que es quien se compromete a **recibir, conducir y entregar los objetos materia del convenio** -artículo 1008 ibídem-. El destinatario, que puede ser el mismo remitente, o una persona diferente, es aquel a quien se envían las cosas transportadas y a quien deben entregarse en el lugar de destino. En los términos del citado texto legal, asume el rol de parte, ‘... cuando acepte el respectivo contrato’.*

El remitente, porteador o cargador, como también se le llama, y según se dijo, es la persona que se compromete a entregar al transportador los efectos materia del

contrato, para su traslado desde el sitio de origen, hasta el lugar de destino. Es entonces quien realiza el encargo, gestión en la cual puede obrar, como lo indica el texto legal antes citado, por cuenta propia o ajena.

Actúa por cuenta propia, cuando encomienda el transporte en su propio beneficio, evento en el cual es indiferente que sea propietario o no de las cosas objeto de él, pues al efecto basta que tenga disponibilidad material sobre ellas. Obra por cuenta ajena, por el contrario, cuando lo contrata, no en su propio beneficio, sino en el de un tercero, para quien actúa, persona que es la real interesada en el contrato y la llamada a recibir sus efectos, vale decir, la afectación patrimonial derivada de él. En tal cometido, el remitente puede actuar, v. gr., como mandatario, comisionista de transporte, es decir, mandatario especializado en la contratación del servicio de transporte para terceros y con terceros, actuando en su propio nombre, agente oficioso, etc.

El transportador, por su parte, queda principalmente obligado a la traslación de las personas o cosas objeto del contrato, desde el lugar de origen, hasta el sitio de destino, desplazamiento en el cual estriba el objetivo del citado pacto y puede llevarse a cabo de manera directa por el transportador, o encargarse, en todo o en parte, a un tercero, bajo la responsabilidad de aquel, sin que por ello varíen los términos del contrato, pues así se lo permite el art. 984 ejusdem. En tal hipótesis, el transportador celebra con un tercero, en su propio nombre y por su cuenta, otro contrato de transporte, con el fin de ejecutar la operación de transporte a la cual se obligó, es decir para atender los compromisos que como transportista asumió en el contrato inicial (CSJ SC210, 30 nov. 2004, rad. n° 0324). (Negrilla y Subrayado fuera del texto original).

De lo expuesto, se entiende que en el contrato de transporte de cosas, el transportador se obliga solo a recibir, conducir y entregar, mientras que la demandante de acuerdo a lo manifestado por los testigos y como bien se dijo precedentemente, debía realizar otras funciones distintas dentro de las instalaciones de la fundación accionada, que claramente no se enmarcan dentro de las características propias del contrato civil que pretende la empresa accionada.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el 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 apelada, proferida por el Juzgado

Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

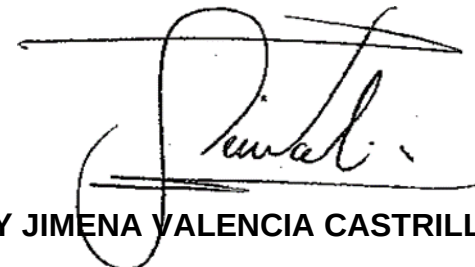
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105026201900432-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARTHA RODRÍGUEZ FIGUEROA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
VINCULADA	- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - HOSPITAL MILITAR CENTRAL

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora MARTHA RODRÍGUEZ FIGUEROA se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, por omisión al deber de información. En consecuencia, se le condene a esa AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados como lo dispone el artículo 1746 del CC; que se **ordene** a Colpensiones recibirla en el RPM, actualizar su historia laboral, reconocerle y pagarle una pensión de vejez, y los intereses moratorios; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de las agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 5-37 archivo 01 carpeta 1ª insta exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 07 de febrero de 1961; que se afilió al ISS el 01 de enero de 1987, donde aportó 178 semanas; que cuando se encontraba trabajando para el Hospital Militar fue trasladada a la AFP Porvenir S.A., efectuando su primera cotización allí en abril de 2001, que dicha entidad no le realizó una proyección pensional estableciendo el monto de la pensión en ambos regímenes, **ni le informó**: *i)* cuales eran los requisitos para pensionarse; *ii)* que su mesada dependía directamente del capital ahorrado, ni cuanto era el dinero que debía ahorrar; *iii)* que los rendimientos del capital fluctuaban según el mercado, el nivel de riesgo, entre otros; *iv)* que el bono pensional debía venderse en el mercado secundario para poder acceder a la pensión anticipada; *v)* que le descontarían de sus aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes; *vi)* que en el RPM tendría un derecho pensional cierto, con un valor de la mesada vitalicio, constante y con una tasa de reemplazo acorde a las semanas cotizadas; entre otros asuntos.

Narró que el 21 de noviembre de 2018, solicitó ante Colpensiones y Porvenir la nulidad del traslado de régimen, pero que esas entidades negaron lo peticionado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 125-130 archivo 01 carpeta 1ª insta exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la señora Rodríguez, su afiliación al ISS, las semanas cotizadas en el RPM, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho, de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 147- 187 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente el traslado al RAIS realizado a través de esa AFP mediante formulario suscrito el 15 de febrero de 2001; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, la demandante se vinculó a esa AFP de forma libre, espontánea e informada, conforme lo establecía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presumía auténtico; que por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones de ambos regímenes estaban definidas en la Ley; que para la época del cambio de régimen lo único que se exigía para que este

fuera válido era la firma del formulario de afiliación, pues la obligación de entregar cálculos o proyecciones pensionales surgió a partir del Decreto 1748 de 2014; y que la promotora del litigio en el año 2001 no tenía un derecho consolidado.

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

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 29 de junio de 2022, ordenó vincular al Hospital Militar Central, al Ministerio De Defensa Nacional y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en calidad de litisconsorcio necesario.

El Hospital Militar Central contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst, exp. digital), informando que no se había presentado pretensiones en su contra, por ello no haría pronunciamiento alguno al respecto. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que estuvo afiliada al ISS, y que, para la fecha de traslado al RAIS con la AFP Porvenir S.A., laboraba para esa institución; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Planteo como excepciones de fondo, las de falta de causa, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, prescripción y la genérica.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst, exp. digital), que ni se oponía ni se allanaba a las pretensiones por no estar relacionadas con esa entidad. En cuanto a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento de la actora; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Informó que, la demandante tiene derecho a un Bono Pensional tipo A modalidad 1, el que se liquidó en respuesta a una petición ingresada por la AFP PORVENIR el día 10 de diciembre de 2018, que en este concurriría como emisor y único contribuyente Colpensiones, y que la redención normal de este tuvo lugar el 07 de febrero de 2021, data en que la señora Rodríguez alcanzó 60 años de edad.

Formuló como excepción de fondo la de inexistencia de la obligación.

Mediante auto del 20 de octubre de 2022, se dio por NO contestada la demanda a la vinculada Ministerio De Defensa Nacional (archivo 14, carpeta 1ª inst, exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de abril de 2023 (archivo 22-23 exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la señora MARTHA RODRÍGUEZ FIGUEROA identificada con cédula 51.615.857 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, a partir del día 15 de febrero de 2001, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR 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, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la señora MARTHA RODRÍGUEZ FIGUEROA, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, la cual deberá ser liquidada una vez sean retornados los aportes por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, calculándose el Ingreso Base de Liquidación con el promedio de los diez últimos años de servicio o con toda la vida laboral explicando el ingreso que sea más favorable a la demandante, y contabilizando hasta la última semana de cotización y hasta que se acredite la novedad de retiro con el empleador, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que pague las mesadas pensionales debidamente indexadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO. ABSOLVER al HOSPITAL MILITAR CENTRAL, a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones incoadas en la demanda.

OCTAVO: CONDENAR en costas de esta instancia a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A., a razón de un 50% a cargo de cada una fijándose como agencias en derecho la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000)

Fundamentó su decisión, en que, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia este caso debía abordarse desde la ineficacia, ya que, conforme lo establecido en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que debía verificarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen pensional fue informado, pues la AFP debía ilustrar sobre los riesgos que implicaba el traslado de régimen y sus beneficios, permitiendo una decisión autónoma y consciente.

Indicó que, el deber de información tenía varias etapas, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; que para el año 2001, cuando la demandante se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir debía como mínimo haberlo ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Expuso que, en el expediente obraba un formulario firmado el 15 de febrero de 2001 por la actora a través del cual se afilió a la AFP demandada, en el que solo se plasmaron los datos personales de la demandante, sin que de él pudiera colegir el cumplimiento del deber de información, y que del interrogatorio de parte rendido por la señora Rodríguez no se evidenciaba que le hubiesen hablado acerca de las características de los dos regímenes pensionales, ni como se accedería a la pensión de vejez en cada uno, y que si bien le habían referido algunos beneficios del RAIS como los rendimientos financieros, no le explicaron en detalle cómo funcionaba este.

Advirtió que, la carga de la prueba de demostrar que información brindó al momento del traslado era de la AFP Porvenir, y esta no se cumplió, en consecuencia, concluyó que declararían ineficaz el traslado de régimen pensional, por tanto, ordenaría a Porvenir que traslade a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, prima de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje correspondiente al fondo de Garantía de Pensión mínima anterior, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos.

De otro lado, analizó la pretensión de la pensión de vejez, para lo que indicó que verificaría si la actora acreditaba los requisitos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, que exigía a las mujeres una edad de 57 años, y haber cotizado 1.300 semanas.

Informó que, la señora Rodríguez había nacido el 07 de febrero de 1961, por ende, alcanzó 57 años de edad en la misma calenda del año 2018, y para esa data ya tenía más de 1.300 semanas cotizadas, pues según historia laboral emitida por Porvenir al 10 de diciembre de 2018, la afiliada contaba con un total de **1.551,86**. En consecuencia tenía derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

Señaló que, como la demandante continuaba haciendo aportes al sistema general de pensiones, era Colpensiones quien debía liquidar la pensión de vejez una vez la AFP

Porvenir S.A., trasfiera el capital de la actora a esa entidad. Agregó que para el cálculo de la mesada pensional debía tenerse en cuenta el IBL de los últimos 10 años de aportes o el de toda su vida laboral, según le fuera más favorable, la tasa de reemplazo debía determinarse conforme el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, y pagarse en 13 mesadas pensionales.

Advirtió que no había lugar a intereses moratorios, porque no había mora en el pago de las mesadas pensionales; pero que ordenaría la indexación de las mesadas pensionales causadas entre la novedad de retiro y la fecha de pago efectivo de las mismas.

En cuanto a las vinculadas Hospital Militar Central, Ministerio De Defensa Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público refirió que las absolvería porque no había lugar a imponerles condenas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación de manera parcial, puntualmente respecto de que debe devolver unas sumas de dinero debidamente indexadas, recordó que ese concepto se refería a la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de esta por el transcurso del tiempo, que en ese orden de ideas dado que los fondos privados debían garantizar al afiliado una rentabilidad mínima de su capital, resultando ambas figuras incompatibles y excluyentes, pues los recursos no se han visto afectados por la inflación, sino que por el contrario se generaron rendimientos financieros superiores a los que debía garantizar.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación de manera parcial, solo frente a la condena en costas, por considerar que esa entidad no tuvo ninguna injerencia en el traslado que realizó la actora al RAIS, por lo que debía presumirse la buena fe en su favor.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, primero, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados en el RAIS; y segundo, si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MARTHA RODRÍGUEZ FIGUEROA nació el 07 de febrero de 1961; *ii)* que conforme la historia válida para bono pensional la actora contaba con 616 cotizadas en el RPM entre el 01/06/1989 y el 31/12/1997 (carpeta 11, carpeta 1ª inst exp. digital); y *iii)* que el **15 de febrero de 2001**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de abril de igual año y allí permanece hasta la fecha (f.º 188-189 archivo 01, carpeta 1ª inst exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**15 de febrero de 2001**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **15 de febrero de 2001**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] *firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado*» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro

individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Debe hacerse claridad además en que, los fondos privados tienen libertad probatoria para probar que el consentimiento del afiliado vertido en el formulario de afiliación **fue informado**, es decir, puede hacerlo a través de cualquier medio de prueba conforme lo establecido en el Código General del Proceso, por ende, resulta equivocado señalar que se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, máxime que el deber de información nació desde la creación del RAIS, y era a los fondos privados como expertos en la materia a quienes le correspondía tener los archivos de la documentación soporte del traslado.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación

definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende la demandante se reconozca su pensión de vejez, para lo que es necesario verificar lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, siendo pertinente citar está en su tenor literal:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. 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.

(...)

Al verificar los requisitos exigidos se tiene que la señora Martha Rodríguez Figueroa, nació el 07 de febrero de 1961, concluyendo que llegó a los 57 años de edad esa misma calenda del año 2018, data última para la cual debía acreditar 1.300 semanas para acceder a su derecho pensional.

En este orden, encuentra la Sala que en el expediente existe una historia laboral emitida por la AFP Porvenir el 10 de diciembre de 2018, donde se reportan 904 semanas en el RAIS, más las 616 que se reportaron en la historia válida para bono pensional con el empleador Hospital Militar, lo que arroja un total de 1.520 semanas, lo que implica que para el cumplimiento de la edad requerida también acreditaba más de 1.300 semanas. Por ende, es claro que la promotora del litigio tiene derecho a que se le reconozca y

pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

Sin embargo, como quiera que no se tiene certeza exacta de la totalidad de semanas cotizadas, lo cual es de vital importancia para determinar la tasa de reemplazo, y teniendo en cuenta que para la liquidación de la prestación se deben tener en cuenta absolutamente todas las semanas cotizadas y el Ingreso Base de Cotización de toda la vida y/o de los últimos 10 años de aportes según le sea más favorable, se hace necesario la consolidación de la historia laboral.

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida también es necesario la desafiliación del sistema, conforme lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990; no obstante, en este asunto no se acreditó la novedad de retiro o desafiliación del sistema, y no podemos tener en cuenta la última cotización realizada porque desconocemos si la señora Rodríguez continúa vinculada laboralmente al Hospital Militar Central, máxime que en el expediente obra certificación emitida por ese empleador el 18 de julio de 2022 donde hace constar que a esa fecha la actora estaba vinculada laboralmente y realizando aportes a la AFP Porvenir S.A.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia en este asunto.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLPENSIONES

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de

reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

COSTAS

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones por no haber prosperado sus recursos de apelación.

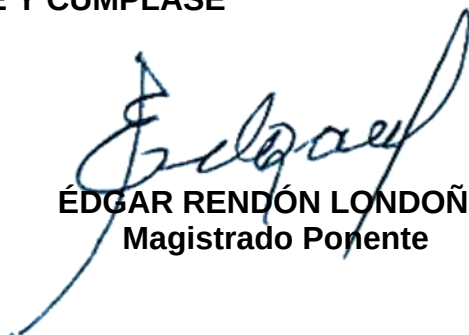
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consulta, proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de abril de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105026201900046-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA MARGARITA PEDRAZA MIRANDA
DEMANDANDO	ASFAMICOOP

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María Margarita Pedraza Miranda** se declare que entre ella y Asistencia Familiar Cooperativa – ASFAMICOOP existió un contrato individual de trabajo de carácter verbal a término indefinido desde el 3 de junio de 2013 hasta el 17 de julio de 2017; que la relación laboral fue terminada sin justa causa por la demandada de forma unilateral. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria correspondiente al momento del fallo, las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones, a las costas y agencias en derecho y a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-15 archivo 001 carpeta 1ª instancia, exp. Digital), señaló que el 3 de junio de 2013, fue contratada por la cooperativa demandada a través de un contrato verbal a término indefinido; que su cargo era el de publicista para la entrega de volantes en la sede de ASFAMICOOP; que el horario de trabajo era de 8:00 am a 2:00 pm por quince días al mes; que el salario devengado era de \$375.000 mensuales; que la demandada no le pagaba auxilio de transporte; que el contrato suscrito finalizó el 17 de julio de 2017, sin justa causa, de forma verbal y unilateral por quien fungía como representante legal de la Cooperativa demandada; que a la terminación del contrato, la demandada no le pagó la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injustificado ni indemnización por mora.

Arguyó que las funciones que desarrollaba estaban bajo la permanente subordinación y dependencia de ASFAMICOOP, toda vez que cumplía órdenes e instrucciones; que el salario pactado era pagado quincenalmente; que durante la relación laboral no fue afiliada al sistema integral de seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales ni caja de compensación familiar; que el 26 de julio de 2017, interpuso derecho de petición a ASFAMICOOP, en el cual narró los hechos de su vínculo laboral y solicitó el cumplimiento de sus derechos; que la representante legal de la demandada negó las solicitudes de la anterior petición el 16 de agosto de 2017; que citó a la pasiva al Ministerio de Trabajo para diligencia de conciliación laboral el 28 de agosto de 2017 a las 9:00 am; que esta asistió por medio de su representante legal, sin que se lograra acuerdo conciliatorio.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ASFAMICOOP contestó la demanda (f.º 95-99 archivo 001 carpeta 1ª instancia, exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó que celebró un contrato con la demandante, pero aclaró que se trataba de uno de prestación de servicios que consistió en la entrega de publicidad por medio de volantes en diferentes puntos de la localidad de Soacha y en la ciudad de Bogotá. Asimismo, que la actora presentó el derecho de petición el día 26 de julio de 2017; que había dado respuesta el 16 de agosto de 2017, en el sentido de negar lo pretendido; que el 28 de agosto de 2017, se llevó a cabo conciliación laboral a las 9:00 am en el Ministerio

del Trabajo y que en la mencionada diligencia no hubo acuerdo conciliatorio. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos.

En su defensa propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de marzo de 2021 (archivo 006 carpeta 1ª instancia, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora María Margarita Pedraza Miranda y la empresa Asistencia Familiar Cooperativa en liquidación ASFAMICOOP existe un contrato de trabajo vigente entre el 01 de junio de 2013 al 17 de julio de 2017, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, devengando como salario la suma de \$750.000 pesos.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad demandada a reconocer a la demandante las siguientes sumas de dinero:

- \$3.097.916 pesos por cesantías
- \$371.749 pesos por interés de las cesantías
- \$2.250.000 pesos por concepto de prima de servicios
- \$1.548.958 pesos por compensación de vacaciones.

Sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Asistencia Familiar Cooperativa en liquidación a cancelar el valor del cálculo actuarial correspondiente a los periodos de no afiliarse al sistema de seguridad social en pensiones a favor de la demandante comprendidas entre el 01 de junio de 2013 hasta el 17 de julio de 2017. Conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente diligencia, lo anterior de conformidad con la liquidación que para tal efecto realiza el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado la demandante o al que este escoja, con observancia del Decreto 1887 de 1994, junto con los intereses de mora respectivos por los días laborados, tomando como salario base la suma de \$750.000 pesos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a las acreencias laborales causadas con anterioridad al 17 de julio de 2014, conforme lo expuesto en la parte motiva esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR en costos de esta instancia a la sociedad demandada, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 de pesos.

Como **fundamento de su decisión**, señaló que de conformidad con el artículo 23 del CST, para que existiera un contrato de trabajo debían concurrir los siguientes elementos: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación, dependencia del mismo respecto del empleador y un salario como retribución del servicio; que reunidos esos tres elementos necesariamente surgía la relación laboral, independientemente del nombre que se le hubiese asignado, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades; que a su vez el artículo 24 del CST, establecía la presunción de que toda relación de trabajo personal estaba regida por un contrato laboral, por lo que bastaba en este caso con acreditar la prestación personal de servicio para que se tuviera como probada la relación laboral y que en tal virtud le correspondía a la demandad desvirtuar tal presunción a través de la demostración de la existencia de otro tipo de vínculo contractual.

Destacó que, respecto de lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-665/1998 había considerado que la referida presunción implicaba un traslado de la carga de la prueba al empresario, de manera que éste tendría a su cargo demostrar que lo que existía era un contrato civil o comercial que no estaba regido por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio fuera suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente, por lo que le correspondería al Juzgador examinar el conjunto de los hechos y diferentes medios probatorios para verificar si se logró desvirtuar la mentada presunción.

Adujo que, con el material probatorio se podía establecer que efectivamente la demandante prestó sus servicios de forma personal a la cooperativa demandada, como quiera que los testigos manifestaron que ella acudía personalmente a las instalaciones de la cooperativa a recoger los volantes entregados por ésta última, para posteriormente repartirlos entre personas de la tercera edad, con lo que se acreditaba la prestación personal del servicio conforme lo establecía al artículo 24 del CST, sin que la demandada no lograra desvirtuar la presunción legal de subordinación.

Refirió que, aunque la demandante solo acudía a la empresa accionada por los volantes y que podía entregarlos en cualquier momento, ello no desvirtuaba la subordinación legal, como tampoco el hecho de que la actora no tuviese que acudir

diariamente a las instalaciones de la empleadora, pues conforme lo explicó el representante legal de la demandada, a la promotora del litigio se le pagaba por días laborados; que con base en lo expuesto, era procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo, fijando como extremos de la relación laboral el 01 de junio de 2013, tal y como lo aceptó la parte enjuiciada y teniéndose como extremo final el 17 de julio de 2017.

Sobre la excepción de prescripción, precisó que la demanda fue presentada el 17 de enero de 2019 y la finalización de la relación laboral data del 17 de julio de 2017, de modo que el término trienal correspondería al 17 de julio de 2014, debido a que eran los tres años anteriores a la finalización del vínculo laboral, con excepción de las cesantías las cuales sólo se hicieron exigibles a la terminación del contrato de trabajo. En cuanto al salario, tuvo como suma devengada \$25.000 diarios, tal y como lo aceptó la pasiva en el interrogatorio de parte. Respecto de la indemnización por despido sin justa causa pretendida en la demanda, estimó que la actora no logró acreditar que la terminación se dio por decisión unilateral injustificada del empleador, pues el único medio de prueba que sobre el particular se practicó fue el testimonio de su hermana, del que solo se desprendía que la promotora del litigio le había manifestado que fue despedida, por lo que debía absolverse a la convocada a juicio frente a este pedimento.

Respecto de la indemnización por el no pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato, consideró que la demandada acreditó que durante la vigencia de la relación laboral siempre tuvo el convencimiento de que la naturaleza del vínculo era de prestación de servicios, máxime si se tenía en cuenta que durante el desarrollo de la misma, la actora no solicitó ni requirió el pago de acreencias laborales, de ahí que determinara que la accionada tuvo buena fe en su actuar y, en consecuencia, no era procedente ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST.

Finalmente, en el uso de las facultades ultra y extra petita, arguyó que debía condenarse al reconocimiento y pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a partir del 01 de junio de 2013 hasta el 27 de julio de 2017, toda vez que el

tiempo dejado de cotizar durante el vínculo laboral perjudicaba la eventual expectativa pensional de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

LA DEMANDANTE presentó recurso de apelación parcial contra la decisión, solicitando que se revocara lo que le resultó desfavorable y, en su lugar, se condenara a la demandada a pagar todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito progenitor.

Alegó que, en este caso el *a quo* no tuvo en cuenta que la interrupción de la prescripción se hizo a través de la reclamación realizada vía derecho de petición el 26 de julio de 2017; que mientras la relación laboral estuvo vigente no prescribieron las prestaciones; que la prescripción debía computarse a la terminación del vínculo laboral, pues solo en ese momento se hicieron exigibles para el empleador; que el *a quo* no tuvo en cuenta el Acuerdo 1054 de 2016, para la fijación de costas y agencias en derecho, debido a que el valor de las mismas debió haber ascendido entre el 15% y el 25% de las condenas, bajo ese entendido debieron rondar en \$2.500.000.

Señaló que, el *a quo* incurrió en el error de haber dado por cierto sin que así fuera, la no acreditación del despido sin justa causa por parte del empleador; que además, desconoció que la cooperativa había incurrido en un incumplimiento reiterado de sus deberes, obligaciones y responsabilidades, faltas estas que dieron origen a la terminación del contrato laboral; que justamente había sido su solicitud de reconocimiento de las obligaciones labores, la que condujo a que se finalizara la relación laboral.

Cuestionó que, el Juzgador tuviera por demostrado que ASFAMICOOP actuó de buena fe durante la relación laboral; que no se tuvo en cuenta que con los interrogatorios y testimoniales practicados estaba demostrado que no era cierto que la actora hubiese elaborado cuentas de cobro a la demandada, pues las mismas eran realizadas por las asesoras de cada una de las oficinas de la empleadora y que una muestra de ello era que cada formato variaba, dependiendo de la sede de la oficina; que, en este sentido, el despacho hizo una inadecuada valoración de las pruebas.

La **PARTE DEMANDADA** también interpuso recurso de apelación en contra de la citada sentencia, solicitando que se revocara en su integridad. Para ello, argumentó que no era cierto que en este caso no se hubiese desvirtuado la presunción del artículo 24 del CST; que el a quo no tuvo en cuenta que la relación entre la demandante y la entidad demandada estuvo regida por un contrato de prestación de servicios, que no podía estar bajo subordinación debido a que la empresa no estaba en el lugar de ejecución del trabajo, de manera tenía el control de las condiciones de modo, tiempo y la cantidad de tareas desarrolladas por la demandante; que tampoco se le había impuesto a la actora un reglamento; que cumplir un horario o recibir instrucciones no podían ser tenidas como muestras inequívocas de subordinación; que se había demostrado que la Cooperativa no tenía ninguna injerencia en el cargo desempeñado por la accionante, el cual consistía únicamente en recoger las tarjetas y repartirlas en el tiempo oportuno.

Señaló que las pruebas testimoniales que el Juzgador no realizó una valoración adecuada del testimonio de Tatiana Bello, quien había indicado de manera clara que la actora no tenía que rendirle cuentas a ASFAMICOOP, ni pedir permisos para sus citas médicas, cuestión que incluso había sido confesada por la misma demandante.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, en atención a lo previsto en el artículo 66-A del CPTSS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **María Margarita Pedraza** y la Cooperativa **ASFAMICOOP** concertaron de manera verbal un contrato para la prestación de servicios personales de repartición de publicidad que se extendió del 01 de junio de 2013 y el 17 de junio de 2017 y **ii)** que el día 26 de julio de 2017, la actora presentó a la demandada un derecho de petición, por medio del cual solicitaba el reconocimiento y pago de acreencias laborales (confesión por aceptación de hecho en la demanda y f°24 – archivo 01 - 1 instancia. Exp. digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si entre la demandante y la cooperativa demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido, y de ser así, se estudiará si sobre las prestaciones sociales y vacaciones derivadas del vínculo laboral operó la prescripción; asimismo, se analizará si en este caso concurren los supuestos de hecho para reconocer las indemnizaciones por despido sin justa causa y por no pago de salarios y prestaciones a la terminación de la relación laboral.

EXISTENCIA DEL CONTRATO LABORAL

El artículo 24 del CST establece que «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*». Así pues, le basta al trabajador probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para que opere la presunción de que dicha relación estuvo gobernada por un contrato laboral y, en tal sentido, le corresponde llamado a juicio como presunto empleador desvirtuar su existencia, tal y como de manera reiterada lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL, 1.º jul. 2009, rad. 30437, CSJ SL, 5 ag. 2009, rad. 36549, CSJ SL, 13 abr. 2010, rad. 34223, CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, CSJ SL6621-2017, CSJ SL2536-2018, CSJ SL1166-2018, CSJ SL460-2021, entre otras).

Ahora bien, cabe precisar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y las relaciones de orden civil o comercial corresponde a la subordinación jurídica existente entre el contratista (trabajador) y el contratante (empleador); de ahí que, acreditada la prestación del servicio y la remuneración (elementos que pueden ser comunes en relaciones laborales, civil y comerciales), corresponda en este caso al contratante desvirtuar tal subordinación, como lo ha tenido por sentado la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria. Al respecto en sentencia CSJ SL1439-2021, sobre tal elemento dijo lo siguiente:

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.*** (Negrilla fuera del texto original).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia antes citada, referenció algunos indicios que conlleva a establecer cuándo se está en presencia de un contrato laboral, tales como:

La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)¹.

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de establecer las condiciones de la ejecución de la relación existente entre las partes, a efectos de esclarecer si la demandante se encontraba bajo

¹ En general, podría afirmarse que los indicios construidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

subordinación de la demandada y, si en tal sentido, habría lugar a declarar la existencia del contrato de trabajo.

✓ **Interrogatorio de parte**

Se practicó el interrogatorio de parte a la señora **María Margarita Pedraza** quien manifestó que prestó sus servicios a ASFAMICOOP entre los años 2013 y 2017; que inicialmente acudía a la oficina ubicada en Soacha y después se le trasladó a la oficina de Kennedy; que sus funciones consistían en la entrega de publicidad en las vías públicas, abordar a potenciales clientes e ingresarlos a las oficinas en la cooperativa; que debía cumplir un horario de 7:30 am a 4:30 pm de lunes a viernes; que inicialmente su asesora asignada fue la señora Tatiana Bello y que posteriormente fue un hombre llamado James del cual no recordaba su apellido; que recibía órdenes directas del personal de la Cooperativa, quienes le indicaban en qué lugares entregar la publicidad; que debía portar como uniforme un chaleco con los logos de la demandada y que nunca debió solicitar permisos, debido a que sus asuntos personales los atendía los fines de semana, por fuera del horario laboral.

Igualmente, se llevó a cabo el interrogatorio a la representante legal de **Asistencia Familiar Cooperativa**, quien refirió que la actora prestó sus servicios para la Cooperativa consistentes en la entrega de tarjetería en **fechas que eran determinadas con base en el flujo de operación;** que esa prestación se dio desde de junio de 2013 hasta el mes de septiembre de 2017; que no existió contrato laboral sino de prestación de servicios como quiera que la demandante tenía autonomía para controlar sus tiempos, pues simplemente se le hacía entrega de unos volantes y que cuando finalizaba podía disponer de su tiempo; que se le pagaban \$25.000 diarios y que la terminación no obedeció a ningún incumplimiento contractual por parte de su representada, **sino simplemente a que no se requirieron más de los servicios de la actora.**

✓ **Documentales**

Obran en el expediente **copias de cuentas de cobro** aportadas por ambas partes suscritas por la actora dirigidas a ASFAMICOOP entre el 01 de noviembre de 2013 y el 17 de febrero de 2017, por la prestación del servicio de «*entrega de publicidad*» a través de la cual se requería el pago por los días laborados y por clientes referidos.

Adicionalmente, la parta actora allegó derecho de petición con destino a la cooperativa demandada con constancia de recibido del **26 de julio de 2017**, por medio del cual solicitaba el pago de la liquidación de las acreencias laborales por cuatro años continuos de trabajo, por la labor de entrega de publicidad «*en la calle y puerta a puerta*».

Asimismo, obra copia de la respuesta al derecho de petición elaborada por la demandada de fecha 16 de agosto de 2017, en la que se refirió lo siguiente:

1. Con usted se realizó un acuerdo verbal con el fin de prestar los servicios específicos de entrega de publicidad de esta Cooperativa, puerta a puerta.
2. En dicho acuerdo se estipuló que usted debía recoger los volantes o publicidad en las oficinas a las 7:30 am, y una vez fueren entregados, podía volver a la oficina a las 4:00 pm a reportar las entregas.
3. Usted tenía la autonomía para desarrollar esa función específica como quisiera, es decir, con la libertad para entregar la publicidad a los sitios que estimara conveniente.
4. No había requerimiento u órdenes diferentes por parte de la oficina donde usted recogía la publicidad que no tuvieran que ver con el desarrollo de la función específica a desarrollar.
5. Usted no tenía ninguna restricción de trabajar para otras Cooperativas o empresas, prueba de ello es que en ningún momento se le exigió exclusividad para con la Cooperativa, e igualmente en su Registro Unico Tributario (RUT) su actividad económica es 8299 "Otras Actividades de Servicios de apoyo a las Empresas NCP", lo cual permite establecer que usted se dedica a la prestación de servicios de esa naturaleza, como es, la entrega y promoción de publicidad para varias empresas.
6. La prestación del servicio realizada por usted no era continua durante el mes, pues había lapsos de tiempo que solamente se realizaba la entrega de los volantes o publicidad en un período de diez (10) a quince (15) días o
7. cuando la Cooperativa requiriera la entrega de la publicidad en determinada zona. Por consiguiente, el pago se le efectuaba por días, y en consecuencia, de acuerdo a esos días que hacía la entrega de la mencionada publicidad, asimismo, usted presentaba la respectiva cuenta de cobro.
8. Teniendo en cuenta lo anterior, el contrato celebrado con usted es de prestación de servicios específicos, por consiguiente, con fundamento en lo antes mencionado, no se configura una subordinación laboral que tornara la función desempeñada para con esta Cooperativa, en un contrato de trabajo, el cual genera como consecuencia el pago de prestaciones sociales.

[...]

✓ Testimoniales

En cuanto a las pruebas testimoniales, se escuchó la declaración de la señora **Claudia Nayibe Pedraza** (testigo de la actora), quien manifestó ser hermana de la

demandante; que cuando esta última prestaba los servicios para la Cooperativa en la oficina de Soacha, la visitaba los días viernes y le llevaba almuerzo; que sabía que la labor desempeñada por su hermana era la de repartir volantes y publicidad; que su horario era de 7:30 am a 4:30 pm; que trabajada en las calles, a la salida de bancos y centros comerciales y que la terminación del contrato se dio por decisión unilateral de la cooperativa.

También rindió declaración la señora **María Paula Pedraza** (testigo de la demandante), quien afirmó ser sobrina de la actora y haber trabajado en el año 2016, para la Cooperativa demandada en calidad de asesora comercial; que le constaba que su tía trabajó en las oficinas de Soacha en donde repartía publicidad y atraía clientes; que las asesoras era quienes capacitaban a la demandante y estaban atentas a que cumpliera los horarios, por instrucciones del supervisor Álvaro Roa; que la Cooperativa era quien entregaba los uniformes consistentes en chalecos con el logo de la empresa; que las funciones de la actora consistían en entregar publicidad, acatar las ordenes dadas por el señor Álvaro Roa, quien le indicaba a qué lugares acudir; que el señor Roa les controlaba la labor a través de llamadas a celular; que se contaba el número de volantes entregados y que la demandante no podía encomendar en un tercero su labor.

Igualmente, afirmó que las cuentas de cobro firmadas por la actora realmente eran elaboradas por las asesoras de oficina, quienes verificaban que la información se ajustara a la realidad; que el horario en que la actora debía presentarse a trabajar era a las 7:30 am; que luego se le había trasladado a la oficina de Kennedy; que inicialmente la demandante debía acudir de lunes a viernes y que posteriormente se disminuyeron los días, de manera que era la demandada la que programaba los días y determinaba cuáles debía asistir.

El señor **Giovanny Mora Moreno** (testigo de la parte actora), refirió conocer a la demandante desde hacía cinco años y no tener relación alguna con la entidad demandada. Sostuvo que trabaja al lado de la oficina en la que prestaba los servicios la demandante, por lo que le constaba que ella de lunes a viernes repartía volantes y llevaba clientes a la oficina; que la veía con el informe de la empresa; que cuando él ingresaba a su trabajo a las 9 am ella ya se encontraba desarrollando sus labores.

Asimismo, declaró el señor **Álvaro Hernán Roa Rojas** (testigo de la parte demandada), quien afirmó haber trabajado en ASFAMICOOP desde el año 2013, hasta el 2016, en calidad de coordinador comercial; que conoció a la señora María Margarita Pedraza porque prestaba servicios de volanteo; que ella llegaba a la oficina de Soacha, recogía la publicidad y la repartía; que se le pagaba por días; que la empresa no tenía forma de comprobar que la actora realizara la entrega de los volantes, debido a que ella solo debía acudir al momento de la apertura de la oficina para recogerlos para proceder a repartirlos en espacios públicos, por lo que no existía un horario específico; **que la cooperativa decidió no continuar con el servicio prestado por la actora**; que la demandante tenía autonomía para prestar el servicio, debido a que podía decidir no acudir alguno de los días y no debía reponer horario alguno; que la única instrucción dada por la demandada consistía en que los volantes debían ser entregados principalmente a personas de la tercera edad, pero que no había forma de supervisar el asunto como tampoco de imponer multa o sanción por la no realización de la tarea; que la actora presentaba cuentas de cobro a la cooperativa para obtener el pago de sus servicios.

Finalmente, se escuchó la declaración de la señora **Tatiana Bello** (testigo de la demandada), quien manifestó haber sido asesora comercial de la Cooperativa en los años 2013 y 2014 en la oficina de Soacha con ocasión de lo cual conoció a la demandante, la cual se encargaba de repartir publicidad, **dependiendo de las necesidades de la empresa**; que normalmente con la apertura de la oficina, la actora acudía a recoger la publicidad y que en ocasiones volvía al medio día a recoger más volantes; que algunas veces se le requería toda la semana y en otras ocasiones solo dos días; que la actora era quien pasaba la cuenta de cobro y que la testigo en su calidad de asesora la verificaba, la escaneaba y la remitía por correo electrónico al área de contabilidad para que se efectuara su pago; que la accionante, a diferencia de la testigo, tenía autonomía para definir los días en que acudía, pudiendo llegar a indicar que no podía prestar el servicio, no había repercusión alguna; que la demandante no tenía un horario específico; que la empresa se limitaba a darle indicaciones sobre que entregara la publicidad a personas de la tercera edad y que a la promotora del litigio nunca se le llamó la atención.

Visto lo anterior, se tiene que en el presente caso la demandante fue contratada por ASFAMICOOP para la entrega de volantes en los lugares sugeridos o previstos por ella, de donde fácilmente se colige que en efecto hubo una prestación personal de servicios por parte de la señora Pedraza Miranda a favor de la enjuiciada, la que se encuentra enmarcada en la presunción establecida en el artículo 24 del CST, esto es, que estuvo regida por un contrato de trabajo.

Ahora bien, analizadas en detalle las pruebas obrantes en el plenario, considera esta Sala que de conformidad con lo estimado por el *a quo*, en el caso que nos ocupa, concurre el elemento de subordinación propio de un contrato laboral que permite darle tal connotación a la relación existente entre la demandante y ASFAMICOOP. Ello, por cuanto de los testimonios recaudados y de las documentales obrantes en el plenario se desprende que las partes desplegaban actos propios de una relación de trabajo, a saber:

- ✓ De conformidad con los testimonios de María Paula Pedraza, Álvaro Hernán Roa Rojas y Tatiana Bello, la demandante debía acudir a la apertura de las oficinas de la cooperativa para recoger los insumos de trabajo. A su vez, en el documento a través del cual la demandada dio respuesta al derecho de petición formulado por la actora, se manifestó que ella debía recoger los volantes de publicidad en las oficinas a las 7:30 am y retornar a las 4:00 pm a las instalaciones de la empresa **para reportar las entregas de volantes.**
- ✓ La demandada, por intermedio del señor Álvaro Hernán Roa Rojas, era quien determinaba en qué lugares la actora debía desarrollar su actividad y a qué tipo de personas debía realizar la entrega de publicidad, conforme lo indicó la señora María Paula Pedraza.
- ✓ La representante legal de la sociedad demandada confesó que era la cooperativa la que agendaba y determinaba los días en que la actora debía prestar el servicio, asunto que fue corroborado por la testigo Tatiana Bello.
- ✓ De la documental consistente en cuentas de cobro y de las declaraciones de María Paula Pedraza y Tatiana Bello, se desprende que la demandante también debía direccionar a potenciales clientes a las oficinas de la cooperativa, de lo que se deduce que ella debía permanecer en lugares aledaños o cercanos a la empresa.

- ✓ Todos los declarantes fueron coincidentes en indicar que el material de trabajo, consistente en volantes y publicidad era entregado por la demandada.
- ✓ La actora mientras prestaba sus servicios portaba un uniforme con el logo de la empresa, tal y como fue referido por Giovanny Mora Moreno y por María Paula Pedraza.

Ahora bien, no desconoce esta Corporación que dada la naturaleza de la actividad desarrollada por la actora consistente en la entrega de volantes en espacios públicos, no era posible que la empresa ejerciera un control directo y permanente sobre la labor; sin embargo, también está demostrado que la cooperativa exigía la presencia de la actora en las oficinas al inicio y a la terminación de la jornada, le requería el direccionamiento directo de clientes y, además, le solicitaba información sobre la cantidad de volantes entregados, actuaciones con las que la empresa evidentemente controlaba la prestación del servicio y comprobaba la presencia física de la demandante en lugares aledaños a la oficina.

Bajo este horizonte, estima esta Corporación que, conforme a las pruebas recaudadas, que fueron analizadas a la luz de la sana crítica (art. 61 CPTSS), la parte pasiva no cumplió con la carga procesal que le correspondía, esto es, la de desvirtuar la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, acerca de que la prestación personal del servicio de la actora estaba regida por una relación de trabajo.

Si bien la demandada allegó documentales de cuentas de cobro firmadas por la actora, lo cierto es que ello solo demuestra la existencia de una contraprestación por las actividades desarrolladas. Asimismo, de las testimoniales por ella solicitadas e incluso de la respuesta al derecho de petición aportado, se extrae que la demandante sí prestó personalmente los servicios y que debía presentarse directamente en la oficina al momento de su apertura y del cierre. Además, aunque la testigo Tatiana Bello afirmó que la actora tenía libertad para definir los días que acudía, no puede pasarse por alto que la misma representante legal de la empresa al rendir interrogatorio indicó que la prestación del servicio se deba **con base en el flujo de operación de la demandada**.

Ante este panorama, considera esta Corporación que el Juzgado no se equivocó cuando concluyó que la demandante siempre estuvo ejerciendo su actividad bajo un contrato laboral, de modo que se despachará desfavorablemente el reparo que al respecto efectuó la parte demandada.

INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN INJUSTIFICADA DEL CONTRATO DE TRABAJO

En cuanto a la terminación del contrato, debe indicarse que cuando se alega por la parte actora que hubo terminación de la relación laboral sin justa causa por parte de la empresa, le corresponde al trabajador demostrar el hecho del despido, y que este provino de la voluntad de su empleador, para que recaiga sobre este último, el deber de probar de los motivos que dieron origen a esa decisión y de que estos son justa causa a la luz del ordenamiento legal. Así lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1639-2022, donde se afirmó:

En lo atinente a la indemnización por despido sin justa causa previsto en el artículo 64 del CST, debe indicarse que reiteradamente se ha sostenido por parte de la Sala que al trabajador le corresponde mostrar el hecho del despido, mientras que al empleador la justa causa del finiquito contractual (CSJ SL1166-2018).

En el caso bajo estudio, se tiene que la parte actora en el escrito de demanda, alega que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por la demandada; de ahí que le correspondiera acreditar la ocurrencia del despido injustificado para que procediera su derecho a la indemnización por tal concepto.

Así las cosas, luego de examinar en detalle las pruebas obrantes en el plenario, se halla que, contrario a lo determinado por la Juez de primera instancia, en el caso sub examine la parte actora sí logró demostrar la ocurrencia del despido injustificado, en tanto que la misma representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte, confesó que fue la cooperativa de manera unilateral la que decidió terminar la relación con la demandante, debido a que «no se requirieron más de sus servicios», sin exponer razones o justificaciones adicionales, manifestación que cumple con los requisitos previstos en el artículo 191 del CGP, para que opere la confesión. Por ello, conforme al

recurso de alzada formulado por la demandante, deberá revocarse la decisión de primera instancia en lo concerniente al no reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, para en su lugar, acceder al mentado concepto.

Así, a efectos de establecer la cuantía de la indemnización, cabe rememorar que el artículo 64 del CST, en su tenor literal establece:

[...]

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

[...]

En este caso, se tiene que conforme fue determinado por el Juez de primera instancia, la relación laboral entre las partes inició el 01 de junio de 2013 y finalizó el 17 de julio de 2017; asimismo, se tuvo como último salario devengado la suma de \$750.000 mensuales, esto es, \$25.000 diarios. Con base en esta información, deberá reconocerse por concepto de indemnización por despido injustificado, el valor correspondiente a treinta días de salario por el primer año laborado y veinte días por cada año adicional y/o fracción, lo que asciende a la suma de **\$2.315.250**, conforme a la siguiente liquidación:

PERÍODO		AÑOS LABORADOS	DÍAS A INDEMNIZAR	SALARIO DIARIO	VALOR INDEMNIZACIÓN
DESDE	HASTA				
01/06/2013	31/05/2014	1	30 = (30 días primer año)	\$25.000	\$750.000
01/06/2014	17/07/2017	3,1305	62,61 = (20 días por año adicional)	\$25.000	\$ 1.565.250
TOTAL					\$ 2.315.250

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia en este sentido, y en su lugar se condenará a ASFAMICOOP a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$2.315.250 por concepto de indemnización por despido sin justa causa (64 CST), la que deberá ser indexada hasta el momento de su pago.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CST

Respecto de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales prevista en el artículo 65 del CST, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y pacífica ha sostenido que su imposición no opera de manera automática, sino que requiere de la comprobación de mala fe en el actuar del empleador, de ahí que deba analizarse en cada caso el proceder de este último a efectos de determinar las circunstancias que lo llevaron a no cancelar las acreencias laborales en legal forma. Sobre el particular, la mentada Corporación en sentencia CSJ SL2805-2020, puntualizó:

Esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «...el recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.» (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre muchas otras).

Asimismo, sobre los parámetros para evaluar la conducta del patrono, esa misma Corporación en sentencia CSJ SL15498-2017, sostuvo:

*También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, **sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley.*** (Negrilla fuera de texto original).

Conforme a lo expuesto, en el caso que nos ocupa corresponde observar la conducta de la cooperativa, con el fin de determinar si las razones que la llevaron a omitir el pago de las acreencias laborales parten de la intención de defraudar los derechos de la trabajadora o si, por el contrario, existen motivos sólidos que expliquen el incumplimiento de sus obligaciones.

Al respecto se tiene que en este caso la cooperativa demandada afirma haber actuado bajo el convencimiento de que la relación que sostenía con la señora María Margarita Pedraza estaba regida por un contrato de prestación de servicios; no obstante, al analizar en conjunto las pruebas decretadas y practicadas, especialmente los testimonios de Claudia Nayibe Pedraza, María Paula Pedraza y Giovanny Mora Moreno, avizora esta Sala que la demandada desplegaba actuaciones de evidente subordinación y control sobre la actora (tales como la entrega de insumos de trabajo, uniforme, instrucciones sobre la prestación del servicio, exigencia de asistencia personal a la apertura y cierre de las oficinas), de manera que aquella debió haber tenido certeza sobre la naturaleza del vínculo y pese a ello, decidió defraudar los derechos de la trabajadora y ocultar la verdadera relación que las unió, aduciendo que se trataba de un contrato de prestación de servicios, que como quedó dilucidado en precedencia, resultó desvirtuado .

En efecto, para esta Corporación no son de recibo los argumentos expuestos por el a *quo* para motivar la absolución, los cuales consistieron en el presunto convencimiento por parte de la demandada acerca de que la relación con la actora era de tipo civil o comercial. Ello, por cuanto, como se dijo, la demandada ejercía actos de notorio control y subordinación sobre la actora, que no daban lugar a dudar de la existencia de una relación de trabajo y en tal sentido, tampoco podría considerarse que tenía el convencimiento de estar actuando correctamente o conforme a la Ley.

De conformidad con lo expuesto, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado, para en su lugar, condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST. En tal virtud, como quiera que el salario percibido por la trabajadora a la finalización del contrato de trabajo el 17 de julio de 2017, era superior al mínimo legal vigente en esa anualidad, dicha indemnización corresponde a un día de salario por cada día de mora, desde el día siguiente a la terminación del contrato de trabajo hasta por 24 meses, y a partir del mes 25, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre la sumas que generan dicha sanción, tal y como el numeral 1º del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002. La condena por dicha indemnización, asciende a **\$18.00.000**:

Inicio	Final	Días de mora	Salario a terminación	Valor indemnización
17/07/2017	17/07/2019	720	\$25.000	\$18.000.000

PREScripción DE LAS ACREENCIAS LABORALES

La parte demandante refirió en su recurso de alzada que el *a quo* erró al declarar la prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 17 de julio de 2014, por cuanto, a su criterio, no se tuvo en cuenta la interrupción que se hizo a través de la reclamación con el derecho de petición radicado el 26 de julio de 2017 y que, además, sólo hasta el momento en que terminó la relación laboral se podía computar el término prescriptivo.

Sobre la prescripción de las acreencias laborales, el artículo 488 del CST, señala:

ARTÍCULO 488. REGLA GENERAL. 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.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL5159-2020, dispuso:

*Sin desconocer el espacio fáctico de la acusación y como esta conmina a la Sala a determinar el **momento a partir del cual comienza a contar el término de prescripción de las acreencias laborales reclamadas, es pertinente reiterar que acorde a lo estatuido en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible** (CSJ SL13155-2016, CSJ SL 1785-2018 y CSJ SL2885-2019), de modo que quien exija una prestación social deberá alegarla en el término establecido, en cuyo caso, basta «el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador», para que por una sola vez se entienda interrumpida y comience a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.* (negrilla y subrayado fuera del texto original)

Resulta claro entonces que el término de prescripción de las acreencias laborales, por disposición legal, es de tres años y su computo inicia desde la fecha de su exigibilidad. Asimismo, se tiene que el mentado lapso puede ser interrumpido a través del

requerimiento que el trabajador le formule al empleador; lo anterior, conforme lo establecen los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS.

Dilucidado lo anterior, se tiene entonces que en el caso que nos ocupa, la relación de trabajo inició el **01 de junio de 2013** y terminó el **17 de julio de 2017**, posteriormente, el **26 de julio de ese mismo año**, la actora presentó derecho de petición a través del cual reclamó el pago de las acreencias laborales; de igual forma dentro del término trienal que se reinició con la mentada reclamación, esto es, el día **17 de enero de 2019** se radicó la demanda que dio origen al presente proceso.

Así las cosas, en este caso el hito temporal que debía tenerse en cuenta para el estudio de la prescripción efectivamente era el **17 de julio de 2014**, por corresponder a los tres años anteriores a la fecha en que finalizó la relación laboral, cuestión que fue adecuadamente prevista por la Juez. Ahora, cabe precisar que no es cierto que la Juzgadora hubiese omitido tener en cuenta la interrupción efectuada por la demandante a través de derecho de petición, como quiera que la misma fue presentada tan sólo nueve días de terminada la relación laboral y, a su vez, la demanda fue radicada dentro de los tres años siguientes a tal reclamación, actuaciones que permitieron tomar como punto de partida para el compute de la prescripción la fecha la terminación del contrato de trabajo.

En este orden, se tiene entonces que respecto de las primas de servicio correspondientes al segundo semestre de 2013, y al primer semestre de 2014, se encontraban prescritas, así como los intereses a las cesantías exigibles al 31 de enero de 2014, como quiera ambas prestaciones se causaron antes del **17 de julio de 2014**.

Respecto de las vacaciones, se precisa ninguna fue afectada por el fenómeno prescriptivo ya que el primer período de descanso remunerado se hizo exigible el **01 de junio de 2015**, conforme lo prevé el artículo 186 del CST y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre ellas en sentencia CSJ SL467-2019. Si bien este asunto no fue especificado con claridad por la Juzgadora de primera instancia, lo cierto es que con valor reconocido en la sentencia se comprueba este concepto fue liquidado por toda la relación laboral, sin descontar anualidad alguna.

Por ello, deberá confirmarse la decisión del a quo sobre el particular y despacharse desfavorablemente el recurso de la parte actora.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, cuestiona la parte demandada la cuantía de las costas y agencias en derecho establecida por el Juez de primera instancia en la parte resolutive de la sentencia. Al respecto, debe indicarse que la apelación contra el fallo de primera instancia, no corresponde al momento procesal oportuno para atacar este asunto. Pues bien, el numeral 5 del artículo 366 del CGP aplicable por remisión en materia laboral, consagra de manera clara que la cuantía de las costas y agencias en derecho solo podrá debatirse a través de los recursos de Ley contra el auto que apruebe su liquidación, a saber: *«La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.»*

En consecuencia, se despachará desfavorablemente esta solicitud.

COSTAS

En lo que respecta a las costas y agencias de segunda instancia, se condenará a la demandada, por no haber prosperado ninguno de sus reparos en contra de la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió a la sociedad demandada por los conceptos de indemnización por despido y la sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales a la terminación del contrato, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a la empresa **Asistencia Familiar Cooperativa en liquidación ASFAMICOOP** a pagar a la señora **MARÍA MARGARITA PEDRAZA MIRANDA**, a la ejecutoria de esta sentencia, las siguientes sumas de dinero y por los conceptos que se indican a continuación:

- La suma de **\$2.315.250** por concepto de indemnización por despido sin justa causa, en los términos del artículo 64 del CST.
- La suma de **\$18.000.000** por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, generada desde el 17 de julio de 2017, hasta el 17 de julio de 2019, correspondiente a veinticuatro (24) meses; a partir del mes 25, deberá pagar de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre las sumas que generan dicha sanción.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo la demandada y en favor de la parte actora en la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105023202100546-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NUBIA ESTHER LUNA DE MIER
DEMANDANDO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **NUBIA ESTHER LUNA DE MIER** se ordene a la UGPP continuar con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a ella reconocida, la cual fue suspendida desde junio de 2017, hasta la fecha, junto con los incrementos legales, los intereses moratorios causados o en su defecto la indexación; se decrete la nulidad de la Resolución 000838 del 28 de junio de 2010, proferida por el Ministerio de la Protección Social, y dejar sin efectos la Resolución RDP 029152 del 21 de julio de 2017, emitida por la demandada; se condene ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (carp 01, carp 1ª inst, exp digital), señaló que mediante Resolución 001013 del 13 de agosto de 2008, emitida por el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia le fue reconocida pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del señor Euclides Segundo Mier Manga; que su cónyuge desapareció el 21 de mayo de 2002, por lo que su fallecimiento se dio por desaparecimiento forzado, muerte que fue declarada judicialmente a partir del 21 de mayo de 2004; que el causante laboró para Puertos de Colombia desde el 06/05/1981 hasta el 03/06/1992, data en que fue despedido dado el proceso de liquidación de esa empresa, y era miembro del sindicato de trabajadores del Terminal Marítimo de Santa Marta.

Narró que, la empresa Puertos de Colombia le reconoció al causante una pensión proporcional de jubilación conforme la Resolución 146122 del 26 de octubre de 1993; que contrajo matrimonio con el señor Euclides Segundo Mier Manga el 28 de julio de 1979, unión de la que procrearon 3 hijos; que ella en calidad de cónyuge supérstite y su hijo Fidiers Galvanis Mier Lina reclamaron la pensión de sobrevivientes ante la UGPP, pero que fue a través de acción de tutela que se ordenó su inclusión en nómina de pensionados.

Expuso que, posteriormente la UGPP de manera unilateral y sin su consentimiento decidió revocar la pensión de jubilación reconocida al causante Euclides Segundo Mier Manga; que bajo el radicado 2019500502781672 petitionó ante la UGPP el restablecimiento y pago de su pensión de sobrevivientes, pero esa entidad le resolvió negativamente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La UGPP contestó la demanda (carp 05, carp 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que el señor Euclides Segundo Mier Manga estuvo vinculado laboralmente a la empresa Puertos de Colombia desde el 06/05/1981 hasta el 03/06/1992, que mediante Resolución 146122 del 28 de octubre de 1993, se reconoció una pensión a favor del causante en cuantía de \$628,051.64 con efectividad a partir del 4 de junio de 1992; que mediante Resolución 001599 de 06 de noviembre de 2008, el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión de

Pasivo Social de Puertos de Colombia reconoció pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, pero a través de la Resolución 000421 de 24 de marzo de 2009, ordenó revocar la Resolución 001599 de 06 de noviembre de 2008, y la exclusión inmediata de nómina de pensionados de la señora Luna de Mier; que en Resolución 001013 de 13 de agosto de 2009, le reconoció a la actora pensión de sobrevivientes en un 50% en condición de cónyuge a partir del 22 de mayo de 2004, y se dejó el suspenso el otro 50%, pero a través de la Resolución 000112 del 12 de febrero de 2010, se reconoció dicho porcentaje a favor de Fidiers Gilvanis Mier Luna, en calidad de hijo mayor estudiante del causante; que presentó petición la cual fue negada; frente a los demás, manifestó que no le constaban por ser ajenos a esa entidad, o que no eran ciertos.

Aclaró que, siempre ha actuado en estricto cumplimiento del marco normativo vigente y aplicable al caso concreto; que mediante Resolución 000838 de 28 de junio de 2010, el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión de Pasivo Social de Puertos de Colombia resolvió una actuación administrativa de revisión integral, se ordenaron unas exclusiones de nómina, y se revocó directamente las Resoluciones: i) 146122 de 28 de octubre de 1993 por medio de la cual Puertos de Colombia reconoció pensión proporcional de jubilación al señor Mier Manga; ii) Resolución 001013 de 13 de agosto de 2009, por medio de la cual se reconoció pensión de sobrevivientes a la actora; y iii) Resolución 000112 del 12 de febrero de 2010, a través de la que se reconoció pensión de sobrevivientes a favor de Fidiers Gilvanis Mier Luna en calidad de hijo mayor con estudios.

Informó que, contra el anterior acto administrativo se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales resolvió la UGPP a través de las resoluciones RDP 001678 de 16 de enero de 2013 y RDP 002210 de 18 de enero de 2013, respectivamente, confirmando la decisión recurrida; que mediante acto administrativo RDP 029152 de 21 de julio de 2017 y Resolución RDP 042425 de 25 de octubre de 2018, determinó que la promotora del litigio adeuda a favor del Sistema General de Pensiones la suma de \$307.464.672.53; que en Auto ADP 007868 de 05 de diciembre de 2019, advirtió que no había lugar a acceder al restablecimiento de la pensión de sobrevivientes, porque la pensión de jubilación base de la misma había sido revocada.

Formuló como excepciones de fondo las de, inexistencia de la obligación y debida motivación de los actos administrativos, presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad de pensiones, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de agosto de 2022 (carp 12-13, carp 1ª inst, exp digital), resolvió absolver a la UGPP de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si la demandante tiene derecho a que se reanude o restablezca el pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor Euclides Segundo Mier Manga, de ser así, verificar si hay lugar a los intereses de mora o a la indexación.

Expuso que, en el expediente estaba probado lo siguiente: **i)** que al señor Euclides Segundo Mier Manga se le reconoció pensión proporcional de jubilación mediante Resolución 146122 de 28 de octubre de 1993; **ii)** que a través de la Resolución 001599 de 06 de noviembre de 2008, se reconoció a la demandante pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge del señor Mier Manga, pero la Resolución 000421 de 24 de marzo de 2009, revocó el anterior acto administrativo y ordenó su exclusión de nómina; **iii)** que en la Resolución 001013 de 13 de agosto de 2009, en cumplimiento de una orden de tutela se incluyó en nómina de pensionados la prestación del señor Mier Manga; **iv)** que en la Resolución 000112 de 12 de febrero de 2010, reconoció pensión de sobrevivientes en un 50% al hijo mayor de edad con estudios del causante; **v)** que mediante acto administrativo 000838 de 28 de junio de 2010, se resolvió una actuación administrativa de revisión integral y se ordenó la exclusión de nómina, y se revocó directamente la Resolución 146122 de 28 de octubre de 1993, por medio de la cual Puertos de Colombia había reconocido pensión proporcional de jubilación al señor Mier Manga, y a su vez las resoluciones 001013 de 13 de agosto de 2009, y 000112 de 12 de febrero de 2010, mediante las que se había reconoció pensión de sobrevivientes; **vi)** que mediante Resoluciones RDP 001678 de 16 de enero de 2013, y RDP 002210 de 18 de

enero de 2013, se resolvió un recurso de reposición en subsidio apelación respectivamente, contra la Resolución 000838 de 28 de junio de 2010, confirmando la misma; y **vii)** que a treves de la Resolución RDP 029152 de 21 de julio de 2017, y el acto administrativo RDP 042425 de 25 de octubre de 2018, se determinó que la promotora del litigio adeudaba a favor del Sistema General de Pensiones la suma de \$307.464.672.53.

Indicó que, de las pruebas referidas se podía colegir que si bien el señor Euclides Segundo Mier Manga ostentaba la calidad de pensionado en virtud de lo dispuesto en la Resolución 146122 de 28 de octubre de 1993, lo cierto era que ese acto administrativo fue revocado por haberse comprobado que el señor Mier Manga no tenía derecho a esa prestación económica porque no cumplía con los requisitos legales para ello y, en consecuencia, se revocó también la Resolución 001013 de 13 de agosto de 2009, mediante la que se había reconocido pensión de sobrevivientes a la aquí demandante.

Señaló que, las entidades de seguridad social estaban facultadas para verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión y los documentos que sirvieron de sustento para su reconocimiento de conformidad con el artículo 19 de la Ley 797 de 2003; que en virtud de ello, el Ministerio de la Protección Social Grupo Interno de trabajo de la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia en la Resolución 001013 de 2009, ordenó iniciar actuación administrativa de revisión integral de la pensión reconocida el señor Euclides Segundo, otorgándole un término de dos (2) meses a la demandante para que ejerciera el derecho de defensa dando cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 28, 14, 34 y 35 del Decreto 01 de 1984, y finalmente se expidió la Resolución 000838 de 28 de junio de 2010, donde se concluyó que el señor Mier Manga había laborado 11 años y 1 mes para Puertos de Colombia, por lo que le faltaba tiempo de servicios para tener derecho a la pensión proporcional de jubilación.

Sostuvo que, la decisión de excluir definitivamente de nómina de pensionados al señor Euclides Segundo Mier Manga no fue arbitraria ni caprichosa, sino que obedeció a que el ex trabajador había accedido a la pensión sin el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para ello, por ende, la demandante no tenía derecho a la sustitución que se le había otorgado, haciéndose improcedente acceder a las pretensiones de esta demanda.

Refirió que, no podía pasar por alto que la aquí demandante ya había adelantado un proceso ordinario laboral ante el Juez Quinto Laboral del Circuito de Santa Marta radicado 2016-00016 en contra de la UGPP pretendiendo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del causante Euclides Segundo Mier Manga desde el año 2004, en el que mediante sentencia del 03 de octubre de 2017, se resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolver a la demandada de las peticiones incoadas en su contra, decisión que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta en fallo del 10 de abril de 2019, y la que se encontraba surtiendo el trámite del recurso extraordinario de casación.

Indicó que, aunque no se configuraba la figura de la cosa juzgada, porque no había una decisión ejecutoriada, lo cierto era que la providencia definitiva dentro del proceso 2016-00016 podía tener incidencia en este proceso, porque allí se debía definir si la demandante tenía derecho o no al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del señor Euclides Segundo Mier Manga, por ende, no era procedente tampoco a través de este proceso ordenar el restablecimiento de esa prestación económica.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación por estar en desacuerdo básicamente con 3 aspectos: *i)* que el procedimiento que debía adelantar la administración para revisar el acto administrativo de reconocimiento de la pensión al causante era el contemplado en el artículo 97 y siguiente del CPACA, y no lo establecido en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003; *ii)* que en este asunto no había cosa juzgada, ni identidad de causa, porque en el proceso 2016-00016 se buscaba el pago del retroactivo pensional causado entre el 2004 y el 2016, mientras que este la pretensión era que se reactivara el pago de la pensión que había sido suspendido desde el año 2017, sin su autorización; y *iii)* que no podía hablarse de que al señor Euclides Segundo Mier Manga se le había realizado el reconocimiento de su pensión de jubilación de forma fraudulenta, porque ello no había sido definido dentro de un proceso o investigación penal.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante.

Preliminarmente, debe indicar la Sala que como quiera que el juez de primer grado en el fallo dio noticia de la existencia de otro proceso ordinario laboral entre las mismas partes, este despacho consultó el aplicativo de jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y encontró que el recurso de casación interpuesto dentro del proceso ordinario laboral 2016-00016, al cual se le asignó el radicado 85568, ya fue fallado por esa Corporación mediante sentencia CSJ SL3336-2022, la cual se incorporó al expediente por parte de este despacho para tenerlo como prueba, previo traslado a las partes en los términos de ley.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que al señor Euclides Segundo Mier Manga se le reconoció pensión proporcional de jubilación mediante Resolución 146122 de 28 de octubre de 1993; *ii)* que mediante sentencia de fecha 04 de noviembre de 2008 emitida por el Juzgado Primero de Familia de Santa Marta confirmada el 09 de marzo de 2009, por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de igual ciudad, se declaró la muerte presunta por desaparecimiento del señor Euclides Segundo Mier Manga a partir del 21 de mayo de 2004; *iii)* que a través de la Resolución 001599 de 06 de noviembre de 2008, se reconoció a la demandante pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge del señor Mier Manga, pero la Resolución 000421 de 24 de marzo de 2009, revocó el anterior acto administrativo y ordenó su exclusión de nómina; *iv)* que mediante Resolución 001013 de 13 de agosto de 2009, en cumplimiento de una orden de tutela se incluyó en nómina de pensionado la prestación del señor Mier Manga; *v)* que en el acto administrativo 000112 de 12 de febrero de 2010, reconoció pensión de sobrevivientes en un 50% al hijo mayor de edad con estudios del causante; *vi)* en Resolución 000838 de 28 de junio de 2010, se resolvió una actuación administrativa de revisión integral y se ordenó la exclusión de nómina, y se revocó directamente la Resolución 146122 de 28 de octubre de 1993, por medio de la cual Puertos de Colombia había reconocido pensión proporcional de jubilación al señor Mier Manga, y a su vez las resoluciones 001013 de 13 de agosto de 2009, y 000112 de 12 de

febrero de 2010, mediante las que se había reconocido pensión de sobrevivientes; **vii)** que mediante Resoluciones RDP 001678 de 16 de enero de 2013 y RDP 002210 de 18 de enero de 2013, se resolvió un recurso de reposición en subsidio apelación respectivamente, contra la Resolución 000838 de 28 de junio de 2010, confirmando la misma; y **viii)** que en el acto administrativo RDP 029152 de 21 de julio de 2017, y Resolución RDP 042425 de 25 de octubre de 2018, se concluyó que la promotora del litigio adeudaba a favor del Sistema General de Pensiones la suma de \$307.464.672.53.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a establecer si hay lugar a ordenarle a la UGPP continuar con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes otorgada la señora NUBIA ESTHER LUNA DE MIER, desde el año 2017 cuando fue suspendido su pago hasta la fecha, en caso de ser así, verificar si hay lugar al pago de intereses moratorios o a la indexación.

Advierte la Sala que, para lograr resolver el problema jurídico, necesariamente se debe comprobar si el fallecido dejó causado a favor de sus beneficiarios el derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, de ser así, si la demandante acredita los requisitos para ser beneficiaria de dicha prestación, pues de no cumplirse lo anterior no habría lugar a reanudar un pago al cual no tendría derecho.

Sin embargo, esta Sala encuentra que el asunto de si el fallecido señor Euclides Segundo Mier Manga dejó causado a favor de sus beneficiarios el derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional ya fue resuelto a través de providencia judicial la cual se encuentra debidamente ejecutoriada.

Lo anterior porque la demandante señora Nubia Esther Luna de Mier presentó en contra de la UGPP demanda ordinaria laboral la cual le correspondió al Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Santa Marta con el fin de que se le reconociera la pensión de sobrevivientes, causada por el fallecimiento de su cónyuge Euclides Segundo Mier Manga, proceso en el que:

- El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Santa Marta mediante sentencia del 03 de octubre de 2017, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la UGPP de las pretensiones incoadas por la señora Nubia Esther Luna de Mier y de las demandantes Ad Excludendum Ximena Beltrán Castro y Mercy Paola Mier Beltrán.
- Por apelación de las demandantes la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta a través del fallo del 10 de abril de 2019 confirmó la decisión recurrida.

En este se sostuvo que, si bien se le había reconocido una pensión de jubilación al señor Mier Manga, lo cierto era que la misma había sido revocada de conformidad con el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, porque se había reconocido sin el lleno de los requisitos legales para ello, luego no había un derecho a sustituir. Adicionalmente, se verificó el cumplimiento de los requisitos de pensión de jubilación establecidos en el acuerdo convencional plasmado en el acta del 20 de mayo de 1993, encontrándose que el señor Mier Manga no acreditaba el tiempo de servicios mínimo para acceder a esa prestación, concluyendo que el causante no había dejado causado el derecho a la pensión y que, al haberse revocado ese reconocimiento, no habría entonces lugar a las pretensiones de la demanda sobre el pago del retroactivo, más sus intereses.

- Las señoras Nubia Esther Luna de Mier, Ximena Beltrán Castro y Mercy Paola Mier Beltrán interpusieron recurso de casación contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el 10 de abril de 2019.
- La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral – Descongestión-, a través de la sentencia CSJ SL3336-2022, del 5 de septiembre de 2022, resolvió **NO CASAR** la sentencia recurrida. Por considerar entre otras cosas, lo siguiente:

Y, de otra, conforme al folio 2 del cuaderno 1, si las pretensiones de la demanda de Nubia Esther Luna de Mier, giraron en torno a que se reconociera la calidad de pensionada de sobrevivientes con fundamento en

la pensión de jubilación proporcional disfrutada en vida por Euclides Segundo Mier Manga, en una cuantía del 100%, junto al consecuente reconocimiento de las mesadas retenidas desde 2004, lo lógico era que en las instancias se revisara la calidad de pensionado del fallecido, a quien, si para la data de la presentación de la demanda, esto es, 2016, le había sido revocada en forma directa la pensión por falta de requisitos, corría de cargo de la accionante, demostrar los tiempos de servicios faltantes o que el acuerdo colectivo que dio lugar al reconocimiento pensional en 1993, le otorgaba derecho, lo cual brilló por su ausencia, debiendo recurrir el fallador a la revisión integral de las resoluciones de reconocimiento y revocatoria ante la ausencia de otros medios probatorios. (Negrilla y subraya fuera del texto original).

[...]

4. En lo que comporta al recurso extraordinario presentado por las intervinientes ad excludendum Ximena Beltrán Castro y Mercy Paola Mier Beltrán, en punto al cargo primero referido a que para la aplicación del artículo 19 de la Ley 797 de 2003 la entidad debió contar con el consentimiento de los beneficiarios de la prestación objeto de la revocatoria directa, considera la Sala que, en ningún error pudo incurrir el Tribunal, porque, de una parte, el fallador fue claro en que las recurrentes no estaban legitimadas para discutir ese punto jurídico en razón a que ni siquiera hicieron parte del acto administrativo de reconocimiento pensional y menos aún del trámite administrativo que conllevó a su revocatoria y, de otra, pretender plantear que el colegiado no tuvo en cuenta que los beneficiarios se hallaban relevados de cualquier conducta imputable al causante, porque, aunque es claro que la falta de requisitos para la causación de la pensión es un hecho ajeno a éstos, para que exista el derecho a una sustitución es necesario que haya una prestación a sustituir. (Negrilla y subraya fuera del texto original).

(...)

5. Finalmente, en lo concerniente al cargo segundo según el cual el Tribunal incurrió en error al no dar por demostrado que el causante Euclides Segundo Mier Manga si cumplió el requisito de tiempo de servicios para efectos de la pensión de jubilación proporcional, plasmado en el Acta de Acuerdo del 20 de mayo de 1993, debe decir la Sala que, como lo indican las recurrentes y como lo dio por sentado el Tribunal, dicho documento transcrito en el marco de la Resolución n.º 838 del 28 de junio de 2010 confirmada en reposición y apelación por las Resoluciones n.º RDP 001678 del 16 de enero del 2013 y RDP 2210 del 18 de enero del 2013 (f.º 10 a 37 y 103 a 108 del cuaderno 1) preceptúa:

A los trabajadores que a 31 de diciembre de 1993 superen los doce (12) años de servicios a la Empresa o al Estado, con un mínimo de diez (10) años de servicios a Colpuertos en este último caso, sin alcanzar los trece (13) años y que le faltaren hasta sesenta (60) días para cumplirlos, se les reconocerá pensión proporcional de jubilación, aplicándole la proporción correspondiente según el tiempo de servicio laborado a la pensión de trece (13) años sin consideración a la edad [...]

Es decir, del documento se extracta que, tendrían derecho a la pensión de jubilación proporcional: i) los trabajadores que a 31 de diciembre de 1993 tuvieran más de 12 años de servicios prestados a la empresa o a la Nación; ii) con un mínimo de 10 años a Colpuertos y, iii) en el último caso, o sea, teniendo 10 años servidos a la empresa, quedaban habilitados para el reconocimiento pensional, siempre que no superaran 13 años y les faltaren 60 días para completar dicho tiempo.

En otras palabras, tenían derecho a la pensión los trabajadores que contaran con más de 10 años o más de servicios a Colpuertos, pero sin que, en todo caso, para el 31 de diciembre de 1993, sobrepasaran 12 años 10 meses en total.

Analiza la Sala que, para el caso concreto, según la Resolución n.º 146122 del 28 de octubre de 1992, Euclides Segundo Mier laboró para la empresa del 6 de mayo de 1981 al 3 de junio de 1992, lo que calculó como 11 años 1 mes, cuando realmente correspondía a 11 años 28 días. Lo cual, sumado al tiempo transcurrido desde la última data al 31 de diciembre de 1993 como límite temporal impuesto en la mencionada acta, atiende a un total de 12 años, 7 meses y 26 días, lo que el Colegiado, estimó eran 12 años, 7 meses y 24 días, que, en todo caso, rebasaban la excepción de la norma extralegal trascrita que impuso como condicionamiento para reconocer la pensión el que, se otorgaría a aquellos que contaran con el tiempo de servicios pero «sin alcanzar los trece (13) años y que le faltaren hasta sesenta (60) días para cumplirlos».

Desde la órbita de la acusación en punto a que la interpretación de la cláusula extralegal admite una interpretación diferente, que permite inferir que si de su literalidad fuera, la expresión de «sin alcanzar los trece (13) años y que le faltaren hasta sesenta (60) días para cumplirlos», días que, en su parecer, necesariamente deberían ser hábiles (f.º 29 del cuaderno de la Corte), no tendría sentido que se hubiera previsto una pensión para las personas con servicios superiores a 12 años, máxime cuando la empresa en su convención colectiva previó un régimen de estabilidad laboral para los trabajadores que a 1991 contaran con 10 años o más de trabajo, dejando como límite temporal para la habilitación del tiempo pensional hasta el 31 de diciembre de 1993.

Dicho de otra forma, discute que en aplicación de los criterios de justicia e igualdad, todos los trabajadores al quedar asegurados por el régimen de estabilidad desde 1991 por haber trabajado 10 años o más, tenían el mismo derecho a ser acreedores a la pensión de jubilación proporcional según la fórmula del Acta del 20 de mayo de 1993.

Empero, de la revisión de la alzada presentada por el apoderado judicial de las demandantes, a minuto 2:57:18 y siguientes del audio de primera instancia, se evidencia que dicha arista no fue objeto de apelación, por lo cual, no es posible su planteamiento y decisión en sede casacional dado el carácter rogado del recurso extraordinario como antes se explicó frente a la otra demanda de casación, cuando se dijo que, presentar consideraciones sobre temas no impugnados o no discutidos en las instancias significa «introducir hechos que no fueron previamente puestos a consideración de quienes participan en el proceso judicial», vulnerando

el derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción que asiste a todas las partes del proceso.

Conforme lo anterior, es evidente que en este asunto operó el fenómeno de la cosa juzgada, esto como quiera que existe identidad jurídica de partes, ambos procesos se fundaron en la misma causa y versaron sobre el mismo objeto. Requisitos estos que se definen así:

- Identidad de objeto, lo que significa que la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado respecto de una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente, si se presenta identidad de aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

- Identidad de causa petendi, esto es, que la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada se sustenten en los mismos hechos salvo que se presenten nuevos hechos, pues en ese evento el juez deberá fallar sobre la nueva causa.

- Identidad de partes, lo cual significa que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

Así mismo, la cosa juzgada tiene como fin preservar la seguridad jurídica, evitar decisiones contradictorias, preservar el principio non bis in ídem inhibitoria. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2406-2022, expresó:

La cosa juzgada, según lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no es más que una expresión de soberanía del Estado, consistente en el caso particular del Poder Judicial, en que ciertas decisiones tomadas con arreglo a la normatividad vigente se tornan en inmutables incluso para el mismo juez que las adoptó.

De otra manera se perdería la confianza por parte de la sociedad para acudir ante el aparato judicial en búsqueda de justicia, es decir, de una solución frente a los conflictos que se presentan y que, por principio, debe tener vocación de definitiva, una vez se han agotado las instancias y los recursos que contra dicha decisión judicial procedan.

De esta suerte, el instituto procesal de la cosa juzgada tiene por finalidad, entre otras, la de evitar sucesivos pleitos entre las mismas personas, por la misma causa y con el mismo objeto, motivo por el cual cuando se presenta la conjunción de los elementos mencionados en precedencia, en un nuevo proceso, como medio de defensa las partes pueden alegar la excepción respectiva. (Negrillas fuera del texto original).

[...]

En particular, sostiene la doctrina que ha de entenderse que la identidad jurídica de partes no se refiere, en verdad, a las personas físicas, pues por ello el inciso segundo del artículo 303 del Código General del Proceso advierte que tal fenómeno se produce incluso cuando intervienen los sucesores mortis causa o los causahabientes de aquellos que figuraron en el primer proceso, de donde se deduce que con mayor nitidez el requisito queda claramente configurado, cuando quienes integran las partes en el nuevo proceso son las mismas que intervinieron en el anterior.

Entonces, volviendo al caso concreto se tiene que en ambos procesos existe identidad: **i)** de partes, pues la señora Nubia Esther Luna de Mier intervino como demandante y la UGPP como demandada; **ii)** de causa petendi o hechos que fundamentan la petición, que básicamente son la muerte del señor Euclides Segundo Mier Manga, que este fue pensionado mediante la Resolución 146122 de 28 de octubre de 1993, y que quien demanda tiene derecho a la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes; y **iii)** de objeto o de pretensiones, se reconozca y pague la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, aunque el apoderado de la parte actora en su recurso de apelación indicó que ambos procesos tienen pretensiones disímiles, pues en el primero se petitionó el retroactivo pensional causado entre el 2004 y el 2016, y en el presente se solicitó la reactivación del pago de la pensión que había sido suspendido desde el año 2017, sin su autorización, lo cierto es que para ambos procesos debe verificarse si el señor Euclides Segundo Mier Manga dejó causado en favor de sus beneficiarios el derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, porque de no ser así, no habría lugar al retroactivo pensional ni a reanudar un pago de mesadas al que no se tiene derecho, aspecto último que, a no dudarlo, hace parte del retroactivo prestacional derivado del derecho pensional, así corresponda de otro periodo temporal y precisamente ello fue lo que se verificó en el proceso 2016-00016, el cual tiene sentencia ejecutoriada, en donde se analizó y se estableció que el señor Mier Manga NO dejó causado el derecho

reclamado en los términos exigidos por el Acta de Acuerdo del 20 de mayo de 1993, por ello no había derecho a una sustitución, pues no había prestación a sustituir, de tal suerte que, no podría pretenderse ahora, a través de este trámite, una reanudación de una mesada, cuando en el anterior proceso ya se examinó y se concluyó que la hoy demandante NO tiene derecho a la pensión deprecada.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que el derecho pensional del señor Euclides Segundo Mier Manga analizado a la luz de los requisitos exigidos por el Acta de Acuerdo del 20 de mayo de 1993, **es uno solo**, y que este no cumplió con el tiempo de servicio requerido por esa normatividad, frente a este puntual aspecto operó el fenómeno de la cosa juzgada, y por ello al no tener derecho a esa pensión, la misma no puede ser sustituida ni puede otorgarse una pensión de sobrevivientes con base en ello, ni mucho menos a la cancelación de retroactivo alguno o la reanudación del pago de mesadas.

Ahora bien, frente al argumento del recurso de apelación referente a que el procedimiento que debía adelantar la administración para revisar el acto administrativo de reconocimiento de la pensión al causante era el contemplado en el artículo 97 y siguiente del CPACA, y no lo establecido en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, ya la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3336-2022 de fecha 05 de septiembre de 2022, también consideró que la administración había obrado correctamente al aplicar el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, y que si la actora consideraba otra cosa, el control de legalidad de los actos administrativos era competencia del contencioso administrativo, y no de esta especialidad, por lo que esta Sala acoge dicho argumento en su integridad.

Y finalmente, respecto de que no podía hablarse de que al señor Euclides Segundo Mier Manga se le había realizado el reconocimiento de su pensión de jubilación de forma fraudulenta, porque ello no había sido definido dentro de un proceso o investigación penal, lo cierto es que la prestación de jubilación se reconoció sin el cumplimiento de los requisitos legales para ello como se concluyó en la investigación administrativa adelantada por la convocada a juicio, y por eso era viable la revocatoria de la prestación.

En conclusión, esta Sala declarará probada de oficio la excepción de cosa juzgada con fundamento en lo preceptuado en el artículo 282 del CGP, aplicable a los procesos

del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del CPTSS, que concede al juzgador la posibilidad de declarar probadas las excepciones que halle acreditadas, excepto la prescripción, compensación y nulidad relativa, que deben ser alegadas por la parte interesada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandante señora NUBIA ESTHER LUNA DE MIER, como quiera que su recurso de apelación no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

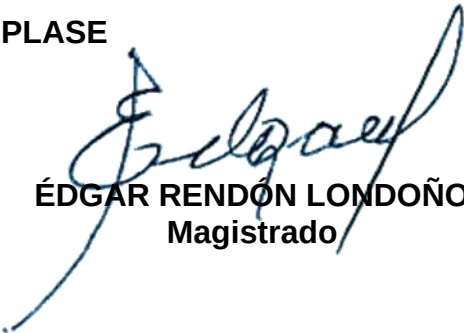
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la de la demandante señora NUBIA ESTHER LUNA DE MIER.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante señora NUBIA ESTHER LUNA DE MIER, la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105023201800624-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JORGE EDUARDO RUEDA OROZCO
DEMANDADO	- ARL COLMENA - EPS CRUZ BLANCA - AFP PORVENIR - JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ - ARROZAL Y CIA. S.C.A.
LLAMADA GARANTÍA	EN MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Jorge Eduardo Rueda Orozco** se declare que es una persona de especial protección por su estado de salud y edad; que su continuo deterioro de salud devino con posterioridad a un accidente laboral; que en la actualidad tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

En consecuencia se ordene, a la ARL COLMENA, EPS CRUZ BLANCA y PORVENIR continuar con el tratamiento de salud, a los pagos por concepto de incapacidades hasta tanto no se determine de manera definitiva la pérdida de capacidad laboral; que se ordene a las demandadas a realizar la correspondiente calificación para determinar el origen y pérdida de su capacidad laboral de manera integral; que se condene al pago de la pensión de invalidez a partir del momento de su pérdida de capacidad laboral, a la indexación e intereses corrientes y de mora, lo que

resulte probado ultra y extra petita y al pago de costas procesales (f° 2 a 3, carpeta 01 expediente digitalizado, carpeta 1ª inst).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 a 5, carpeta 01 expediente digitalizado, carpeta 1ª inst), señaló que, el 21 de febrero de 2013, ingresó a trabajar en la empresa el **ARROZAL Y CIA. S.C.A.**, para desarrollar el cargo de Auxiliar de Bodega a través de un contrato a término indefinido; que el día 8 de marzo de 2013, sufrió un accidente laboral dentro de las instalaciones de la empresa, el cual de manera oportuna fue reportado a la ARL.

Relató que, se encuentra diagnosticado con trastorno de disco lumbar y otros, radiculopatía y lumbago no especificado; que desde el 13 de marzo de 2013, a la fecha ha superado más de 1.000 días de incapacidad continua, sin que se le haya efectuado algún reconocimiento prestacional; que se encuentra en tratamientos continuos y permanentes sin fines curativos; que en diferentes conceptos dados por el grupo de rehabilitación, los diferentes especialistas han coincidido en que la recuperación de su estado de salud es prácticamente imposible.

Precisó que, su empleador ha dado cabal cumplimiento y viene efectuando los correspondientes aportes al Sistema General de Seguridad Social, asimismo ha radicado oportunamente los soportes para las incapacidades; no obstante, aún no han sido canceladas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** contestó (f° 148 a 193, carpeta 01 expediente digitalizado, carpeta 1ª inst), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el accidente laboral que tuvo el actor el día 8 de marzo de 2013, y las patologías que padece; respecto de las demás, dijo no ser ciertos algunos de ellos, y no constarle los restantes.

Propuso como excepciones de fondo, las de legalidad del dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez – dictamen No. 80440861-9822 del 23 de agosto de 2017, legalidad del dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación, competencia como calificador de segunda instancia- dictamen No. 8044086 del 22 de octubre de 2014, la variación de la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de

Calificación de Invalidez, competencia del Juez Laboral, buena fe y la innominada o genérica.

COLMENA SEGUROS contestó (f° 256 a 275, carpeta 01 expediente digitalizado, carpeta 1ª inst), igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el accidente laboral ocurrido al demandante y los diagnósticos médicos que padece; frente a los demás, manifestó no ser ciertos y no constarle. Como excepciones de mérito propuso, inexistencia de las obligaciones, falta de causa, prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

La **AFP PROTECCIÓN** contestó (f° 322 a 344, carpeta 01 expediente digitalizado, carpeta 1ª inst), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; respecto a los hechos, acepto que se ha pedido ante la entidad el reconocimiento de incapacidades, advirtiendo han sido reconocidas varias de ellas en cumplimiento a los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y el Juzgado Treinta y Ocho Penal Municipal; en relación con los demás, señaló no ser ciertos y no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, incumplimiento de requisitos legales por parte del actor, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

De otro lado, solicitó fuera llamada en garantía la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., petición que fue aceptada por el Juez mediante auto del 2 de junio de 2021 (f° 438, carpeta 01 expediente digitalizado, carpeta 1ª inst).

CRUZ BLANCA EPS contestó (f° 1 a 8, carpeta 02 anexos, carpeta 1ª inst, exp. Digital), solicitando sean negadas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo no constarle. Propuso como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contestó (f° 8, carpeta 02 anexos, carpeta 1ª inst, exp. Digital), igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos manifestó no constarle. Propuso como excepciones de mérito, las de imposibilidad del reconocimiento y pago de la suma adicional por parte de la aseguradora, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

La empresa **ARROZAL Y CIA. S.C.A.** contestó (f° 98 a 110, carpeta 02 anexos, carpeta 1ª inst, exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo ser cierto el reporte que realizó ante la ARL COLMENA del accidente laboral que sufrió el actor el 8 de marzo de 2013; que el señor Jorge Eduardo Rueda no presenta incapacidad desde abril de 2020; que no ha vuelto a laborar; precisó que ha reconocido de manera oportuna los salarios y prestaciones del actor; respecto de los demás hechos, dijo no ser ciertos.

Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la sociedad para entrar a reconocer la pensión de invalidez peticionada por la parte actora, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de derecho, genérica y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de junio de 2022 (carpetas 15 y 18, carpeta 1 instancia, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la AFP Porvenir S.A., el ARROZAL Y CIA. LTDA. (sic), CRUZ BLANCA EPS, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, COLMENA ARL y MAPFRE COLOMBIA DE VIDA SEGUROS S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto por JORGE EDUARDO RUEDA OROZCO.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones y falta de causa para pedir.

TERCERO: COSTAS lo serán a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas.

Como **fundamento de su decisión** sostuvo que, respecto a la pensión por invalidez, se debía tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1, de la ley 860 de 2003, que regulaban los requisitos para acceder a dicho beneficio; que al verificarse los mismos, se había aportado el dictamen No. 66763 expedido el 05/06/2014, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en la que únicamente se determinaba el origen de las patologías del demandante (trastorno disco lumbar y otros con radiculopatía, y lumbago no especificados), obedecían inicialmente a una enfermedad de origen profesional y posteriormente, al surtirse la apelación de la calificación por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen No. 8044086 del 22/10/2014, se determinó que su origen era común.

Relató que, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió un nuevo dictamen el 23 de agosto de 2017, con el número 80440861-9822, en el que se determinó una pérdida de capacidad laboral del 29,95% de origen común, estructurada el 19/01/2017; indicó que con el dictamen anterior, el promotor del litigio pretendía que se declarara una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, frente a lo cual, consideró que, aunque la Sala Laboral de la CSJ había declarado en la sentencia SL877- 2020, que este dictamen no era prueba solemne y que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la fecha de estructuración y el origen se podían determinar mediante otros medios de prueba, también debía tenerse en cuenta la sentencia SL1044-2019, en la que la misma Corporación había indicado que para determinar si el trabajador estaba realmente incapacitado, el juez debía basarse en lo establecido por expertos en el tema, especialmente para calcular el porcentaje de PCL.

Acotó que, para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, se debía seguir el procedimiento establecido en el Manual Único de Calificación emitido por el Gobierno Nacional, el cual exigía la verificación de aspectos técnicos y científicos que escapaban del conocimiento del Juez, excepto en casos evidentes o protuberantes; por lo tanto, si no se contaba con esto, no se podía señalar una PCL superior a la establecida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, siendo imperativo acudir a los medios técnicos, carga probatoria que le correspondía a la parte actora, sin que obrará dentro del expediente prueba alguna que ofreciera mayor grado de certeza y rigor para desvirtuar lo establecido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Concluyó que, si bien el demandante acreditaba 50 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la estructuración de la enfermedad, no se podía establecer una pérdida de capacidad superior al 50%, bajo ese entendido, no procedía la prestación solicitada.

En cuanto al pago de incapacidades, arguyó que, con el certificado expedido por Porvenir, se establecía que al señor Jorge Rueda se le habían efectuado pagos por subsidio de incapacidad de manera continua desde el 27/10/2015 al 13/09/2017, pagos que habían sido debidamente sufragados por dicho fondo; que dentro del plenario no obraba prueba que permitiera establecer la existencia de nuevas incapacidades que no hubieran sido cubiertas. Dijo que, el accionante en su interrogatorio de parte había señalado que durante el último año de vinculación estuvo desde su casa y que no acudió a un establecimiento de salud para obtener las incapacidades, dejando en claro que a pesar de estar en su casa, su empleador había cumplido con todas las obligaciones laborales; en consideración a ello, estableció el

Juez que no tenía elementos de juicio para determinar el pago de prestaciones económicas.

CONSULTA

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el *a quo* resolvió remitirla a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar lo siguiente: *i)* si el señor Jorge Eduardo cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez; y *ii)* si hay lugar al reconocimiento de incapacidades.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Jorge Eduardo Rueda estuvo vinculado laboralmente con la empresa **ARROZAL Y CIA. S.C.A.** ocupando el cargo de auxiliar de bodega (f°214, carpeta 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital); *ii)* que el actor tuvo un accidente laboral el día 8 de marzo de 2013, que fue reportado a la ARL COLMENA; *iii)* que mediante dictamen de fecha 22/10/2014, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se calificó el origen de la enfermedad como común; *iv)* que el 23 de agosto de 2017, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió un nuevo dictamen, en el que se determinaron los siguientes diagnósticos: trastorno de disco lumbar y otros como radiculopatía, lumbago no especificado y sacroilitis no clasificada en otra parte, con fecha de estructuración 19 de enero de 2017, de origen común y una pérdida de capacidad laboral del 29.95%; *v)* que mediante fallo de tutela de fecha 18 de abril de 2018, el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá amparó de manera transitoria sus derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social y mínimo vital, y ordenó a la AFP Porvenir el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general emitidas por Cruz Blanca EPS con posterioridad al dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, decisión que fue revocada por el Juzgado 14 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. el

26 de junio de 2018, quien ordenó el pago de dichas incapacidades pero a cargo de la EPS CRUZ BLANCA desde el **14 de septiembre de 2017** (carpeta 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Para definir la controversia, la Sala comienza por recordar que la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral tiene establecido que, por regla general, la norma llamada a regular este riesgo corresponde a la vigente para la data de estructuración de la invalidez, sobre el particular, en sentencia CSJ SL1813-2023, puntualizó:

Claro ello, la Sala recuerda, que tal como lo asentara el colegiado, el dispositivo legal que gobierna la prestación de que se trata, es el vigente para la fecha de estructuración de la minusvalía, que no es otro, para el caso bajo estudio, que el artículo 1 de la citada Ley 860 de 2003, que impone haber cotizado 50 semanas «dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración», toda vez que la pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %, se estructuró el 5 de mayo de 2017. Esta Corporación tiene dicho, que los aportes que sirven de base y deben ser contabilizados para otorgar la pensión de invalidez son los efectuados hasta la fecha de su estructuración, por ser esa la contingencia cierta que se busca proteger (CSJ SL3861-2019).

De ahí que, como bien lo determinó el a quo, la norma aplicable en este asunto, es el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el 39 de la Ley 100 de 1993, por ser la vigente al 19 de enero de 2017, fecha de estructuración, normativa que en lo pertinente reza:

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración ~~y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, ~~y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

[...]

En el caso bajo examen, es un hecho indiscutido que el promotor del proceso fue calificado con un 29.95% de pérdida de capacidad laboral, es decir, que no acredita el 50% requerido para acceder a la pensión de invalidez; en ese orden de ideas, pasa

la Sala a verificar si era deber del juez determinar un porcentaje mayor.

En este orden, como bien lo sostuvo el operador judicial de primer grado, dentro de las facultades de la libre formación del convencimiento, el juez cuenta con las facultades para examinar los hechos que rodean la calificación del estado de invalidez; no obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también ha enseñado que debe existir el apoyo del criterio médico científico a fin de establecer si el trabajador está realmente incapacitado o no, sobre la materia la alta Corporación en sentencia CSJ SL2558-2023, señaló:

Pues bien, recuerda la Sala que el juez laboral debe apoyar su decisión en los dictámenes emanados de las autoridades competentes, con observancia de todo su contenido informativo, pero también está dicho que ellos no constituyen prueba reina, definitiva e incuestionable en el marco del proceso ordinario (CSJ SL1035-2022).

*Lo anterior, por cuanto la autoridad judicial, dentro de sus facultades de libre formación del convencimiento, a partir de la valoración autónoma de la prueba, cuenta con la competencia y aptitud para examinar los hechos que rodean la calificación del estado de invalidez, a fin de resolver el conflicto, **sin que ello signifique que puedan dictaminar, de manera definitiva y sin el apoyo del criterio médico científico, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es el origen de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las deficiencias, discapacidades y minusvalías (CSJ SL1035-2022).***

Además, se ha dicho que al definir un asunto en el que se opongan diferentes conceptos científicos sobre el estado de salud de una persona, los jueces pueden soportar su decisión en el que les ofrezca mayor credibilidad y poder de convicción. Sobre este particular, se pueden consultar las sentencias CSJ SL4346-2020, SL2349-2021.

Siguiendo lo expuesto, nada impide que la valoración que realice el funcionario se sustente en criterios y conceptos científicos que no tengan la formalidad de un dictamen pericial y, por el contrario, sí se requiere que su contenido le brinde al juez todos los elementos de juicio que le aporten la convicción del estado de salud del demandante.

Se advierte además, que el convencimiento del juez en estos eventos puede provenir de documentos científicos, técnicos que tengan el conocimiento propio y la aplicación de las normas propias que regulan la materia, emitidas por parte de profesionales idóneos, lo cual le permita determinar el grado de invalidez o, deficiencia como sucede en este caso.

A juicio de la Sala, en estos eventos, las prescripciones del artículo 226 del CGP no son determinantes para la validez probatoria de este tipo de pruebas. Por las siguientes razones:

- i) El dictamen no es una prueba solemne. Y,*
- ii) Es que el juicio valorativo que se realiza en estos casos permite que, sin existir una tarifa legal, el funcionario pueda apoyar su decisión en los dictámenes obrantes en el proceso, con observancia de su contenido informativo y técnico, es así como el dictamen no constituye prueba definitiva e incuestionable en el marco del proceso ordinario. Ya en distintas oportunidades ha dicho la Sala que el juez en uso de sus facultades de libre formación del convencimiento, a partir de la valoración autónoma de la prueba, podía privilegiar la aclaración de dictámenes proferidos por facultades de medicina de distintas universidades, al respecto, se puede consultar CSJ SL3992-2019, SL2984-2020, SL513-2021 y SL2439-2021). (Subrayado y negrillas fuera del texto original).*

De otro lado, en sentencia CSJ SL1035-2022, la referida Corporación precisó que corresponde a la parte interesada aportar los dictámenes que pretenda hacer valer en su favor en las oportunidades procesales pertinentes, o solicitar ante el Juez la calificación de su pérdida de capacitada laboral a través de otras experticias, frente a lo cual dijo:

Huelga precisar que a partir de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, las partes deben aportar al proceso el dictamen que pretendan hacer valer en su favor en las oportunidades para solicitar la práctica de pruebas y la contradicción se surte en audiencia pública y/o mediante la aducción de otra experticia, y el juez los apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal como lo disponen los artículos 226 a 235 del CGP, aplicables al proceso laboral por así disponerlo el canon 145 del CPTSS.

Así las cosas, en el presente asunto tan solo se cuenta con el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 23 de agosto de 2017, sin que el actor hubiera solicitado en la etapa procesal pertinente una nueva calificación a fin de establecerse un porcentaje de pérdida de capacidad laboral mayor, como tampoco controvertió el dictamen aportado por la Junta Nacional, de manera que el Juez no incurrió en error alguno en ceñirse a lo dispuesto en el dictamen aportado al proceso, pues como bien se ha precisado cuenta con facultades de libre formación del convencimiento, frente a lo cual no encontró elementos de juicio que hicieran variar el porcentaje allí establecido, aunado a que para poder variar este debía basarse en el Manual Único de Calificación de Invalidez, tal y como lo establece el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, y con respaldo en criterios médico científicos, que brillan por su ausencia en el informativo.

De lo expuesto, se colige que el señor Jorge Eduardo Rueda Orozco no acredita el porcentaje de invalidez necesario para acceder a la prestación solicitada, de suerte que, sobre tal aspecto, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

Por otra parte, en cuanto al reconocimiento de incapacidades, según los documentos proporcionados por la AFP Porvenir S.A., se puede observar que la entidad las reconoció hasta el 15 de agosto de 2017, y que el empleador ARROZAL Y CIA. S.C.A. realizó aportes pensionales hasta diciembre de 2021 (carpeta 12, carpeta 1 instancia, exp. Digital). Del interrogatorio de parte rendido por el señor Jorge Eduardo el 14 de junio de 2022, allí en efecto confiesa que desde el 2021, dejó de trabajar para la empresa ARROZAL Y CIA. S.C.A.; que desde que comenzó la pandemia generada por el virus Covid 19, esto lo llevó a estar en casa y no se le volvieron a expedir incapacidades debido a que no volvió a asistir al médico; por

consiguiente, tal y como lo sustentó el sentenciador de primer grado no existe constancia que en la actualidad este por reconocerse emolumento alguno por dicho concepto.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia consultada.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

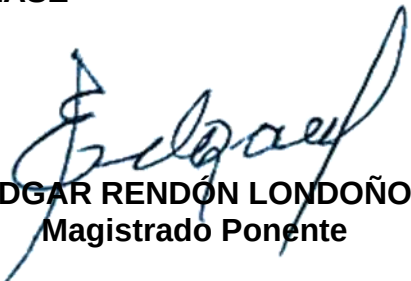
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105022201900762-02
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA CRISTINA PEÑA CASAS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL - SKANDIA

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María Cristina Peña Casas**, se **declare** la nulidad del traslado y de la afiliación con la AFP Colmena hoy AFP Protección, por cuando la misma contenía un vicio del consentimiento por error; que se declare que tiene derecho a que todos sus aportes sean trasladados al RPM junto con sus rendimientos. En consecuencia, se **condene** a la AFP OLD MUTUAL a trasladar los aportes efectuados ante el RAIS junto con sus rendimientos al RPM; que se ordene a Colpensiones a activar su afiliación en dicho régimen y recibir los aportes trasladados, al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 96 a 97, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 93 a 95, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 7 de diciembre de 1963; que se afilió al RAIS el 27 de agosto de 1986, con el empleador servicios médicos Colpatria; que se trasladó del RPM al RAIS a partir del 9 de mayo de 1994, con la AFP Colmena

hoy Protección S.A.; que antes de ser trasladada era beneficiaria del régimen de transición.

Narró que, entre lo cotizado en el RPM y el RAIS, acredita más de 1.406 semanas de cotización; que al momento del traslado de régimen pensional los asesores le manifestaron que en el RAIS tendría una cuantía de la pensión mucho mejor a la que le fuera reconocida en el ISS, sin que se le hiciera una proyección detallada sobre la mesada, también le señalaron que podía pensionarse a la edad que quisiera; que si al pasar un tiempo se aburría en dicho fondo podría solicitar la devolución de aportes y le aseguraron que el ISS se iba a acabar.

Relató que, el 13 de septiembre de 2001, se trasladó a la AFP Skandia donde actualmente se encuentra afiliada; que el 6 de mayo de 2019, solicitó ante la AFP Old Mutual que efectuará una simulación y cálculo probable de la pensión de vejez en dicho fondo y en el RPM; que posteriormente, a través de derecho de petición solicitó a Old Mutual fotocopia auténtica del formulario de afiliación y a Protección fotocopia de formulario de afiliación y traslado.

Señaló que, en respuesta a su petición Old Mutual realizó la simulación solicitada en donde le indicó que a los 57 años de edad, recibiría una mesada pensional \$4.641.000 en el RAIS y \$6.791.000 en el RPM; que el día 14 de junio de 2019, solicitó ante la AFP Protección la anulación de la afiliación y traslado por vicios del consentimiento; que el día 26 de junio de 2019, se dio respuesta a su petición en la que se le informó que no era posible anular la afiliación solicitada; que el día 10 de julio de 2019, efectuó reclamación ante Colpensiones, solicitud que también fue negada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 4, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, fecha de afiliación al RPM, petición radicada ante dicha entidad y respuesta; frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la actora, fecha de suscripción de formulario de afiliación y traslado a dicha AFP, petición formulada por la actora ante la entidad y respuesta; respecto de los demás hechos, manifestó no contarle los numerales 24 a 26, 29 y 30, respecto de los demás dijo no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP SKANDIA** contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó parcialmente el total de semanas cotizadas por la actora, fecha de suscripción de afiliación ante dicho fondo, petición y respuesta; en cuanto a los demás hechos, manifestó no constarle.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de fondo, Skandia no participó, ni intervino en el momento de selección del 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 fácticos de este proceso no son iguales a similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

De otro lado, solicitó se llamará en garantía a la asegurada Mapfre Colombia de Vida Seguros S.A., en virtud de los contratos de seguros previsionales suscritos con dicha entidad, petición que fue negada por parte del Juez mediante providencia del 1 de febrero de 2022, confirmada por esta Corporación a través de providencia del 29 de abril de 2022.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de mayo de 2023 (archivo 23 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARÍA CRISTINA PEÑA CASAS, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 09 de mayo de 1994. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTUAL S.A. fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Asimismo, se condena a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de OLD MUTUAL S.A. Y PROTECCION S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

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

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que el literal b) del artículo 13, de la Ley 100 de 1993, establece que la selección al régimen pensional debía ser libre y voluntaria por parte del afiliado; que a su turno, el artículo 114, del mismo estatuto normativo disponía los requisitos para el traslado y el artículo 271, contemplaba no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coartaban la libertad de la afiliación y selección, sino que además ordenaba dejar sin efectos la afiliación efectuada. Arguyó que, de otro lado, el Decreto 663 de 1993, vigente para el momento en que la actora realizó el traslado del régimen pensional había previsto en su numeral 1, artículo 97 la obligación que tenían las administradoras de suministrarles a sus usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado; que sobre el punto la Corte Suprema de Justicia

Sala Laboral mediante sentencia SL1688-2019, había consagrado que las administradoras de fondos de pensiones desde su fundación estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

Expresó que, de igual manera el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, disponía que las administradoras de fondos de pensiones privados estaban obligadas a prestar todos los servicios inherentes a esa calidad y que en ese sentido eran responsables de los perjuicios que por su culpa leve se les generaran a sus afiliados; que de la misma manera el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, había previsto que los promotores que empleasen las sociedades administradoras debían suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante la misma.

Indicó que, tal y como lo había expuesto la alta Corporación en sentencia SL3464-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, era la ineficacia, que igualmente dicha Corporación, mediante decisiones con radicados 31989 de 2008, SL19447-2017 y SL1421-2019, había explicado que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no solamente se restringía a una simple manifestación de la voluntad de quien decidía trasladarse de régimen, sino que debía estar ajustada a los parámetros de la libertad informada, lo cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario.

Precisó que, la Corte también había establecido que no importaba si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, si tenía o no una expectativa legítima, ya que para todos los casos debía cumplirse con el deber de informar como requisito sustancial. Adicionalmente, respecto de la carga de la prueba, señaló que en estos casos se invertía quedando en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, debiendo entonces la AFP demostrar suficientemente que había cumplido con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado.

Arguyó que, descendiendo al caso en concreto se encontraba demostrado que la demandante había efectuado el cambio de régimen con la AFP Colmena el día 9 de mayo de 1994, como también se apreciaba que el día 13 de septiembre de 2001, había realizado un cambio de fondo a la demandada Skandia; que conforme a las pruebas aportadas encontraba el despacho que la AFP Protección S.A. había incumplido el

deber procesal que le incumbía, esto es, que le hubiera brindado a la actora al momento del traslado una información, clara, cierta, comprensible y oportuna, de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, por lo cual debía declararse la ineficacia del traslado solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA S.A. sustentó el recurso de apelación respecto de la orden impuesta de trasladar a Colpensiones los gastos de administración y prima de seguros previsionales de manera indexada, ya que al declararse la ineficacia del traslado, esto conllevaba la devolución de unos recursos que se encontraban contemplados en la ley, como en el Decreto 3925 de 2008, que señala cuáles son esos emolumentos que debían trasladarse, que correspondían a los aportes realizados en la cuenta de ahorro individual y en el fondo de garantía de pensión mínima, pero no se especificaba que tenían que recaer sobre los gastos y primas objeto de condena.

Refirió que, la Ley 100 de 1993, otorgó una destinación precisa a ese 3% de gastos de administración, los cuales habían sido utilizados para la correcta gestión de la cuenta de ahorro individual de la demandante; por lo tanto, no existía un sustento de orden legal que contemplará la devolución de los emolumentos impuestos. Adicionalmente, señaló que la prima de seguros previsionales había sido pagada oportunamente a las aseguradoras respectivas para cubrir las posibles contingencias de invalidez o muerte, de manera que, no reposaban en poder de la entidad, aunado a que dentro de la demanda no se había solicitado lo ordenado por la Juez.

Agregó, que debía tenerse en cuenta que Skandia no había obrado de buena fe, sino en cumplimiento de lo ordenado por la ley, de tal manera no resultaba dable que fuera sancionada en dos oportunidades por el mismo hecho, es decir, tener que efectuar el traslado de los ahorros, gasto de administración y las primas de seguros previsionales y además que los mismos fueran indexados, por lo cual debía considerarse que los rendimientos compensaban la depreciación del poder adquisitivo de la moneda como lo había analizado el Tribunal Superior de Cali.

Finalmente, enfatizó que en estos casos procedía la excepción de prescripción respecto de los gastos de administración, toda vez que eran emolumentos de orden periódico y que no están destinados para cubrir la pensión de vejez de la demandante,

lo que también sucedía con los seguros previsionales, dado que esas primas prescribían en dos años.

COLPENSIONES argumentó su recurso señalando que no debía declararse la ineficacia del traslado en la medida que se pretendía dejar sin aplicación un acto que había sido válido y que generó efectos jurídicos, tanto así que la demandante había efectuado aportes al fondo privado y además de eso, realizado aportes voluntarios, todo esto con beneficio en la retención en la fuente.

Indicó que, teniendo en cuenta las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, así como las decisiones del Tribunal Superior de Bogotá donde se ha revocado la condena de declaratoria de ineficacia y traslado de régimen pensional, dichas Corporaciones han señalado el siguiente razonamiento: *«el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional, la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de la AFP indicando que es responsabilidad de estas últimas, razón por lo cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones del deber de información a un sujeto de derecho que como Colpensiones no intervino en la decisión de la afiliada al momento de entrar al RAIS, ni es responsable del deber de información que le impone la doble asesoría que solo se establece a partir del año 2014».*

Añadió que, no era posible condenarse a la entidad a recibir aportes que durante tantos años se habían efectuado en otro régimen y otorgar una pensión de vejez, pues la actora no había contribuido en el fondo común de pensiones, lo que conllevaría a la descapitalización del sistema como fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en sentencias C 1024 de 2004 y C 062 de 2010, además que se estaría premiando el desconocimiento de la Ley.

Por último, solicitó fuera exonerada de la condena en costas, comoquiera que la entidad negó el traslado de la actora con base en la normatividad vigente, que para el caso en concreto no lo permitía, al encontrarse en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aunado a que había sido un tercero de buena fe; que en caso de confirmarse la decisión se ordenará a las otras AFP reintegrar la totalidad de las cotizaciones conforme a la sentencia CSJ SL19595-2017.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Skandia S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., es ineficaz por falta de información, así como los traslados horizontales efectuados con posterioridad, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora María Cristina Peña Casas nació el 7 de diciembre de 1963 (f° 9, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculada al ISS en donde cotizó a pensión entre 27 de agosto de 1986, hasta el 24 de octubre de 1986, acumulando un total de 8,43 semanas de cotización de acuerdo a la historia laboral expedida por Colpensiones (f° 98, archivo 04 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **9 de mayo de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de formulario de vinculación con la AFP Colmena hoy Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de junio de 1994 (f° 24 y 27, archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), **iv)** que el 13 de septiembre de 2001, se trasladó a la AFP Skandia, entidad en la cual se encuentra vinculada actualmente (f° 82, archivo 06, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **v)** que de acuerdo a la liquidación del bono pensional y el formulario de afiliación, para el momento del traslado al RAIS se encontraba laborando para la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena, y efectuando aportes al ISS (f° 68 a 70, archivo 06, f° 44, archivo 08, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de

la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que*

aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado, sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**9 de mayo de 1994**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colmena hoy Protección suscrito el **9 de mayo de 1994**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la

persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que el traslado se torne ineficaz, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

De otra parte, cabe señalar que no es obligatorio para esta Sala de Decisión dar aplicación a sentencias proferidas por las otras Salas Laborales de este Tribunal o las Salas Laborales de los Tribunales del país, como lo pretende el recurrente, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante, máxime cuando el que aquí se acoge, es el vertido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud de que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Así, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, comoquiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la

devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que se despacharán desfavorablemente los reparos que al respecto formuló Skandia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

Por lo tanto, se hace necesario modificar y adicionar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección y Skandia – Old Mutual, a pagar con sus propios patrimonios, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que estuvo afiliada a esas administradoras, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio en tanto que, tiene que

recibir los aportes y demás emolumentos aquí ordenados; además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones y Skandia S.A., comoquiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR LOS NUMERALES SEGUNDO y TERCERO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFP Protección S.A. y Skandia – Old Mutual, a pagar con su propio patrimonio, los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones y Skandia – Old Mutual.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



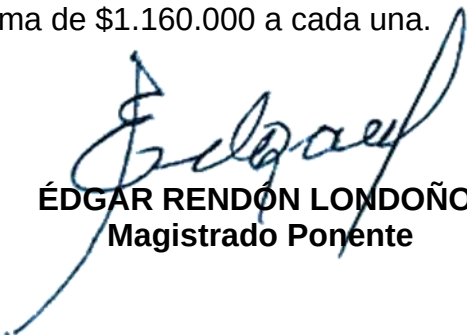
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Skandia Old Mutual, la suma de \$1.160.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105020201500101-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL – CULPA PATRONAL
DEMANDANTES	JANETH PÉREZ DURÁN en nombre propio y en representación de la menor MARIANA PÉREZ PÉREZ y MARÍA CAMILA PÉREZ PÉREZ
DEMANDADO	- PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA - CEMENTOS ARGOS S.A.
LITISCONSORCIO NECESARIO	- PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA - ETEX COLOMBIA S.A.S

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:
ANTECEDENTES

Pretende la señora **Janeth Pérez Durán** en nombre propio y en representación de sus dos hijas menores de edad se **declare**: i) que las empresas PriceWaterhouseCoopers Asesores Gerenciales LTDA y Cementos Argos S.A no entregaron elementos de protección personal adecuados al señor Miguel Antonio Pérez para el desempeño de sus labores; ii) que existe culpa patronal suficientemente comprobada de la primera como empleadora del señor Pérez y de la segunda en calidad de beneficiario de la obra, en la ocurrencia de la enfermedad que padeció el señor Miguel y que derivó en su muerte; y iii) solidariamente responsables a las demandadas por la indemnización plena de perjuicios por la enfermedad y posterior muerte del trabajador.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se **condene** a las empresas demandadas a pagarle una indemnización por concepto de daño emergente, lucro cesante, y por daños morales sufridos; y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 7 a 9 y 132-134, archivo 01, de la carp 1ª inst, exp. Digital), señaló en síntesis, que el señor Miguel Antonio Pérez laboró para PriceWaterhouseCoopers Asesores Gerenciales LTDA. desde el 1º de julio de 1982 hasta el 17 de abril de 1994, que desarrolló funciones de auditor y revisor fiscal en la empresa Cementos del Valle S.A hoy Cementos Argos S.A, la cual visitaba con regularidad; que pese a que estuvo expuesto a gran cantidad de partículas de asbesto en la cementera, la empleadora no le informó de los riesgos y daños a su salud como consecuencia a la exposición a este mineral; que no le suministraron los elementos necesarios de protección personal para cumplir sus funciones en la cementera de forma segura y sin riesgo alguno que afectara su salud al estar expuesto al asbesto.

Narró que, el 11 de noviembre de 2008, el señor Miguel fue diagnosticado con mesotelioma maligno de pleura con la siguiente descripción microscópica: «[...] *hay abundantes macrófagos descamados algunos pigmentos de antracosis, agregados linfoides peribronquiales, ocasionales cuerpos ferruginosos, de asbesto*», que el médico tratante les informó que esa enfermedad estaba directamente relacionada con el asbesto encontrándose en la biopsia filamentos de este material; que desde el mes de diciembre de 2008 hasta el 13 de junio de 2013, fecha de fallecimiento del señor Miguel, este se sometió a una serie de procedimientos no cubiertos por la EPS, que incluyeron entre otros: tratamiento en la ciudad de Houston (USA) junto con otro número de manejos médicos y fármacos no cubiertos por el plan de salud y certificados por la Fundación Santa Fe de Bogotá, Biomed Integral SAS, médicos particulares, entre otros.

Expuso que, la empresa DLM International S.A de la cual el causante era fundador y accionista, empezó a reflejar impactos negativos en sus utilidades debido a que pasó de 50 millones en el año 2009 a \$6.949.000 en el año 2011, esto a raíz de la enfermedad degenerativa y su prolongada hospitalización lo que le impidió desarrollar a plenitud sus labores en la misma; que el 2 de octubre de 2012 se evidenció progresión en su enfermedad por lo que se inició tratamiento de manejo del dolor con morfina; que en informe médico de la Fundación Santa Fe de Bogotá el 10 de enero de 2013, se estableció que el señor Miguel en razón de sus intensos dolores, debía iniciar el cuarto ciclo de tratamiento de quimioterapia y se recomendó un nuevo tratamiento en radioterapia III; que el 12 de junio de 2013 el señor Pérez debido al «*dolor y desasosiego*» fue sedado en la Fundación Santa Fe de Bogotá, donde al día siguiente falleció.

Señaló que, tanto ella como sus dos hijas una de 14 y otra de 17 años de edad, dependían económicamente del fallecido; que el 18 de septiembre de 2014, envió petición de solicitud de conciliación a PriceWaterhouseCoopers Asesores Gerenciales LTDA, respecto a los perjuicios materiales y morales derivados de la enfermedad y muerte del señor Pérez; que el 30 de diciembre de 2014, la mencionada empresa en comunicado

respondió que «*no es procedente atender su solicitud, dado que no existe ningún tipo de responsabilidad atribuible a PricewaterhouseCoopers*».

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La empresa **CEMENTOS ARGOS S.A** contestó (f.º 302 a 314 archivos 01, carp 1ª inst. exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el tiempo laborado por el fallecido para la empresa PriceWaterhouseCoopers Asesores Gerenciales LTDA. y la fecha de su fallecimiento; frente a los demás, indicó que no le constaban o que no eran ciertos por corresponder a terceros.

Aclaró que, el señor Miguel Antonio Pérez laboró al servicio de la demandada que era una firma de auditoría y revisoría fiscal externa, ejerciendo el cargo de auditor y revisor fiscal en más de 20 empresas, en diferentes regiones y ciudades del país y con objetos sociales diversos, como comercio, industria, almacenes de depósito, laboratorios farmacéuticos, cultivos de palma, ingeniería de obras, financieras, metalmecánica, entre otros, explicando que la auditoría contable y financiera practicada por el *de cujus* se hacía en las oficinas de la planta de Yumbo de Cementos Argos, y no en la planta de producción, además que este había culminado su vinculación en la firma como gerente de auditoría.

Explicó que, el asbesto no era materia prima ni se utilizaba en la fabricación del cemento, por manera que los daños causados a la salud del fallecido no fueron por causa de las visitas de trabajo por él realizadas a las oficinas de la planta de Yumbo de Cementos Argos, y que en caso de ir a la planta de producción se le había suministrado los elementos de protección adecuados, así como las medidas de higiene y seguridad industrial y salud ocupacional.

Propuso como excepción previa, la de prescripción y como perentorias las de inexistencia de obligación laboral, buena fe, cobro de lo no debido y pago.

La empresa **PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA** contestó (f.º 326 a 343 archivo 01, carp 1ª inst. exp. Digital) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que jamás tuvo una relación laboral con el fallecido. En cuanto a los hechos, indicó a todos que no eran ciertos o que no le constaban.

Recalcó que, su razón social es diferente e independiente a PriceWaterHouseCoopers LTDA, con la cual el señor Miguel Antonio Pérez sostuvo una

relación laboral; que no recibió ningún documento contentivo de solicitud de conciliación por perjuicios materiales y morales derivados de la enfermedad y muerte de la persona en mención, y como consecuencia a ello, no emitió respuesta alguna.

Propuso como excepción previa, la de falta de legitimación en la causa por pasiva, la que también presentó como de mérito, además, las de falta de título y causa, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, prescripción, buena fe y la genérica.

Mediante auto del 04 de agosto de 2015, el juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS en la etapa de saneamiento dispuso vincular en calidad de litisconsorcio necesario a la empresa PriceWaterhouseCoopers LTDA (f.º 499-500 archivo 01, carp 1ª inst. exp. Digital). Empresa que una vez notificada, contestó la demanda por medio de apoderado (f.º 567 a 601 archivo 01, carpa 1ª inst, exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. En cuanto a los hechos, indicó a la mayoría que no le constaban, por ir dirigido a la sociedad PriceWaterHouseCoopers Asesores Gerenciales LTDA.; sin embargo, aclaró que lo que le concierne a su defendida, el señor Pérez sí prestó sus servicios a esta, desde el 1º de julio de 1982, hasta el 17 de abril de 1994; que este desempeñó varios cargos en el área de auditoría, ejecutando diferentes funciones inherentes al desarrollo de los objetos contractuales suscritos entre esta y sus clientes, entre ellos Cementos Argos S.A.; por lo tanto, desestimó que el causante visitara con regularidad las instalaciones de esta última; que el señor Miguel Antonio no se encontraba expuesto a partículas de asbesto en el desempeño de sus funciones, tal y como él mismo se lo informó a su médico de confianza en la consulta del 10 de noviembre de 2008 en la Fundación Santa Fe de Bogotá, que consta dentro de la historia clínica, donde se reportó *«NO TIENE ANTECEDENTES DE EXPOSICIÓN AL ASBESTO»* y que había sido fumador por un período de 13 a 19 años para el momento de la consulta.

Informó que, las visitas que el señor Pérez realizó a la cementera Argos fueron esporádicas; que su labor se desarrolló en las oficinas de la Planta de Yumbo-Valle; sin embargo, cuando por alguna circunstancia excepcional hacía algún recorrido por la zona de producción, le fueron suministrados los elementos de protección adecuados como medida de prevención de enfermedades y accidentes durante su permanencia en la planta, así como medidas de higiene y seguridad industrial y salud ocupacional según lo afirma la cementera en la contestación de la demanda. Frente al diagnóstico, las condiciones médicas y la fecha de fallecimiento, indicó que no le constaban toda vez que eran hechos ajenos al conocimiento de su defendida, debido a que la historia clínica es un documento privado sometido a reserva y que sólo puede ser conocido por terceros por previa autorización del paciente o en casos previstos por la ley.

Propuso como excepción previa, la de falta de legitimación en la causa por pasiva, y de mérito las de cosa juzgada, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa de la parte actora, enriquecimiento sin causa, pago, compensación y la genérica.

Mediante auto del 03 de abril de 2019, el juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá dispuso vincular en calidad de litisconsorcio necesario a la empresa Skinco Colombit S.A. hoy Etex Colombia S.A. (f.º 140 archivo 02, carp 1ª inst. exp. Digital), la cual luego de notificada, por medio de apoderado allegó escrito de contestación de demanda (f.º 210 a 221 archivo 02, carp 1ª inst. exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones del escrito progenitor. En cuanto a los hechos, indicó que no le consta ninguno por estar dirigidos a terceros. Aclaró que el fallecido no prestó sus servicios personales a esa empresa.

Formuló como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de nexo causal (ausencia de la demostración de la exposición al factor de riesgo laboral- asbesto- por parte de esa empresa, inexistencia de pruebas que demuestren los elementos fundamentales del origen laboral de la patología, así como el daño consecuencial y los perjuicios derivados del presunto daño antijurídico, inexistencia de la obligación de pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, y cobro de lo no debido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de julio de 2021 (archivo 16-17 carp 1ª inst. exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las partes demandadas PriceWaterHouseCooper Asesores Gerenciales LTDA, Cementos Argos S.A., PriceWaterHouseCooper LTDA y ETEX Colombia S.A.S. de las pretensiones incoadas en su contra por Yanet Pérez Durán, Mariana Pérez Pérez y María Camila Pérez Pérez, conforme a las consideraciones de la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte vencida en juicio, es decir, la parte actora, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV.

TERCERO: De no ser apelada la presente decisión, remítase al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que la misma sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que la misma fue completamente adversa a los intereses de la parte actora, en este caso las herederas del causante

El a quo fijó como problema jurídico determinar la existencia de culpa patronal en las patologías acaecidas por el señor Miguel Antonio Pérez que finalmente derivaron en su muerte, y si como consecuencia de ello había lugar al reconocimiento de la

indemnización total y ordinaria de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST en favor de su cónyuge e hijas, junto con las demás condenas.

Señaló que, no era materia de discusión que el señor Miguel Antonio Pérez: *i)* había laborado para la empresa PriceWaterhouseCoopers LTDA a través de un contrato de trabajo entre el 1° de julio de 1982 y el 17 de abril de 1994, desempeñando como último cargo el de gerente del departamento de auditoría; y *ii)* falleció el 13 de junio de 2013.

Citó el artículo 216 del CST, e indicó que se entendía como enfermedad profesional aquella contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en la que el trabajador se ha visto obligado a prestar sus servicios. Advirtió que, en los casos de culpa patronal como consecuencia de una enfermedad, debía acreditarse el incumplimiento por parte del empleador en las obligaciones de protección y seguridad, es decir la culpa, la cual no era presumible, y esta debía ser exclusiva de este y no derivada de la conducta del trabajador.

Sostuvo que, el empleador para exonerarse de la culpa debía probar que fue diligente para prevenir o evitar la ocurrencia del accidente o enfermedad laboral; que debía demostrarse que el empleador faltó aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, según la definición de culpa leve que corresponde a los contratos celebrados en beneficio de las partes, y que la ocurrencia y calificación del origen del accidente de trabajo o la enfermedad profesional por parte de las instituciones de seguridad social o de la junta de calificación de invalidez y la culpa del empleador en el accidente o en la enfermedad profesional y /o el nexo de causalidad; y que esa carga de la prueba recaía sobre la parte actora.

Refirió que en este asunto no se encontraba acreditado que la enfermedad padecida por el señor Miguel Antonio Pérez esto es, mesotelioma maligno de pleura hubiese sido calificada como enfermedad laboral por parte de las entidades competentes para ello conforme la Ley 100 de 1993; pero que dado que en la demanda se le atribuía un origen laboral por haber estado expuesto el mismo a contaminantes de polvo o fibra de asbesto en la actividad que desarrolló como auditor y revisor fiscal durante sus visitas a la planta de cementos Argos S.A., revisaría si dicha exposición pudo desencadenar en la mencionada enfermedad.

Para ello acudió al dictamen pericial decretado por el despacho y rendido por el ingeniero industrial Hans Christian Rasmusen Escobedo especialista en salud ocupacional, al cual le daría valor probatorio al encontrar que sus valoraciones técnicas

o científicas se ajustaron a la historia clínica y condición médica real del señor Miguel Antonio Pérez, y a las calidades del perito, de esta prueba extrajo literalmente que:

El profesional en su ponencia señaló después de un análisis de los antecedentes médicos laborales que la mesotelioma está considerada por la ACGIH como de origen de exposición al asbesto o amianto y está clasificado como A1 confirmado como cancerígeno para humanos con un TLB o sea un valor límite permitido de 0.1 F sobre centímetros cúbicos para el año 2017, que epidemiológicamente el nexo entre el cáncer de pulmón y la exposición al asbesto es el principal factor de riesgo a este tipo de enfermedad, aunque existen otras interacciones como trastornos heredados, el medio ambiente, aire contaminado, susceptibilidad individual, concluye que la causa del mesotelioma se estableció como proveniente de la exposición al asbesto de la evidencia del mesotelioma, diagnosticado y confirmado por la biopsia, biopsia realizada al señor Miguel Antonio Pérez, en la cual a más de las células tumorales características también se observó fibras de asbesto como fue reportado por la sección de patología de la Fundación Santa fe al doctor Fidel Camacho en noviembre del año 2008.

Por lo anterior, es Claro, dice el perito, que el señor Pérez estuvo sometido a exposición directa o indirecta con asbesto de forma crónica y acumulativa en el tiempo, de manera que se pudo consolidar la enfermedad tumoral, esto debido a que la enfermedad aparece varios años después de haber estado expuesto el individuo a este factor de riesgo en particular.

Así mismo, indicó que, a su juicio, aunque las labores de revisor, fiscal y auditor no pueden ser consideradas como exposición ocupacional directa al asbesto, sí se pueden presentar exposiciones indirectas no profesionales. Se asume que el señor Pérez pudo estar expuesto a bajos niveles de polvo de asbesto durante sus visitas o inspecciones a las instalaciones en forma crónica y repetitiva. Este caso puede interpretarse como de exposición para profesional, es decir, exposición en áreas cercanas a operaciones o procesos con asbesto, próximo al sitio regular, en donde realiza sus actividades o por la difusión del polvo en la planta o en los sitios que requerían su actividad.

De lo anterior concluyó que, el mesotelioma maligno de pleura padecida por el fallecido era de origen laboral, porque existía una relación de causalidad entre la labor desarrollada como revisor fiscal y auditor, prestando sus servicios y/o a favor de la sociedad Cementos Argos SA y la presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo en el cual estuvo expuesto el trabajador.

No obstante, consideró que en este asunto no estaba probada la culpa del empleador en la ocurrencia de la enfermedad. Sostuvo que conforme el testimonio del señor César Trujillo ingeniero químico de Cementos Argos S.A., desde el 01 de diciembre de 1980, y hasta 2014, quien informó que conoce todo el proceso del cemento y que en este no se utiliza asbesto como materia prima; que la auditoría que realizaba el fallecido era a los libros de contabilidad y registro, y solo de forma esporádica asistió a campo; que Cementos Argos cumplió con la entrega de elementos de seguridad personal, como caretas respiratorias, protectores auditivos, gafas y casco conforme el reglamento.

Dijo que, los testigos Édgar Pedraza y Victoria Ferrero, fueron contestes en indicar que el señor Pérez se desempeñó como gerente del área de auditoría, pero inició como asistente, para lo cual manifestaron las funciones de cada cargo en el equipo de auditores; que en el caso del causante este desarrollaba sus labores de auditoría en la

sede administrativa de los clientes, que esas visitas eran básicamente 3 veces al año, porque quienes asistían a los inventarios físicos normalmente eran los asistentes; y que el fallecido fue asistente más o menos 3 años.

Igualmente, escuchó al señor Jorge Miguel Otero médico tratante del señor Pérez quien señaló que el mesotelioma maligno de la pleura es una enfermedad relacionada directamente con el asbesto por exposición a este; que la enfermedad dura 20 años en desarrollarse después de la exposición; que desconoce el componente químico del cemento y no tiene certeza si el asbesto se encuentra presente en el cemento, pero que si el fallecido desarrolló esa enfermedad fue porque estuvo expuesto a ese mineral fibroso.

Advirtió que, no se había demostrado negligencia por parte del empleador en el cuidado de su trabajador, pues este había cumplido con la obligación de la entrega de elementos de seguridad, como se indicaba en los testimonios, y no se evidencia una exposición permanente, pues quedó acreditado que los trabajos de campo fueron esporádicos, en consecuencia, absolvió de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La **PARTE DEMANDANTE** impetró recurso de apelación señalando que existió una relación laboral directa con PriceWaterhouseCoopers LTDA. la que funge como demandada principal y unas empresas secundarias en las que el fallecido prestaba sus servicios, siendo expuesto en estas últimas a riesgos, como el alegado, el asbesto.

Indicó que, el juez pese a encontrar probado que la enfermedad era de origen laboral, no declaró la culpa patronal, esto debido a que no tuvo en cuenta todas las pruebas allegadas al plenario, así por ejemplo, no se hizo mención a la vinculada ETEX a la cual el causante prestó servicios de auditoría a través de su empleadora conforme el certificado laboral emitido por esta última, empresa que utilizaba asbesto como materia prima para elaborar sus productos, y en contra de esta se han emitido varias sentencias por la utilización de ese mineral fibroso. Agregó que las auditorías físicas realizadas dependían de una «orden legal» o por ley debía hacerse por lo menos 2 veces al año, por lo que en éstas estuvo expuesto directamente al asbesto.

Sostuvo que, si bien en estos casos correspondía la carga de la prueba a la parte actora, existía algunos casos en que esta se podía invertir y que en ese asunto las demandadas no allegaron prueba alguna de que al fallecido se le hubiese entregado elementos de protección personal lo cual se hacer generalmente a través de una planilla,

pues la parte demandante no podía probar un hecho negativo. Añadió que bajo esos presupuestos estaba plenamente probada la culpa patronal.

PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA y **PRICEWATERCOOPERS LTDA** interpusieron recurso de apelación sobre la parte motiva de la providencia, frente a que se admitió que la enfermedad sufrida por el trabajador fallecido era de origen laboral, aspecto sobre el que el juzgador de instancia no tenía competencia, porque dentro de las pretensiones de la demanda esta no fue incluida, y tampoco fue materia de litigio, por lo que respecto de ese asunto no hubo debate probatorio, derecho de defensa ni de contradicción.

Sostuvo que, no existía ningún tipo de relación entre el tipo de actividad desarrollada por el señor Pérez y la enfermedad a él diagnosticada en el año 2008, razón por la cual, tampoco habría lugar a concluir que dicha patología podía adquirirse como consecuencia de la ejecución de alguna de sus funciones.

CEMENTOS ARGOS S.A de igual forma interpuso recurso de apelación de manera parcial con el fin de precaver cualquier contingencia, toda vez que en las pretensiones de la demanda no se avizoró ninguna declaratoria de que la enfermedad era de origen laboral, máxime que la fijación del litigio fue únicamente sobre si existía culpa patronal, además que en el proceso no había prueba de la declaratoria de enfermedad laboral por parte de las entidades competentes para ello. Por lo anterior, solicitó que se declare que no hay ninguna existencia de enfermedad laboral, toda vez que lo pretendido no era que se estableciera cuál era el origen del padecimiento que conllevó a la muerte al señor Pérez y menos aún sin ser la competente para determinarlo.

ETEX COLOMBIA S.A.S., instauró recurso de apelación de forma parcial frente a la parte motiva del fallo. Refirió que la calificación de la enfermedad como de origen laboral no había sido parte de las pretensiones de la demanda; que el perito ingeniero no era quien determinaba el nexo causal entre la enfermedad y la exposición, porque esto correspondía a un médico legal; que esa empresa si utilizaba asbesto en su cadena de producción pero nunca violó las normas, la cual es una de las bases fundamentales para establecer una culpa por negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglamentos; que las normas sobre el asbesto han sido progresivamente modificadas y que en ningún momento se superaron los límites permisibles normados.

Señaló que, no es posible predicar una culpa por violación de un reglamento que nunca se quebrantó, tampoco sobre una empresa que no fue empleadora y menos aún predicar que hubo una enfermedad laboral cuando fue un ingeniero quien lo calificó, porque esta no es la persona idónea para calificar el origen laboral de una patología.

Agregó que, el asbesto está en múltiples estructuras en todo el mundo, como por ejemplo los techos, así como también en filtros de cigarrillo, lo que resultaba pertinente porque el causante según su historia clínica fue fumador entre 13 y 19 años, por lo que no podría concluirse que la enfermedad fue por exposición laboral.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte demandante como por las empresas demandadas y vinculadas al proceso.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el recurso de alzada corresponde a esta Sala de decisión establecer: **i)** si existió culpa patronal por parte del empleador PriceWaterHouseCoopers LTDA en la enfermedad mesotelioma maligno de pleura diagnosticada al señor Miguel Antonio Pérez; **ii)** en caso de ser afirmativa la respuesta, se analizará si las demandantes tienen derecho a la indemnización total y ordinaria por perjuicios solicitada en el escrito introductor; y **iii)** si Cementos Argos S.A, y/o Etex Colombia S.A.S., deben responder solidariamente por las condenas impuestas.

No es objeto de discusión en el presente asunto los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Miguel Antonio Pérez y la empresa PriceWaterHouseCoopers LTDA celebraron un contrato de trabajo que se ejecutó entre el 1° de julio de 1982 y el 17 de abril de 1994; **ii)** que fue diagnosticado con mesotelioma maligno de pleura y, posteriormente, el 13 de junio de 2013, falleció a causa de este (f.º 49 archivo 01, carp 1ª inst, exp digital); y **iii)** la demandante Janeth Pérez Durán es su cónyuge y que procrearos dos hijas M.P.P y M.C.P.P., las que también impetraron esta demanda (f.º 50-53 archivo 01, carp 1ª inst, exp digital).

DE LA CULPA PATRONAL

Señala el artículo 216 del CST que *«cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios»*. En ese sentido se ha determinado que la culpa a que se refiere la norma es la culpa **leve** porque allí no se calificó la expresión culpa.

Así, lo ha precisado de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puntualmente en la sentencia CSJ SL, 26 feb. 2004, rad. 22175 reiterada en CSJ SL, 15 mar. 2005, rad. 23489, en la que explicó:

*Desde antaño esta Sala de Casación Laboral ha sostenido el criterio de que la responsabilidad que origina la obligación de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, para efectos de determinar el grado de la culpa es de naturaleza contractual, pues se trata de la culpa de un contratante que en virtud de la ejecución de un contrato laboral le causa un perjuicio al otro contratante; y esta conclusión lleva a que deba acudirse a las disposiciones que en materia civil regulan la culpa contractual, para colegir que por ser el contrato laboral oneroso, **en caso de culpa patronal se responde hasta por la culpa leve.***

Conforme lo anterior, la culpa leve de acuerdo con el artículo 63 del CC, es: «la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano». En ese sentido la Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que la falta de diligencia o cuidado ordinario o mediano por parte del empleador es fuente de culpa en la ocurrencia del infortunio laboral (CSJ SL261-2019).

Por otro lado, la regla general para que se imponga el pago de una indemnización plena de perjuicios por accidentes laborales o enfermedades profesionales, en los términos del artículo 216 del CST, es que le incumbe a la parte demandante acreditar el comportamiento culposo o la negligencia del empleador.

Y ante el incumplimiento de los deberes de protección y seguridad, por no adoptar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, encaminadas a evitar que el trabajador sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos laborales, el empleador debe responder por los daños y reconocer los perjuicios morales y materiales que se ocasionen a su empleado o a sus causahabientes (CSJ SL2206 -2019).

En estos eventos, si el empresario pretende desvirtuar su responsabilidad, debe demostrar que actuó con la debida diligencia y cuidado en los términos del artículo 1604 del Código Civil, o acreditar que operó una causal eximente de la misma en los términos del artículo 1757 ibídem.

De igual forma, ha precisado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que en los casos en los que la parte actora denuncia un comportamiento omisivo respecto de las obligaciones de protección y seguridad, se invierte la carga de la prueba, y es el patrono quien tiene el deber de demostrar que en su actuar mediaron la debida diligencia y cuidado para garantizar la salud y la integridad del trabajador frente a los

riesgos laborales (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019, CSJ SL2168-2019, CSJ SL2336-2020 y CSJ SL5154-2020).

Ahora bien, como se expuso por esa misma Corporación en la sentencia CSJ SL13653-2015, esto no significa que sea suficiente para el trabajador o sus beneficiarios alegar el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección para «*desligarse de cualquier carga probatoria*», puesto que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva, sino que para que opere el desplazamiento de ese deber procesal, se deben demostrar las circunstancias concretas en que ocurrió el accidente o se gestó la enfermedad y el nexo de causalidad entre el infortunio o la afectación de la salud del subordinado y la conducta omisiva del empleador.

Asimismo, ese alto Tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en la providencia CSJ SL2206-2019 sobre el particular se explicó:

*Recuerda esta Sala, que para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de la **ocurrencia del riesgo**, accidente de trabajo o **enfermedad profesional**, debe encontrarse la **culpa suficientemente comprobada del empleador**, responsabilidad de naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos laborales.*

Y en sentencia CSJ SL2336-2020 se indicó:

*[...] la causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, a más de ser un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, **nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él**.*

Bajo los anteriores postulados entra la Sala a verificar si la parte demandante cumplió con la carga de la prueba que le correspondía, esto es, si probó **primero**, las circunstancias en que se desarrolló o se gestó la enfermedad mesotelioma maligno de pleura diagnosticada al señor Miguel Antonio Pérez, la cual se advierte no esta calificada como de origen laboral; y **segundo**, si la causa de dicho infortunio fue la conducta activa u omisiva del empleador.

Señala la parte actora que el señor Miguel Antonio Pérez laboró para la empresa PriceWaterHouseCoopers LTDA por espacio de 12 años entre 1982 y 1994; que allí ejercía funciones de auditor y revisor fiscal a las empresas clientes de su empleador, como por ejemplo, Cementos del Valle S.A., hoy Cementos Argos S.A., y Skinco Colombit S.A., hoy Etex Colombia S.A. vinculadas al proceso, que éstas últimas utilizaban en su

cadena de producción asbesto; que el señor Pérez el 11 de noviembre de 2008, se le diagnosticó mesotelioma maligno de pleura, enfermedad directamente relacionada con el asbesto, material que se encontró en la biopsia realizada a este, que esa enfermedad avanzó hasta que finalmente le causó la muerte el 13 de junio de 2013.

Entonces, frente al primer aspecto que debía probar la parte actora, encontramos certificación laboral emitida por el empleador PriceWaterHouseCoopers LTDA., donde hace constar los cargos y funciones desempeñadas por el señor Pérez en el departamento de auditoría durante toda la relación laboral, encontrando que este fue:

1. Asistente	01/07/1982 a 30/06/1984
2. Asistente A	01/07/1984 (no se encontró fecha)
3. Encargado B	no se encontró fecha
4. Encargado C	no se encontró fecha
5. Senior de auditoria	14/04/1986 a 30/06/1989
6. Gerente	01/07/1989 a 17/04/1994

En los cargos referidos, se certificaron las siguientes funciones:

Las funciones principales de los cargos que ocupó el Sr. Pérez se relacionan a continuación.

Cargo: Asistente (Incluye Asistente y Asistente A)

- Elaborar papeles de trabajo, de acuerdo con las instrucciones recibidas de parte del senior o gerente.
- Revisar la documentación soporte.
- Colaborar con la elaboración de informes propios de auditoría derivados del trabajo desarrollado, tales como cartas de recomendación de control interno.
- Entregar el trabajo en los tiempos establecidos.
- Apoyar en procesos de inventarios.
- Enviar de reporte de tiempo en las fechas establecidas.
- Aplica la metodología de la Firma.
- Efectuar revisiones de control interno.
- Analizar y evaluar los procesos de control interno, según procedimientos definidos por las compañías.
- Colaborar en la elaboración de oportunidades mejora evidenciadas en la auditoría, aportando información y antecedentes del trabajo realizado.
- Realizar arqueos de caja y toma de inventarios, de acuerdo a las instrucciones informadas y programas de auditoría.
- Apoyo y Realización de Inventarios en la planta de los clientes una vez al año y máximo ocho horas.
- Realizar seguimientos a los requerimientos de información para poder culminar los objetivos de cada prueba de Auditoría.

Cargo: Encargado (Incluye Encargado B y C)

- Elaborar programas de auditoría y cuestionarios para apoyar a los clientes de acuerdo a lo auditado.
- Ejecutar los procedimientos de auditorías de acuerdo al programa y área examinada.
- Estructurar papeles de trabajo de las auditorías ejecutadas.
- Informar los resultados obtenidos mediante las respectivas auditorías.
- Formular recomendaciones para fortalecer al cliente y tener control sobre posibles riesgos.
- Cumplir con las normas de auditoría y de auditoría Externa o revisoría fiscal.
- Estructuración de hallazgos de auditoría acorde con el tipo de pruebas que se realice.
- Elaborar y discutir borradores de informe.
- Dar seguimiento a las auditorías y elaborar notas de antecedentes.
- Documentar de manera oportuna los trabajos asignados de acuerdo con las políticas de calidad de la Firma y dentro del tiempo establecido, realizando una auto revisión del trabajo antes de la revisión por parte del Senior.
- Reportar oportunamente las situaciones de hallazgo al Senior ó gerente del Compromiso, preparando las recomendaciones al respecto.
- Seguimiento a las recomendaciones y observaciones emitidas producto de los Informes de Auditoría emitidos.
- Asegurar el adecuado cierre de los papeles de trabajo.

Cargo: Senior de Auditoría

- Evaluar los factores de riesgo, la respuesta de la gerencia y el enfoque de auditoría, así como otros asuntos resultantes de la evaluación de aceptación y continuidad.
- Asegurarse que los pasos de auditoría sean revisados por los miembros del equipo y de que la documentación cumpla con las normas de PwC.
- Realizar pruebas analíticas de riesgo.
- Contribuir con el desarrollo de la estrategia de la auditoría y de respuestas a los asuntos importantes y áreas clave identificadas.
- Coordinar y participar activamente en las reuniones de indagación establecidas con el cliente con el fin de identificar controles clave que soporten los riesgos identificados en la planeación.
- Una vez realizado el proceso de entendimiento y evaluación de controles, evaluar los resultados del proceso con el fin de evaluar conjuntamente con el Gerente y socio la definición de controles clave y pruebas sustantivas como respuesta de auditoría.
- Terminar el programa de auditoría adecuadamente, documentando los procedimientos realizados, el registro del trabajo realizado y los comentarios acerca de los hallazgos o asuntos detectados durante el desarrollo de los procedimientos.
- Supervisar la aplicación de la normativa nacional vigente en los temas relacionados con la auditoría.
- Mantener informado y actualizado al equipo de trabajo en relación con normatividad financiera, jurídica y en general aplicable a cada cliente en pro del desarrollo del proyecto.
- Realizar una primera revisión del informe del auditor, para que sea revisada por el gerente y/o líder del equipo en consideración de las normas de auditoría internacional y/o local aplicables.
- Asegurar el adecuado cierre de los papeles de trabajo de la auditoría (marcas de auditoría sobre los papeles, cruce entre planillas y el índice), en la fecha de la firma y cierre de la auditoría.
- Participar activamente en las reuniones del avance de la auditoría con las áreas de apoyo /Impuestos - Cambios - Aduanas – auditoría de sistemas y especialistas, entre otros.
- Llevar el control y hacer la gestión para obtener el resultado del trabajo de las áreas de apoyo.
- Revisar y realizar planes de acción sobre los resultados del trabajo de los especialistas.

Cargo: Gerente

- Gerencia a los proyectos de auditoría desde su fase de planificación hasta su fase de finalización. Esto incluye definición de estrategias de auditoría, coordinación de labores con otras áreas apoyo de la auditoría, coordinación de las visitas de auditoría con el cliente, realizar visitas al cliente para sostener reuniones, entre otros.
- Elaboración de presupuestos de los proyectos y seguimiento del mismos, este presupuesto debe ser discutido y acordado con el cliente así como con las otras áreas de apoyo.
- Realizar negociación de honorarios, labor comercial, consecución del cliente, trabajar en coordinación con otros gerentes de otras líneas para prestar servicios integrales y propuestas conjuntas. Incluye la coordinación de la prestación y ejecución del servicio, relacionamiento con el cliente, facturación oportuna, seguimiento a la cartera, y manejo de información estadística de los proyectos en cuanto a tiempo invertido, categorías, etc..
- Identificar y solicitar apoyo a especialistas (tributarios, aduanas, cambios, etc.) en aquellos casos que el cliente le solicite apoyo.
- Analizar temas de auditoría y mantener al socio de auditoría informado acerca de los temas importantes que surgen en la auditoría.
- Ser la "cara" frente al cliente y estar atento a demandas y solicitudes, dentro de esto podemos mencionar: Revisión de declaraciones tributarias; Preparación de certificaciones para terceros; Guía en temas técnicos consultados por el cliente relacionados con la auditoría (contables, legales, tributarios, etc.).

Todas estas funciones son efectuadas bajo la supervisión directa del Gerente Líder y/o Socio a cargo de la línea de servicio del Departamento de Auditoría.

Igualmente, la empleadora certificó lo siguiente:

A QUIEN PUEDA INTERESAR:

Certificamos que el señor Miguel Antonio Pérez, identificado con Cédula de Ciudadanía N° 16.614.425 de Cali, fue funcionario de nuestra Firma desde el 1° de julio de 1982 hasta el 17 de abril de 1994 y su último cargo ocupado fue de Gerente en nuestro Departamento de Auditoría.

Durante su permanencia en la Firma el señor Pérez participó en actividades de auditoría y revisoría fiscal en diferentes clientes de la Firma entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

Almacénar S. A., Amierad Betong Vegförbatringar – ABV, Cámara de Comercio de Bogotá, Cementos del Valle S.A., Ciba Geigy de Colombia S.A., Colombit S.A., Colsubsidio, Colombia Tri Star of Colombia Inc., Compañía Química Borden S.A., Consorcio de Obras de Ingeniería, Corporación Financiera del Valle S.A., Desarrollo de Industrias DICSA, Distribuidora Acerías Paz del Río, Eli – Lilly Interamericana, Inc., Acerías Paz del Río, Fábrica Colombiana de Tornillos y Remaches Gutemberg Ltda., Facomec S.A., Federación de Cooperativas del Cauca, Fondo de Empleados de Colsubsidio, Leasing Santander, Legis Editores S.A., Legislación Económica S.A., Magdalena Oil Company, NCR de Colombia S.A., Productora de Gelatina S.A., Propal S.A., Sony Music Entertainment S.A., SPIE Capag de Colombia, Techint International Construction Corp., Transejes S.A., Unipalma S.A., Sucromiles S.A.,

Atentamente,

Cabe resaltar, que no se aportó prueba de las visitas que realizó el señor Pérez en calidad de trabajador de la firma auditora PriceWaterHouseCoopers LTDA. a las empresas clientes Cementos del Valle S.A., hoy Cementos Argos S.A., y Skinco Colombit S.A., hoy Etex Colombia S.A.

En cuanto a la enfermedad mesotelioma maligno de pleura, se aportó historia clínica (f.º 57-87 archivo 01, carp 1ª inst, exp digital), dentro de la cual se encuentra resultado de la biopsia que arrojó entre otras cosas, presencia de partículas de asbesto; que fue «*fumador de 13 a 19 años, tabaco ocasional*», y que «*no tiene antecedentes de exposición al asbesto*».

Según concepto emitido a petición de la demandante por parte del Ministerio de Salud y Protección Social con radicado 201431300794151 de fecha 04 de junio de 2014 (f.º 108-112 archivo 01, carp 1ª inst, exp digital):

En Colombia, los registros de mortalidad del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas-DANE – y del instituto nacional de cancerología - INC, no permiten establecer como causa de muerte la exposición al asbesto, solo muertes por cáncer.

Es importante mencionar que con respecto a los muertes por asbesto, se informa que las muertes registradas para el año 2011 por el DANE como causa básica "Tumor Maligno de la Tráquea, los bronquios y el pulmón" se presentaron 3.963 casos¹ en el país. Es de aclarar que este tipo de registro no permite establecer como causa de muerte la exposición a un determinado factor de riesgo, La estadística de cáncer no permite discriminar el cáncer de pulmón y mesotelioma asociado a exposición al asbesto. Adicionalmente, el cáncer de pulmón es generado por múltiples causas; así la evidencia científica reporta que entre el 1 al 40% de todas las muertes por cáncer de pulmón son atribuidas a la exposición por 3 a 5 años a asbesto^{2,3} en comparación con el 71% atribuidas al consumo de tabaco⁴.

Así mismo, de acuerdo al registro de cáncer, del Instituto Nacional de Cancerología para el año 2010 se reportaron 10 casos de cáncer de pleura de los cuales 7 corresponden a mesotelioma sin determinar el asocio con la exposición a asbesto.

Sumado a lo anterior, se tiene que el juez de instancia decretó como prueba un dictamen pericial con el fin de establecer «*la exposición al factor de riesgo por parte del causante Miguel Antonio Pérez declarado en la demanda, como exposición a fibras de asbesto, el nexo causal con la patología diagnosticada como cáncer de pulmón o fibrosis pulmonar y los eventuales perjuicios causados al causante*». El cual fue rendido el 10 de

octubre de 2016, por la Universidad Nacional de Colombia ingeniero Ignacio Alberto Rodríguez Arévalo, quien informó (f.º 666-667 archivo 01, carp 1ª inst, exp digital):

1. No se encuentran evidencias objetivas relacionadas con los aspectos causales de la presunta enfermedad laboral, es decir, Historia Clínica Ocupacional del Trabajador donde se pueda evidenciar en el examen ocupacional de ingreso algún indicio de la patología.
2. En lo que respecta a la presunta a la exposición ocupacional a fibras de asbesto en su oficio como revisor Fiscal, no se evidencia si en el proceso de fabricación del cemento, en épocas anteriores le adicionaran fibra de asbesto.
3. En cuanto a la concentración de fibras de asbesto en los lugares de trabajo, no aportan estudios de higiene ocupacional de la época, para poder determinar las concentraciones de material particulado en los lugares de trabajo, este factor es determinante ya que deben existir estudios ambientales al respecto y deben ser aportados al proceso.
4. En lo que respecta a los elementos de protección personal presuntamente suministrados al trabajador, es importante solicitar las evidencias de entrega de los mismos, con el fin de constatar si la calidad de las mascarillas y respiradores, corresponden a la naturaleza del agente de riesgo en el lugar de trabajo, e igualmente, es necesario que adjunten los registros de capacitación y entrenamiento para evidenciar si a los trabajadores se les notificaba los riesgos ocupacionales a los que se exponen en sus lugares de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior y estudiada la audiencia del 16 de Abril de 2016 y el oficio entregado manifiesto que no se cuenta con suficientes elementos de juicio para determinar si el Mesotelioma desarrollado en el señor Miguel Antonio Pérez es de origen ocupacional o de origen común.

Cordial saludo,

El *a quo* mediante auto del 24 de abril de 2018, designó nuevo perito para rendir dictamen pericial, el cual fue rendido el 25 de agosto de 2018, por el experto Hans Christian Rasmussen Escobedo, quien es ingeniero industrial, con tres especialidades, una en seguridad e higiene, otra en salud ocupacional, otra en ingeniería ambiental y experto en seguridad industrial, en donde básicamente se explicó (f.º 36-72 archivo 02, carp 1ª inst, exp digital):

- El asbesto en todas sus formas de existencia es cancerígeno para el cuerpo humano, entre las principales enfermedades que produce se encuentra la mesotelioma y cáncer pulmonar, con un tiempo de latencia que puede incluso superar los 30 años.
- Que incluso antes del inicio de la relación laboral con la empresa PriceWaterHouseCoopers LTDA en Colombia ya eran conocidos los daños a la salud ocasionados por la exposición al asbesto, sin embargo, al señor Pérez no se le informó sobre ese riesgo.
- Que los trabajadores expuestos al asbesto deben contar con todas las medidas de protección para garantizar la protección de su salud.
- Que la empleadora no informó sobre el riesgo del asbesto, ni proporcionó los elementos adecuados de protección al señor Pérez, por ende, era directamente responsable de los perjuicios causados y generados por la omisión en la entrega de estos, lo que generó y desarrolló la enfermedad.
- Que en la biopsia realizada al señor Pérez se encontró filamentos de asbesto en sus pulmones.
- *«Es claro que el señor Pérez estuvo sometido a exposición directa o indirecta con asbesto, de forma crónica y acumulativa en el tiempo, de manera que se pudo consolidar la enfermedad tumoral».*
- *«Por tal motivo resulta claro que la responsabilidad de la enfermedad profesional generada por el*

ingreso de filamentos de asbesto en sus pulmones ocurrió por culpa de PriceWaterHouseCoopers, toda vez que no tomó precaución alguna para proteger la seguridad del señor Miguel Antonio Pérez, ya que, al enviarlo a sitios de alto riesgo de exposición al asbesto, resulta inadmisibile que no se tomaran las medidas preventivas que garantizara su seguridad y salud».

- Que el asbesto era utilizado por las cementeras para lograr que dicho producto tuviese mayor longevidad.
 - Que el hecho de haber encontrado asbesto en la biopsia del señor Pérez hacia «**presumir**» que la enfermedad se desarrolló por la exposición a dicha sustancia en el trabajo.
 - Que tanto el empleador como Cementos del Valle S.A., hoy Cementos Argos S.A., debieron verificar que el señor Pérez usara los elementos de protección para ese riesgo al momento de prestar sus servicios en las instalaciones de la segunda.
 - Que el origen de la enfermedad podía provenir de factores ambientales o de exposición laboral directa o indirecta:
- Factores ambientales: puede provenir de la calidad del aire que se respira -inhalación de fibras de asbesto suspendidas- afecta principalmente a las personas que viven cerca de centros industriales, minería, extracción o planta que utilizan asbesto como materia prima, ejemplo la población de Sibaté Cundinamarca por su cercanía a la planta de Eternit.

Que para establecer este factor en el caso del señor Pérez era necesario conocer su entorno familiar y residencial como fuente de exposición primaria desde 1982, lo que implicaría que otros miembros de su familia estuvieran potencialmente afectados.

- Factor ocupacional: indicó que el señor Pérez laboró durante 12 años como Auditor y revisor fiscal, desarrollando labores en forma presencial y regular en las instalaciones de planta y en diferentes obras de construcción de Cementos del Valle S.A., hoy Cementos Argos S.A., lo que según la demanda generó la exposición al asbesto. Por lo que el perito afirmó:

*«a mi juicio, aunque las labores de revisor fiscal y auditor no pueden ser consideradas como exposición ocupacional directa al asbesto, si se pueden presentar exposiciones indirectas no profesionales. Se **asume** que el señor Pérez pudo estar expuesto a bajos niveles de polvo de asbesto durante sus visitas o inspecciones a las instalaciones, en forma crónica y repetitiva. Este caso puede interpretarse como de exposición paraprofesional, es decir, exposiciones en áreas cercanas a operaciones o procesos con asbesto, próximos al sitio regular en donde realiza sus actividades, o por difusión del polvo en la planta o en los sitios que requerían su actividad.*

Tal como lo solicita el señor juez, de poder establecer claramente el riesgo laboral de la exposición al asbesto (directo o indirecto), en los periodos de revisoría y auditoría realizados por el señor Prez en la planta de Cementos del Valle, es imperativo conocer claramente como operaba Cementos del Valle en los años 80 y 90, determinar los productos que fabricaba y comercializaba, que se presenten a consideración las especificaciones técnicas de sus operaciones, el registro de material primas utilizadas y todos aquellos datos que permiten establecer la presencia o ausencia del asbesto en la planta y obras que esta firma adelantaba».

De otro lado el Decreto 1477 de 2014, por el cual se expide la tabla de enfermedades laborales al respecto, señaló:

AGENTES QUÍMICOS		
AGENTES ETIOLÓGICOS / FACTORES DE RIESGO OCUPACIONAL	OCUPACIONES / INDUSTRIAS El listado de ocupaciones e industrias no es exhaustivo. Se mencionan las más representativas, pero pueden existir otras circunstancias de exposición ocupacional.	ENFERMEDADES
Asbesto	- Todos los trabajadores que se expongan por su trabajo a estos materiales durante la extracción, producción, molido, separación y utilización del agente específico, tales como: - Trabajadores de las minas, túneles, canteras. - Industria textil en la fabricación de prendas incombustibles. - Cemento. - Industria naviera. - Fabricación de partes automotrices, materiales de aislamiento y operaciones de pulido y tallado.	➤ Neoplasia maligna de estómago (C16) ➤ Neoplasia maligna de laringe (C32) ➤ Neoplasia maligna de bronquios y de pulmón (C34) ➤ Mesotelioma de pleura (C45.0) ➤ Mesotelioma de peritoneo (C45.1) ➤ Mesotelioma de pericardio (C45.2) ➤ Placas epicárdicas (I31.8) ➤ Asbestosis (J60) ➤ Derrame pleural (J90) ➤ Placas pleurales (J92)

Y en las enfermedades directas indicó:

Mesotelioma maligno por exposición a asbesto	C45	Asbesto	Trabajadores expuestos a fibras de asbesto en procesos de explotación de asbesto (minería de asbesto para procesos de extracción, transformación, clasificación y embalaje, residuos mineros) o en otras minas donde existan rocas asbestiformes (como contaminante); en el uso de fibras de asbesto para la fabricación de productos de asbesto-cemento, materiales de fricción (pisos, embragues, pastillas para frenos), telas resistentes a la ignición; en la aplicación y mantenimiento de material aislante térmico o acústico que contenga asbesto (tubos, motores, calderas, edificios, etc); en la remoción de tejas de asbesto-cemento, material de aislamiento que contenga asbesto, en talleres para frenos que contengan asbesto; en transporte de materia prima de fibras de asbesto; aditivos para pinturas, resinas o plásticos.

Conforme lo anterior, se tiene que el mesotelioma puede ser calificado como una enfermedad laboral directa siempre que el trabajador este expuesto al agente químico en: i) procesos de explotación de asbesto o en minas donde existan rocas asbestiformes; ii) la fabricación de productos que usen asbesto como cemento, materiales de fricción, telas resistentes a la ignición; iii) la aplicación o mantenimiento de material aislante térmico o acústico que contenga asbesto; iv) la remoción de tejas de asbesto-cemento, material de aislamiento que contenga asbesto, en talleres para frenos que contengan asbesto; y v) transporte de materia prima de fibras de asbesto, aditivos para pinturas, resinas o plásticos.

Así las cosas, al verificarse si la parte actora probó las circunstancias en que se desarrolló o se gestó la enfermedad mesotelioma maligno de pleura diagnosticada al señor Miguel Antonio Pérez, encontramos que la respuesta **es negativa**, esto como quiera que, de los cargos ejercidos por el señor Pérez para PriceWaterHouseCoopers LTDA entre el 1° de julio de 1982 y el 17 de abril de 1994, **no se evidencia contacto alguno con el agente químico asbesto**, esto conforme la certificación de funciones atrás transcrita, máxime que las actividades del actor tenían que ver con la auditoría **contable, legal y tributaria** de las empresas clientes de su empleadora, es decir, que su labor normalmente se desarrollaba en las oficinas de las empresas a auditar, y no en las plantas de producción.

Debe tenerse en cuenta que lo relevante de cara a la exposición del riesgo químico, es que se demuestre que el trabajador realmente estuvo expuesto en este caso, al asbesto por virtud de las tareas u oficios que éste desempeña y por un lapso considerable, pues puede darse el caso de una empresa que dentro de su cadena de producción utilice dicho mineral fibroso, pero ello *per se* no implica que todos sus trabajadores o quienes prestan servicios a la misma estén expuestos a dicho riesgo, por cuanto, puede haber trabajadores que desempeñan labores administrativas u oficios que no tengan exposición a dicha sustancia cancerígena.

Del testimonio rendido por el señor Édgar Augusto Pedraza Pulido, socio de la empleadora, es claro que la labor desarrollada era de auditoría, la que se hacía en equipos de trabajo, el cual estaba conformado por un senior y 1, 2 y/o 3 asistentes, y el gerente los supervisaba, que los asistentes ejercían muchas tareas, como *«por ejemplo la revisión de la nómina, la revisión de las, digamos, de las conciliaciones bancarias, de cuentas a cobrar»*, cuentas de estados financieros y muchas pruebas de campo, los senior eran los jefe de grupo, dirigían, supervisaba la labor y realizaban actividades más especializadas que requieren experiencia, y el gerente está a cargo de todo el proceso, supervisar al equipo y preparar informes, se relaciona directamente con los directivos del cliente, presenta los hallazgos y administra las circunstancias del desarrollo del trabajo; que el señor Pérez atendió el cliente Cementos del Valle S.A., pero desconoce si durante toda la relación laboral, porque los clientes se asignaban cada año, pudo ser que algún año ese cliente no le tocara a él; que las labores se desarrollaban en la sede administrativa de Cementos del Valle S.A. la cual era separada de la planta de producción, y se hacían **3 visitas en el año**, una donde se obtenía toda la información, otra antes del cierre de año y la última al cierre, que el inventario físico se hacía desde el registro documental, en la sede administrativa, *«revisamos los costos de producción, revisamos todo lo que son compras, todo lo que son, consumos, lo que son salidas de inventario por ventas, por deterioro»*, y el inventario en planta lo programa y lo hace la empresa cliente, la firma auditora lo que hace es enviar a los asistentes a observar que

los procedimientos de control se cumplan, y después se coteja el inventario general de la compañía con los registros documentales.

El testimonio de la señora Victoria Eugenia Ferrero realmente poco o nada aporta a esta litis, como quiera que no laboró en la empresa PriceWaterHouseCoopers LTDA., no conoce al señor Pérez, y sabe del proceso de auditoría pero desde la firma PriceWaterhouseCoopers Information Services, la que no es parte dentro de este.

Dentro del proceso está demostrado que el señor Pérez durante su relación de trabajo con PriceWaterHouseCoopers LTDA participó en actividades de auditoría y revisoría fiscal a más de 20 empresas clientes, dentro de las cuales esta Cementos del Valle S.A., hoy Cementos Argos S.A., y Skinco Colombit S.A., hoy Etex Colombia S.A.; sin embargo, al expediente no se trajo prueba de las visitas realizadas por el señor Pérez a estas dos empresas, y del testimonio del señor Pedraza Pulido se tiene que solo se hacían 3 visitas al año a cada cliente; en el caso de la primera solo en la sede administrativa, porque eran los asistentes quienes observaban la realización del inventario físico en la planta de producción, de lo que se extrae que no están probadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el causante pudo estar expuesto al riesgo químico del asbesto en las empresas referidas, a las que se insiste, asistió o visitó muy eventualmente.

De otro lado, al plenario se allegó certificación de fecha 20 de febrero de 2019 emitida por el Director de Materias Primas de Cementos Argos S.A., donde certifica que esa empresa en sus diferentes plantas «*no utiliza ni ha utilizado el mineral asbesto*» (f.º 112-113 archivo 02, carp 1ª inst, exp digital), y dado que en el expediente brilla por su ausencia prueba de que entre el 1º de julio de 1982 y el 17 de abril de 1994, Cementos del Valle S.A., hoy Cementos Argos S.A., hubiese utilizado asbesto, con el fin de desvirtuar lo anterior; y si bien tanto la parte demandante como el perito Hans Christian Rasmussen Escobedo refieren que en aquella época en la producción del cemento se utilizaba asbesto para que este tuviera mayor longevidad, esto es una simple apreciación subjetiva que no tiene soporte probatorio frente a la empresa referida, y en ese sentido, no puede achacarse a Cementos del Valle S.A., la exposición a un agente químico asbesto que ellos nunca han utilizado.

Respecto de la empresa Skinco Colombit S.A., hoy Etex Colombia S.A., se allegó documento denominado «*línea de techos y cubiertas*» (f.º 128-139 archivo 02, carp 1ª inst, exp digital), donde se expone que a finales de los años 90 empezaron a desarrollar un programa de reconversión tecnológica, destinada a la elaboración de productos con iguales estándares de calidad y seguridad a los que contenía el asbesto, pero libres de ese mineral, proyecto que había finalizado de forma exitosa hacia algunos años, con la

eliminación total del asbesto como materia prima en sus procesos de producción, es decir, que está probado que esta empresa si utilizaba asbesto; no obstante, **NO** está demostrado que el señor Pérez en la ejecución de sus funciones como auditor y revisor fiscal hubiese estado expuesto a dicho agente químico y, de haberlo estado, durante cuánto tiempo, además y si este era suficiente para que él gestara la enfermedad mesotelioma maligno de pleura, máxime si se tiene en cuenta que las visitas del causante a estas empresas eran muy eventual esporádica, solo tres (3) veces al año, como lo indicó el testigo Édgar Augusto Pedraza Pulido.

Ahora bien, del concepto emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social con radicado 201431300794151 de fecha 04 de junio de 2014, se lee que entre el 1 al 40% de las muertes por cáncer pulmonar son atribuidas a la exposición por 3 a 5 años de asbesto, en comparación con el 71% atribuidas al consumo de tabaco, lo que implica que no es cualquier exposición al asbesto la que provoca dicha enfermedad, si no una prolongada por lo menos durante 3 años, y en el expediente no se demostró que el señor Pérez por espacio mínimo de 3 años hubiese estado expuesto a asbesto con ocasión de su labor como auditor y revisor fiscal; contrario a esto, en la historia clínica se plasmó que este fue fumador «*de 13 a 19 años, tabaco ocasional*», lo que hipotéticamente también le pudo haber causado dicha enfermedad.

Del documento presentado por el perito de la Universidad Nacional el 10 de octubre de 2016, se extrae que no encontró evidencias objetivas, donde pudiera establecer que la enfermedad padecida por el señor Pérez fuera de origen ocupacional, que no se observaba si en la fabricación de cemento en épocas anteriores se le adicionara asbesto, y que no se había aportado estudios de higiene ocupacional de los lugares donde el señor Pérez prestó sus servicios, por lo que este, lo que hizo fue corroborar que en efecto al expediente no se allegó prueba que acredite que la enfermedad diagnosticada al causante se dio con ocasión de la prestación de sus servicios cuando laboraba para PriceWaterHouseCoopers LTDA.

De otra parte, del dictamen rendido el 25 de agosto de 2018, por el perito Hans Christian Rasmussen Escobedo, tampoco puede concluirse que la enfermedad mesotelioma maligno de pleura padecida por el señor Pérez fue causado con ocasión de su trabajo, porque allí no se estableció si cuando el trabajador prestaba sus servicios para PriceWaterHouseCoopers LTDA., realmente estuvo expuesto al asbesto por virtud de las tareas u oficios que este desempeñó y el tiempo de exposición, pues no puede perderse de vista que es en virtud de las labores que este habitualmente realizaba que puede generarse una enfermedad de origen laboral.

En el referido documento, simplemente se hizo referencia de manera general a que el asbesto produce dicha enfermedad; que cuando se utiliza como materia prima de producción se debe garantizar el uso de elementos de protección para prevenir el riesgo, que por el resultado de la biopsia era evidente que el fallecido había estado expuesto a ese mineral fibroso pero no determinó cuando ni en qué condiciones lo estuvo y que presumía que la enfermedad se había desarrollado por ello, es decir no tenía certeza; si bien indicó que era claro que por culpa de la empleadora se había generado la enfermedad no explicó ¿por qué?, máxime cuando de las pruebas recaudadas, surge con evidencia que las funciones que ejerció el causante, para la empleadora PriceWaterHouseCoopers LTDA. fueron netamente de carácter administrativo relacionadas con la auditoría contable, legal y tributaria, de donde no puede colegirse la exposición a sustancias cancerígenas, por lo menos de manera habitual

Se suma a lo anterior, que el perito sostuvo que el asbesto podía inhalarse por dos factores, uno ambiental y otro ocupacional, y en su criterio asumió que el *de cujus* pudo estar expuesto a bajos niveles de polvo de asbesto durante sus visitas o inspecciones a las instalaciones de Cementos del Valle S.A., aclarando que no conocía si esa empresa en los años 80 y 90 usaba como materia prima asbesto, lo que implica que estaba en duda si la referida compañía utilizaba ese mineral fibroso, por ende, no podía concluirse que las fibras de asbesto encontradas en la biopsia se habían inhalado en Cementos del Valle S.A. o en otra de las aquí accionadas.

Así las cosas, la parte actora no cumplió con la carga de probar las circunstancias concretas en que se gestó la enfermedad, para lo cual resultaba indispensable demostrar que el trabajador realmente estuvo expuesto a esas sustancias cancerígenas, por razón de las tareas que desempeñaba, lo que en el informativo brilla por su ausencia, como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, lo cual sirve para restarle credibilidad a las conclusiones a las que arribó el perito Hans Christian Rasmussen Escobedo, ello en virtud de la facultad prevista en el artículo 61 del CPTSS.

Acorde con lo anterior, se hace innecesario verificar el nexo de causalidad entre el infortunio o la afectación de la salud del subordinado y la conducta omisiva del empleador, y tampoco a que se invierta la carga de la prueba ante su afirmación de que las demandadas no le suministraron al señor Pérez los elementos de protección necesarios para la exposición al asbesto, porque primero debía acreditar los supuestos fácticos que se echan de menos.

Acorde con lo anterior, no se probó que la enfermedad mesotelioma maligno de pleura padecida por el señor Pérez fuese de origen laboral; en consecuencia, se

confirmará la decisión absolutoria proferida por el juez de instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prospero de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el 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 apelada proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante, en la suma de \$580.000



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501920200010901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CLAUDIA MARNIE RODRÍGUEZ DAZA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **CLAUDIA MARNIE RODRÍGUEZ DAZA** se **declare** la anulación por ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), que realizó con la AFP Colmena hoy Protección S.A. así como del traslado horizontal efectuado a Porvenir S.A., por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **ordene** su traslado a Colpensiones como si siempre hubiese permanecido en el RPM; que se ordene a Porvenir S.A. a devolver todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos, gastos de administración o cualquier otra deducción; que se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 5 a 42 - archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a partir del 17 de febrero de 1988; que con ocasión de la publicidad adelantada por la AFP Colmena S.A. se trasladó al RAIS el 10 de marzo de 1995; que el asesor de esa AFP al momento del cambio de régimen se limitó a llenar el formulario de afiliación preestablecido sin suministrarle una información veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de ambos regímenes, las consecuencias del traslado y los requisitos para obtener las prestaciones económicas, como tampoco le realizó una protección pensional; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., donde se mantenía hasta la fecha.

Agregó que, presentó solicitudes a Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. encaminadas a que se anulara su afiliación al RAIS y se le retornara a Colpensiones, las cuales fueron contestadas de manera negativa; que en el evento de continuar cotizando en el RAIS su mesada ascendería a \$1.065.798, mientras que de haber mantenido en el RPM sería de \$3.347.887.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante se afilió al Sistema General de Seguridad Social el 17 de febrero de 1988, y que presentó solicitud encaminada a que se anulara su afiliación al RAIS y se le retornara al RPM, la cual fue contestada de manera negativa. Frente a los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. contestó (archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante se trasladó a Colmena S.A. hoy Protección el 10 de marzo de 1995 y que ella formuló petición encaminada a que se anulara su afiliación al RAIS. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación e innominada o genérica.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A contestó (archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no le constaban o que no eran ciertos. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2022 (archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora CLAUDIA MARNIE RODRÍGUEZ DAZA, identificada con C.C N° 51.779.524, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES. -COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP PROTECCIÓN S. A., PENSIONES Y CESANTÍAS, identificada con NIT 800.138.188-1, realizado el día 10 de marzo de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante CLAUDIA MARNIE RODRÍGUEZ DAZA, identificada con C.C N° 51.779.524, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 17 de febrero de 1988 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, identificada con NIT 800.144.331-3, quien es la AFP que administra actualmente los aportes de la demandante y a la demandada PROTECCIÓN quien realizó el traslado inicial a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES — COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA MARNIE RODRÍGUEZ DAZA identificada con C.C N° 51.779.524, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

Para fundamentar su decisión, la Juez estableció como premisas fácticas que la demandante nació el 07 de noviembre de 1964; que realizó la afiliación al ISS el 17 de febrero de 1988, en donde cotizó un total de 12,71 semanas; que el 10 de marzo de 1995, la actora solicitó su traslado al RAIS con la AFP Colmena hoy Protección S.A. y que posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir S.A. donde se mantenía.

Expuso que, en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, esta manifestó que en el año 1995, habló con asesores de Colmena, quienes le indicaron que el ISS se iba a liquidar y que no contaba con recursos para solventar la pensión de sus afiliados, que no le explicaron las características de los regímenes pensionales; que después se trasladó a Porvenir, que no recuerda porqué realizó el traslado y tampoco si recibió asesoría.

Resaltó que, sobre el tema que nos ocupa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en amplia jurisprudencia dentro de las que se destacaban las sentencias CSJ SL8777-2021, CSJ SL83000-2021 y CSJ SL 1452-2019, ha determinado que cuando se trata de traslados entre regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección debían garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permitiera elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses; que para ello era necesario poner en conocimiento de los trabajadores las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo conocieran con exactitud cómo funcionan tanto el RPM como el RAIS, en razón a que a los fondos de pensiones se les había encomendado importantes intereses sociales, como los de la protección de la vejez, la invalidez y la muerte.

Sobre la carga de la prueba, expuso que en casos como el que nos ocupa se presentaba una inversión en favor de la afiliada, por lo que le correspondía a la AFP demostrar y llevar a la convicción al Juez sobre que el acto de traslado gozaba de plena validez, ello por cuanto la alegación de la afiliada con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida que no requería prueba y que, en consecuencia, quien debía probar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información era justamente a la administradora de fondo de pensiones.

Arguyó que, de conformidad con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las instituciones financieras, en este caso, las administradoras de fondos de pensiones, eran las expertas y las que contaban con personal especializado y técnico en la legislación y demás aspectos relacionados con los derechos pensionales, lo que las ubicaba en una posición de ventaja o superioridad frente a los afiliados, quienes, se enfrentaban a un escenario que de por sí era complejo, sumado a las barreras educativas, del lenguaje, de profesión o socioeconómicas, por lo que terminaban sometidos a la información que decidieran trasladar estas entidades; que por ello para requilibrar tal desigualdad, se les imponía a las administradoras de pensiones la obligación suministrar una debida información a sus afiliados durante toda la relación de afiliación y, especialmente, previo al acto de cambio de régimen.

Expresó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Protección S.A. en el año 1995, le hubiese expuesto al demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado; que tampoco se observa que se le hubiese entregado un cuadro comparativo del funcionamiento de la pensión de vejez de un régimen y otro; que para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como quiera que ese documento no contenía registro alguno sobre la información que debía ser entregada al demandante, lo que era carga de la AFP, máxime cuando la demandante sostiene que el formulario fue firmado por exigencia de su empleador sin que si quiera se le hubiese dado una explicación del RAIS.

Con base en lo expuesto, estimó que en razón a que las demandadas no cumplieron con la carga de prueba que les correspondía, debía declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante del año 1995, así como del traslado horizontal posterior a Porvenir S.A. Aclaró que, tal deficiencia no se convalidaba por los traslados entre administradoras de las AFPs, debido a que la decisión de escoger entre una y otra administradora dentro del régimen de lo individual no implicaba o era muestra de que se hubiera a cumplido con el deber de información en el traslado inicial.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que, por disposición del artículo 48 de la CN, la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, refirió que resultaba improcedente la declaratoria de ineficacia, debido a que la actora se afilió en 1995, al RAIS, sin que por más de 20 años hubiese manifestado su oposición o elevado cuestionamiento alguno, que en tal sentido la decisión de afiliarse fue tomada libre, de manera espontánea y voluntaria, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que incluso para el año 2003, tuvo la posibilidad de retornar al régimen de prima media, sin que en dicha oportunidad se hubiera iniciado alguna acción tendiente a su retorno y que solo hasta septiembre del año 2019, cuando contaba ya con la edad de 54 años, solicitó ante Colpensiones su retorno al RPM, encontrándose frente a la prohibición regulada en la Ley 797 de 2003.

Agregó que, el consumidor financiero tenía el deber de informarse al momento de escoger su régimen pensional, por lo que su silencio debía entenderse como una aceptación tácita de las consecuencias y efectos legales que conllevaba su decisión de trasladarse y que, en todo caso, el tiempo de permanencia en el RAIS saneaba a cualquier nulidad o ineficacia o vicio que se hubiera presentado al momento de firmar el contrato de afiliación, conforme lo establece el artículo 1754 del Código Civil.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación parcial en contra del numeral tercero de la sentencia, para que en su lugar se determinara que la condena a Porvenir debía ser devuelta sin indexación alguna. Al respecto manifestó que, esa condena era improcedente debido a que era incompatible con los rendimientos financieros que también se estaban ordenando devolver, teniendo en cuenta que se estaría condenando a Porvenir dos veces por el mismo rubro y que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se vieron afectados por la inflación, y por el contrario, han generado rendimientos financieros.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colmena – hoy Protección S.A., es ineficaz por falta de información, así como el traslado horizontal que posteriormente realizó a la AFP

Porvenir S.A. y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **CLAUDIA MARNIE RODRÍGUEZ DAZA** nació el 07 de noviembre de 1964 (fº 98 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que la actora estuvo afiliada al ISS, donde cotizó desde el 17 de febrero de 1988, hasta el 15 de mayo de 1988, acumulando 12,71 semanas (fº 56 archivo 01– carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que se vinculó al RAIS administrado por la AFP Colmena – hoy Protección S.A a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 10 de marzo de 1995, con efectividad del **01 de abril del mismo año** (fº 66- 67 carpeta 01 en la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir S.A. a través de formulario de afiliación del 21 de marzo de 2003 (fº 97 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba

contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus

intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –10 de marzo de 1995, con efectividad del **01 de abril del mismo año**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a

elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obran formularios de solicitud de afiliación de las AFPs, de ellos solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dichas AFPs cumplieran con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias

utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); al respecto, se observa que el a quo ordenó la devolución de tales emolumentos, en los términos previstos en las sentencias precitadas.

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación, por lo que deberá despacharse desfavorablemente el recurso que al respecto formuló Porvenir S.A.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

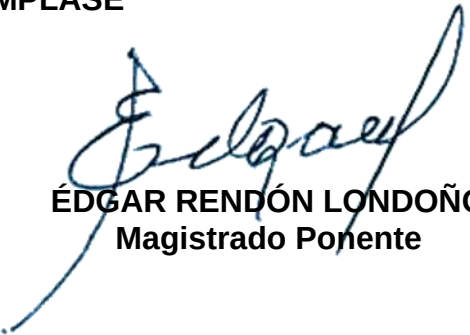
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
 Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada
(Aclara voto)



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir, la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA MARNIE RODRÍGUEZ
DAZA CONTRA COLPENSIONES y OTRO (RAD. 19-2020-00109-01)**

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto pues si bien estoy de acuerdo con que debe ser confirmada por la Sala la determinación tomada en primer grado, empero, se debió dejar por sentado que aunque la actora realizó su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida el 15 de mayo de 1988, sin que se presenten aportes al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al citado régimen, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Protección S.A. que tuvo ocurrencia el 10 de marzo de 1995, un traslado, conforme pasa a exponerse:

No se desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de

1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *"los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están"*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 17 de febrero de 1988, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas" (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1° de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

"Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado." (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1° de abril de 1994 no implica que la afiliada al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 17 de febrero de 1988 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 10 de marzo de 1995 a AFP Protección S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema

*de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**”.*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105019201700054-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JUAN MIGUEL LONDOÑO POSADA
DEMANDANDO	CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES DE ACDAC-CAXDAC

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Juan Miguel Londoño Posada** se condene a la demandada a la indexación y/o reajuste de la mesada pensional de jubilación a él reconocida desde febrero de 1985, a las diferencias que resulten debidamente indexadas hasta la fecha de su pago, ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º archivo 03, carp 01, carp 1ª inst, exp digital), señaló que la Caja de Auxilios y de Prestaciones de Acdac- Caxdac le reconoció pensión de vejez a partir del 16 de febrero de 1985, en cuantía de \$110.832 y en 14 mensualidades; que se le han realizado los reajustes previstos en la Ley 100 de 1993.

Expuso que, su mesada *«debe ser reajustada a la fecha, ya que la pérdida del valor o de poder adquisitivo, está violando, no solo los derechos fundamentales de él, sino también el derecho de igualdad»*; que mediante derecho de petición del 15 de septiembre de 2016, solicitó la indexación de su mesada pensional, la cual fue negada; que su mesada pensional inicialmente correspondía a 8.18 SMMLV, y para el año 2016 a 4.67 SMMLV, lo que representaba un detrimento patrimonial, que perjudica su mínimo vital.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La Caja de Auxilios y de Prestaciones de Acdac- Caxdac contestó la demanda (archivo 11, carp 01, carp 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Expuso que Caxdac es una caja del sector privado que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, tiene el carácter de entidad Administradora de Pensiones del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida de los Aviadores Civiles Pilotos o Copilotos, sometida a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia; que se rige por normas especiales dentro de los lineamientos de la Ley y las entidades reguladoras de la materia pensional, en especial la Ley 100 de 1993.

En cuanto a los hechos, aceptó que al actor se le reconoció pensión de jubilación a partir del 16 de febrero de 1985, en cuantía de \$110.832; que a dicha prestación le ha aplicado los incrementos legales, que ha reclamado la indexación de esta, pero le ha sido negada. Aclaró que, la prestación del actor se calculó con la base salarial del último año de servicios, por lo que en su reconocimiento no hubo pérdida del poder adquisitivo, que para hacer los reajustes ha aplicado la Ley 4ª de 1976, Ley 71 de 1988, y Ley 100 de 1993, y que no existe un precedente jurisprudencial que cubra las pretensiones del actor.

Formuló como excepción previa, la de falta de integración del contradictorio, necesidad de vincular al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y de fondo, las de inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de despachar intereses de mora y la genérica.

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 12 de junio de 2017 (archivo 13, carp 01, carp 1ª inst, exp digital), ordenó vincular como litisconsorcio necesario al Ministerio de Hacienda y Crédito Público entidad que una vez notificada contestó la demanda (archivo 15, carp 01, carp 1ª inst, exp digital), señalando que se oponía a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos manifestó que no le constaba ninguno por estar dirigidos a terceros.

Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por parte de esa entidad, prescripción e ineptitud de las pretensiones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud de los Acuerdos PCSJA22-11918 del 2 de febrero de 2022 y CSJBTA22-15 del 1º de marzo de 2022, quien mediante sentencia del 26 de abril de 2022 (archivo 10-12 carp. 1ª inst, exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Caxdac y la de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

SEGUNDO: Absolver a la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Acdac "Caxdac" y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de la totalidad de las pretensiones incoadas por Juan Miguel Londoño Posada.

TERCERO: Costas a cargo del demandante; agencias en derecho: ½ SMLMV.

CUARTO: De no ser apelada se concederá el grado jurisdiccional de consulta.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si al demandante le asistía derecho o no a la indexación de la primera mesada pensional, en caso de ser así, si había lugar a retroactivo pensional.

Sostuvo que, conforme los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, a los pensionados les asiste el derecho al pago oportuno de su prestación y al reajuste periódico de la mesada; derecho que fue extendido vía jurisprudencial a las pensiones causadas con anterioridad a la citada norma superior.

Señaló que, es un hecho notorio que los ingresos del trabajador sufren una pérdida significativa de su poder adquisitivo, cuando media un lapso considerable entre la fecha entre la cual se retiran del servicio y aquella en la cual se les reconoce la pensión de jubilación, situación que impacta a todas las pensiones sin importar si son de naturaleza legal o extralegal o la fecha de reconocimiento.

Refirió que, en este asunto estaba probado que el actor prestó servicios para la empresa de Aviación Sam entre el 19 de noviembre de 1963 y el 15 de febrero de 1985, y que a partir del día siguiente, se le reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$110.832, equivalente al 75% sobre el promedio salarial devengado en el último año laborado, con base en lo dispuesto en la Ley 32 de 1972, y Decreto Reglamentario 60 de 1972.

Advirtió que, el actor no debía confundir el concepto de reajuste con el de indexación de la primera mesada, pues el primero se refería al incremento periódico de la prestación por razones distintas a la inflación, mientras que el segundo, buscaba atacar los efectos de la inflación y permitir que el valor de la pensión en el momento en el que se adquirió con relación al momento en que se concede efectivamente tenga la misma capacidad adquisitiva. Añadió que, esta última situación no tenía nada que ver con el número de SMMLV que recibió como primera mesada, teniendo en cuenta que los incrementos en el SMMLV no son equiparables con el IPC que certifica el DANE.

Explicó que, la prestación del demandante se debía reajustar con el IPC por ser esta superior a un SMMLV, y al ser este inferior al incremento periódico del SMMLV era lógico que su prestación con los años se fuera viendo disminuida de cara a su equivalente en SMMLV; que dado que su prestación se había reconocido al día siguiente de su retiro laboral, la base salarial con que se liquidó la misma no había perdido poder adquisitivo, por lo que no procedía la indexación de la primera mesada pensional. En consecuencia, absolvió de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación argumentando que lo pretendido no era la indexación de la primera mesada pensional, sino el reajuste de esta, porque ha perdido el poder adquisitivo.

Afirmó que *«lo único que solicitamos magistrados es ese cumplimiento del artículo 53 y al artículo 48 de la Constitución Nacional, ¿qué queremos? ¿qué estamos solicitando?, señores magistrados, que se reajuste la mesada pensional con retroactividad al momento en que el capitán Londoño se pensionó»*; que Caxdac solo ha realizado 4 reajustes, por lo que solicita se revoque la sentencia.

Refirió que, no era posible que se le condenara en costas, pues era una persona de 80 años tratando de defender su calidad de vida y que no tiene como pagar la suma ordenada, la que le parecía injusta y exagerada.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, en estricta aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si CAXDAC ha realizado o no los reajustes legales a la pensión de jubilación reconocida al actor a partir del 16 de febrero de 1985.

En el presente asunto no es materia de discusión que CAXDAC le reconoció al señor **Juan Miguel Londoño Posada** una pensión de jubilación a partir del 16 de febrero de 1985, por haber laborado como piloto en SAM entre el 19/11/1963 y el 15/02/1985, en cuantía de \$110.832 correspondiente al 75% del promedio salarial mensual devengado en el último año de servicios, el cual había ascendido a \$147.776.

Se advierte que el tema de la indexación de la primera mesada no se revisará como quiera que el apoderado del actor, en su recurso de apelación informó que esa no era la pretensión de la demanda, pues solo buscaba que se hicieran los reajustes legales, único tema que se procede a revisar.

En este orden, se parte del supuesto fáctico indiscutido que la prestación del actor se reconoció a partir del 16 de febrero de 1985, época en la cual el reajuste o incremento de la pensión se realizaba conforme el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, el cual se transcribe literalmente a continuación:

*ARTÍCULO 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, **se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:***

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Cuando transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá así: se hallará el valor de incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

Establecido el incremento, se procederá a reajustar todas las pensiones conforme a lo previsto en el inciso 2 de este Artículo.

PARÁGRAFO 1º.- Con base en los promedios de salarios asegurados, establecidos por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se reajustarán las pensiones del sector privado y las del mismo Instituto. Y las del sector público se reajustarán con los promedios establecidos por la Caja Nacional de Previsión Social.

*PARÁGRAFO 2º.- **Los reajustes a que se refiere este Artículo se harán efectivos a quienes hayan tenido el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste.*** (Negrillas fuera del texto original).

(...)

De lo anterior, se tiene que las pensiones allí enunciadas se reajustaban de oficio cada año al 1° de enero, pero este solo se haría efectivo a quienes tuviesen el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste.

Entonces, como quiera que el actor adquirió el status de pensionado a partir del 16 de febrero de 1985, su prestación no podía reajustarse el 1° de enero de 1986, porque a esa fecha solo tenía 10 meses de haber obtenido esa calidad, y la norma es clara al

exigir un año de anticipación; por ende, el reajuste debía realizarse a partir de enero de 1987, esto en el porcentaje que surgiera de la operación aritmética de buscar «la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto».

Posteriormente el 19 de diciembre de 1988 entró en vigor la Ley 71 de ese año, y en el artículo 1°, dispuso:

Artículo 1 .- *Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.*

Parágrafo.- *Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo*

Así las cosas, en el *sub lite* la pensión del señor Londoño Posada a partir del 01 de enero de 1989, debía incrementarse o reajustarse en un porcentaje igual al SMMLV fijado por el Gobierno Nacional.

Luego se expidió la Ley 100 de 1993 que entró en vigencia el 1° de abril de 1994, y respecto del reajuste de las pensiones en su artículo 14 dispuso:

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).*

(...)

Esta última disposición es la vigente hasta la actualidad.

Entonces, como quiera que la cuantía de la pensión del señor Londoño Posada era bastante superior a un SMMLV, la misma a partir del 01 de enero de 1995, debía reajustarse con el IPC certificado por el DANE.

Conforme los anteriores postulados normativos, esta Sala realizó la liquidación de la prestación del actor, teniendo en cuenta la cuantía inicialmente reconocida, esto es, \$110.832 y la reajustó año a año aplicando las normas referidas, a partir del 16 de febrero de 1985 y hasta la actualidad, conforme se muestra en el siguiente cuadro:

Año	Desde	Hasta	Incremento % Ley 4 de 1976	Incrementos \$ de la Ley 4 de 1976	Incremento Ley 71/1988 y Ley 100 de 1993	Valor de la mesada	Valor de la mesada pagada	Valor de la diferencia
1985	01/01/1985	31/12/1985				\$ 110,832.00		
1986	01/01/1986	31/12/1986	15.00%			\$ 110,832.00		
1987	01/01/1987	31/12/1987	12.00%	\$ 1,626.90		\$ 125,759.00		
1988	01/01/1988	31/12/1988	11.00%	\$ 1,849.20		\$ 141,441.00		
1989	01/01/1989	31/12/1989			27.00%	\$ 179,636.00		
1990	01/01/1990	31/12/1990			26.00%	\$ 226,335.00		
1991	01/01/1991	31/12/1991			26.07%	\$ 285,317.00		
1992	01/01/1992	31/12/1992			26.04%	\$ 359,625.00		
1993	01/01/1993	31/12/1993			25.03%	\$ 449,655.00		
1994	01/01/1994	31/03/1994			21.09%	\$ 544,485.00		
1995	01/01/1995	31/12/1995			22.59%	\$ 667,484.00		
1996	01/01/1996	29/02/1996			19.46%	\$ 797,376.00		
1997	01/01/1997	31/12/1997			21.63%	\$ 969,848.00		
1998	01/01/1998	31/12/1998			17.68%	\$ 1,141,317.00		
1999	01/01/1999	31/12/1999			16.70%	\$ 1,331,937.00		
2000	01/01/2000	31/12/2000			9.23%	\$ 1,454,876.00		
2001	01/01/2001	31/12/2001			8.75%	\$ 1,582,179.00		
2002	01/01/2002	31/12/2002			7.65%	\$ 1,703,217.00		
2003	01/01/2003	31/12/2003			6.99%	\$ 1,822,273.00		
2004	01/01/2004	31/12/2004			6.49%	\$ 1,940,540.00		
2005	01/01/2005	31/12/2005			5.50%	\$ 2,047,270.00		
2006	01/01/2006	31/12/2006			4.85%	\$ 2,146,563.00		
2007	01/01/2007	31/12/2007			4.48%	\$ 2,242,730.00		
2008	01/01/2008	31/12/2008			5.69%	\$ 2,370,341.00		
2009	01/01/2009	31/12/2009			7.67%	\$ 2,552,146.00		
2010	01/01/2010	31/12/2010			2.00%	\$ 2,603,189.00		
2011	01/01/2011	31/12/2011			3.17%	\$ 2,685,710.00	\$ 2,685,710.00	\$ 0.00
2012	01/01/2012	31/12/2012			3.73%	\$ 2,785,887.00	\$ 2,785,887.00	\$ 0.00
2013	01/01/2013	31/12/2013			2.44%	\$ 2,853,863.00	\$ 2,853,863.00	\$ 0.00
2014	01/01/2014	31/12/2014			1.94%	\$ 2,909,228.00	\$ 2,909,228.00	\$ 0.00
2015	01/01/2015	31/12/2015			0.00%	\$ 2,909,228.00	\$ 2,909,228.00	\$ 0.00
2016	01/01/2016	31/12/2016			6.77%	\$ 3,106,183.00	\$ 3,106,183.00	\$ 0.00
2017	01/01/2017	31/12/2017			5.75%	\$ 3,284,789.00	\$ 3,284,789.00	\$ 0.00
2018	01/01/2018	31/12/2018			4.09%	\$ 3,419,137.00	\$ 3,419,137.00	\$ 0.00
2019	01/01/2019	31/12/2019			3.18%	\$ 3,527,866.00	\$ 3,527,866.00	\$ 0.00
2020	01/01/2020	31/12/2020			3.80%	\$ 3,661,925.00	\$ 3,661,925.00	\$ 0.00
2021	01/01/2021	31/12/2021			1.61%	\$ 3,720,882.00	\$ 3,720,882.00	\$ 0.00
2022	01/01/2022	31/12/2022			5.62%	\$ 3,929,996.00	\$ 3,929,996.00	\$ 0.00
2022	01/01/2023	30/11/2023			13.12%	\$ 4,445,611.00	\$ 4,445,611.00	\$ 0.00

En consecuencia, como quiera que la mesada pensional del señor Londoño Posada se ha venido reajustando acorde con la normatividad vigente para cada anualidad, no hay lugar a acceder a sus pretensiones, y en ese sentido se confirmará la decisión de primera instancia.

Se advierte que no resulta coherente, que el actor pretenda que su mesada pensional la cual se concedió en cuantía inicial de \$110.832 equivalente a 8.18 SMMLV, a la fecha se mantenga en igual equivalencia, por las siguientes razones:

1.- Conforme la Ley 4ª de 1976, el primer reajuste aplicado se hizo a partir del 01/01/1987, en un porcentaje diferente al SMMLV.

2.- Entre el año 1989 y 1994, la prestación incrementó en igual porcentaje que el SMMLV.

3.- Entre los años 1995 y 2023 el reajuste se ha realizado con el IPC certificado por el DANE, el cual es inferior al aumento del SMMLV.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas al demandante en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha parte vencida en juicio, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa.

De otro lado, si su inconformidad radica en la cuantía fijada, la oportunidad procesal para recurrir la misma, es a través de los recursos de ley una vez se le notifique el auto que liquida y aprueba las costas y agencias en derecho conforme el artículo 366 del CGP.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo la parte demandante.

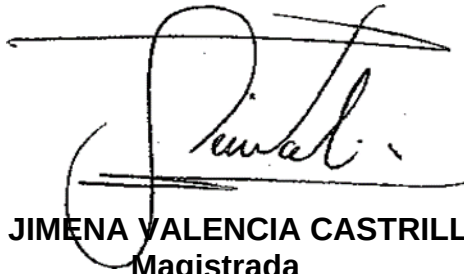
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia de la parte demandante, la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501820200016701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAIME FELIPE SILVA RAMÍREZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JAIME FELIPE SILVA RAMÍREZ** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Colpatria – hoy Porvenir, por omisión al deber de información y que se **declare** que siempre estuvo afiliado al RPM administrado por Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **ordene a** la AFP a trasladar a la administradora pública el monto existente en su cuenta de ahorro individual junto con los respectivos rendimientos, intereses, frutos y gastos de administración; que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 8 - 19 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que cotizó al sistema de pensiones en el ISS;

que a partir de mayo de 1998, se trasladó al RAIS con la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir sin expresar su consentimiento libre; que mediante derecho de petición del 20 de diciembre de 2019, le solicitó a Porvenir las constancias de la asesoría al momento del traslado y de las proyecciones efectuadas; que esta AFP por medio de comunicado del 31 de enero de 2020, le dio respuesta en la que indicó que no contaba con soporte documental de la asesoría; que mediante escrito del 19 de febrero de 2020 solicitó a Colpensiones tener como nulo su traslado al RAIS y que esta entidad contestó de manera negativa.

Agregó que, al momento de realizar el traslado al RAIS, la AFP no le brindó asesoría de ningún tipo, ni le suministró una información clara, completa y fehaciente sobre las reales consecuencias de tal acto, las ventajas y desventajas de cada régimen, como tampoco le realizó cálculos o proyecciones, por lo que no medió su consentimiento informado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor cotizó al sistema de pensiones en el ISS; que mediante escrito del 19 de febrero de 2020, le solicitó a Colpensiones tener como nulo su traslado al RAIS y que esta entidad contestó de manera negativa. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó (fº 1 – 31 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no eran ciertos o que no le constaban. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de abril de 2023 (archivo 25 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor JAIME FELIPE SILVA RAMÍREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.313.163 a COLPATRIA y HORIZONTE hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 12 de marzo de 1998 con fecha de efectividad 1 de mayo del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor JAIME FELIPE SILVA RAMÍREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.313.163, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES ORD. 11001 31 05 018 2020 00167 00

TERCERO: CONDENAR a las sociedades COLPATRIA y HORIZONTE hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JAIME FELIPE SILVA RAMÍREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.313.163, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 10 de diciembre de 1977, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante JAIME FELIPE SILVA RAMÍREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.313.163, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por la parte demandada COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000. Sin costas a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que en este caso estaba fuera de discusión que el demandante inicialmente estuvo afiliado al RPM; que solicitó el traslado al RAIS con la AFP Colpatría el día 12 de marzo de 1998; que nació el 14 de julio de 1956; que cotizó al ISS hoy Colpensiones un total de 596,71 semanas entre el 10 de diciembre de 1977, al 30 de junio de 1998, y que a la fecha de la presentación de la demanda había acumulado un total de 1332 semanas.

Como fundamentos normativos, aludió a los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al Decreto 663 de 1993, el Decreto 2241 de 2010, a la Ley 1448 de 2014 y al Decreto 2050 de 2015, de los que se extraía que las normas laborales habían

evolucionado, por lo que era posible determinar que el deber de información a favor de los afiliados de los fondos de pensiones había atravesado tres etapas: la primera correspondiente a la del deber de información contenido en el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, y en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, que correspondía a la obligación de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; la segunda etapa iniciada con la Ley 1328 de 2009, y el Decreto 2241 de 2010, en la que el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo y la tercera a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2061 de 2015, con la que se había introducido la obligación de brindar doble asesoría.

Refirió que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL19447-2017, entre muchas otras, estableció que en el campo de la seguridad social existía una carga para las AFPs de obtener un consentimiento informado de sus afiliados que garanticen que ellos antes de aceptar cualquier servicio comprendieran sus condiciones, riesgos y consecuencias, lo cual solo se podía asegurar a través del suministro de una información completa, comprensible, veraz y oportuna, por lo que el simple consentimiento vertido en los formularios de información resultaba insuficiente para acreditar este asunto.

Agregó que, los fondos tenían la carga de la prueba cuando el afiliado alegaba que no recibió ningún tipo de información, debido a que ello se traducía en una negación indefinida, por lo que se generaba una inversión con cargo a las AFPs; que en ese sentido a ellas les correspondería demostrar o probar que efectivamente se cumplió con ese deber de información, más aún porque se entendía que estaban en mejores condiciones de probar dada su cercanía con los medios de prueba y también por tener la obligación de conservar los archivos soportes de ello; que además la Alta Corte había previsto que la consecuencia jurídica de incumplir o de no acreditar el cumplimiento del deber de información era la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Expuso que, en el caso que nos ocupa el demandante estaba inicialmente vinculado al RPM y que se trasladó al RAIS con Colpatria hoy Porvenir el 12 de marzo de 1998 con fecha de efectividad del 01 de mayo del mismo año; que la AFP debía entonces cumplir la carga de la primera etapa del deber de información consistente en la ilustración de las características, ventajas y desventajas de cada régimen; que sobre tal traslado el único documento soporte era un formulario de afiliación del que no se podía extraer que al actor se le hubiese brindado una información clara, suficiente y

comprensible en los términos previamente indicados, de ahí que debiera considerarse que el fondo incumplió la carga demostrativa que le incumbía.

Por las razones expuestas, estimó que era procedente declarar la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS y en consecuencia privar de todo efecto práctico el traslado inicial, bajo la ficción jurídica de que tal acto nunca ocurrió y que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, refirió que el *a quo* no tuvo en cuenta que el demandante guardó silencio por más de 24 años, hasta la fecha de la reclamación administrativa presentada en 2020; que del interrogatorio de parte además se extraía que al demandante no se le coaccionó para realizar el traslado, por lo que era claro que el cambio de régimen fue libre, consiente y voluntario; el Juzgador también pasó por alto que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha resaltado la importancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Expuso que, en este caso no se estaba frente a un afiliado lego, ya que para el momento del traslado el señor demandante era profesional, economista, por lo que no carecía de capacidad para ilustrarse o capacitarse de una mejor manera; que el demandante en el interrogatorio de parte precisó que al momento de aceptar el traslado de régimen pensional, no tuvo el suficiente cuidado, en el sentido de que no leyó a fondo el formulario de afiliación, por lo que era clara su negligencia y ligereza, así como el incumplimiento de sus obligaciones como consumidor financiero; que desconoció voluntariamente que esta decisión acarrearía alguna consecuencia de acuerdo a su futuro pensional y que claramente tomó esta decisión de manera deliberada, conforme a lo que fue probado en el curso del proceso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los aportes realizados por el actor en el RAIS y demás deducciones efectuadas.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **JAIME FELIPE SILVA RAMÍREZ** nació el 14 de julio de 1956 (f°33 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS donde cotizó desde el 10 de diciembre de 1977, hasta el 30 de noviembre de 1997, acumulando un total de 596,71 semanas (f°441 archivo 17 carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 12 de marzo de 1998, se trasladó al RAIS con la AFP Colpatria hoy Porvenir, acto que se hizo efectivo el 01 de mayo del mismo año (f° 78 -80 archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), donde permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir

información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido

que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-12 de marzo de 1998-**, con efectividad del 01 de mayo del mismo año -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019,

SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 - posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colpatria hoy Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Respecto del interrogatorio de parte rendido por el demandante, advierte la Sala que no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permitan acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Colpatria

– hoy Porvenir hubiese dado cumplimiento al deber de información que le asistía, pues resulta claro que al actor no se le realizó una explicación acerca del funcionamiento de los regímenes pensionales, de sus características, como tampoco se le pusieron en conocimiento las implicaciones del acto de traslado, los riesgos y mucho menos las desventajas de pertenecer al RAIS. En este sentido, no es recibo el reparo que en ese sentido formuló Colpensiones.

En cuanto al cuestionamiento realizado también por Colpensiones sobre el carácter profesional del demandante, quien es economista, encuentra esta Sala que no está llamado a prosperar. Ello en razón a que de su profesión en modo alguno puede deducirse que para el momento del traslado conocía en detalle el funcionamiento de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas de pertenecer a cada uno y el impacto que ello tendría en su futuro pensional. Se precisa que el demandante no pertenecía a la fuerza de trabajo de las administradoras y su campo de experticia era la construcción como él mismo lo indicó, por lo que no tenía el carácter de profesional en el asunto; mucho menos podría considerarse que esta situación podría sustraer a la AFP de su obligación de informar adecuadamente las implicaciones del cambio de afiliación. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3349-2021:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión*»

mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); al respecto, se observa que el a quo ordenó la devolución de tales emolumentos, pero no previó su indexación, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido y se dispondrá la indexación de los valores a restituir en favor de Colpensiones, ya que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe al afiliado.

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual del actor, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

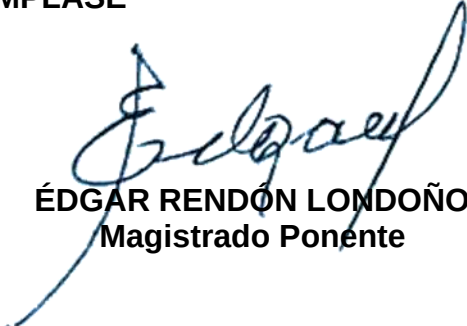
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a la indexación de los valores que deban restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de conformidad con lo ordenado por el a quo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105016201900255-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	AMPARO MONTAÑA DE ARIAS
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Amparo Montaña de Arias** como pretensiones principales, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del año 2012, junto con el pago del retroactivo de las mesadas causadas. Subsidiariamente, solicita se le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y al pago de costas procesales (f°1 y 2 – archivo 005- carpeta 1 instancia - exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°2 a 3 – archivo 005- carpeta 1 instancia - exp. digital), señaló en síntesis, que inició su vida laboral en el año 1978, cotizando al ISS; que cuenta con 822 semanas cotizadas en toda su vida laboral; que para el 1 de abril de 1994, tenía más de 500 semanas cotizadas y 37 años de edad; que para julio de 2005, acreditaba 816.02 semanas de cotización y cumplió los 57 años de edad en el año 2014.

Narró que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad; que el día 13 de junio de 2018, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez por ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la mencionada Ley 100 de 1993, petición que fue negada el 28 de julio de 2018, a través de resolución SUB 201239; que frente a dicha decisión interpuso los recursos de ley, los cuales se resolvieron mediante los actos administrativos SUB 265592 del 10 de octubre de 2018 y DIR 21913, en los que se confirmó la no procedencia al derecho pensional.

Por último, indicó que ha venido sufriendo graves quebrantos de salud, no cuenta con EPS, ni con ingresos fijos.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 009- carpeta 1 instancia - exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo no constarle el hecho 10; respecto de los demás hechos fueron aceptados.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, quien asumió el presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020, y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, a través de sentencia del 16 de mayo de 2020, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante AMPARO MONTAÑA DE ARIAS la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía \$11.139.189, valor que deberá ser actualizado con el mismo IPC certificado por el DANE a partir del 19 de mayo de 2022, y hasta la fecha que se haga efectivo su pago, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, de las demás pretensiones elevadas por la parte actora.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo formuladas por la parte demandada.

CUARTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la parte demandada COLPENSIONES y a favor de la demandante, en la suma de un millón de pesos m/cte (\$1.000.000).

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que lo primero que se debía resolver era si la demandante tenía derecho a la pensión de vejez, frente a lo cual se acreditaba que era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que había nacido el 21/03/1957, por lo que al 01/04/1994, contaba con más de 35 años de edad.

Posteriormente, señaló que analizado el reporte de semanas cotizadas la actora contaba con 767 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo cual se le había mantenido el régimen de transición y por ello el despacho entraba a verificar si cumplía con los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, frente a lo cual se observaba que cumplió los 55 años de edad el 21/03/2012; sin embargo, no contaba con 500 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, pues tan solo acreditaba 478 semanas, tampoco reunía las 1.000 semanas en toda su vida laboral, al tener 822 semanas, de manera que no podía acceder a la pensión de vejez solicitada.

Refirió que, al no prosperar la pretensión principal, procedía a comprobar la pretensión subsidiaria consistente en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por vejez, precisó que, como bien se había analizado inicialmente, la señora Amparo Montaña no cumplía con los requisitos para la pensión de vejez, por lo que debía estudiar si se encontraba en capacidad para seguir cotizando, razón por la que Colpensiones había negado el derecho.

Acotó que, en el presente caso debía tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, ello teniendo en cuenta que la actora desde el 31/12/2008, había dejado de realizar aportes al sistema, por lo que se podía entender que no estaba en capacidad para seguir cotizando. En consecuencia, consideró que la demandante cumplía las exigencias establecidas en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, por consiguiente, reconoció la indemnización solicitada en la suma

de \$11.139.189, en donde se tuvo en cuenta todos los salarios devengados durante toda su vida laboral y se actualizaron al 19/05/2022, monto que se dividió en los días laborados y se multiplicó por 7, lo que arrojó un salario base semanal, que al ser multiplicado por la tasa histórica de aportación y luego multiplicado por el total de semanas cotizadas, se obtenido el valor antes mencionado, resaltó que, dicha cuantía debía ser indexada al momento de su pago.

CONSULTA

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el *a quo* resolvió remitirlo a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar si la actora reúne los requisitos para acceder la indemnización sustitutiva de vejez solicitada.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Amparo Montaña de Arias nació el 21 de marzo de 1957 (f° 1- archivo 003- carpeta 1 instancia – expediente digital); **ii)** que cotizó a Colpensiones entre 24/10/1978, hasta el 31/12/2008, acumulando un total de 822,29 semanas (carpeta CD FOLIO 58 - carpeta 1 instancia – expediente digital); **iii)** que mediante resolución SUB 201239 del 28 de julio de 2008, Colpensiones negó el reconocimiento a la pensión de vejez; **iv)** que mediante resolución SUB265592 del 10 de octubre de 2018, la accionada se abstuvo de reconocerle la solicitud de indemnización sustitutiva, al no haberse manifestado por parte de afiliada su imposibilidad de seguir cotizando al sistema; **v)** que frente a la anterior decisión interpuso los recursos de reposición y

apelación, que se resolvieron a través de las resoluciones SUB 323804 del 14 de diciembre de 2018 y DIR 21913 del 20 de diciembre de 2018, en las que se confirmó la decisión inicial (fº 11 a 26, archivo 003- carpeta 1 instancia – expediente digital); y **vi)** que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como de las condiciones plasmadas en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Indemnización sustitutiva de vejez

A fin de establecer si la promotora del proceso cumple con los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debe acudir a la norma que la contempla, que corresponde al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que establece:

ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.*

Con apego a esta disposición, se tiene que la señora Montaña nació el 21 de marzo de 1957, de manera que la edad para pensionarse corresponde a los 55 años, ello de conformidad con lo contemplado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, edad a la que arribó el 21 de marzo de 2012, data para la cual contaba con 822,29 semanas de cotización al RPM.

Asimismo, como se indicó previamente, la actora solicitó el reconocimiento pensional, que fue negada por la entidad accionada al no haber acreditado el número de semanas requeridas en el mencionado artículo 9º de Ley 797 de 2003, como tampoco alcanzó a reunir los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; hasta este punto se encuentra demostrado una de las exigencias contempladas en la norma en cita; no obstante, se tiene que Colpensiones negó la indemnización pretendida al no haberse manifestado por la accionante su imposibilidad de seguir cotizando al sistema.

Sobre el tema, la alta Corporación de cierre de la jurisdicción Ordinaria Laboral, en sentencia CSJ SL1419-2018, señaló que la declaración de no poder seguir cotizando al sistema se entiende con la petición de la indemnización sustitutiva ante la entidad o con la presentación de la demanda en la que se solicite, que ante la posible decisión de no reconocerle una pensión de vejez, se le otorgue la indemnización sustitutiva, al respecto dijo:

En ese sentido, de acuerdo con los componentes fundamentales de la prestación, la decisión del afiliado de rendirse o capitular, en su proceso de construcción de la pensión, por reconocer y declarar su imposibilidad de seguir cotizando, constituye un elemento esencial para la exigibilidad de la prestación, pues solo a partir de ese momento la respectiva entidad de seguridad social está autorizada para reconocerla (artículo 4 del Decreto 1730 de 2001).

Por lo mismo, únicamente a partir de la definición del derecho pensional en sentido negativo y de la declaración del afiliado de estar imposibilitado para seguir cotizando, que en este caso se dio en vigencia de la Ley 100 de 1993, era posible reflexionar en torno a la causación de la indemnización sustitutiva y, por la misma vía, examinar cuál norma era la que resultaba aplicable.

[...]

Finalmente, la declaración de no poder seguir cotizando al sistema debió entenderse formulada con la petición de pensión de jubilación, el 10 de agosto de 2005 (fol. 6), en vigencia de la Ley 100 de 1993, o, en últimas, con la presentación de la demanda, en la que el actor solicitó que, ante la posible decisión de no reconocerle una pensión de jubilación, se le otorgara la indemnización sustitutiva, debido a su avanzada edad y, tras ello, a la imposibilidad de seguir cotizando. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Por ello, en estricto sentido, en este caso estaban dadas todas las condiciones para disponer el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que se habría hecho exigible en vigencia de la Ley 100 de 1993, con la declaración del actor de renunciar a la posibilidad de seguir cotizando para lograr el reconocimiento de una pensión de vejez.

Ahora bien, es verdad que tanto la edad necesaria para adquirir la pensión como las cotizaciones a la demandada, fueron supuestos cumplidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Pese a ello, como ya se sugirió, después de haber cotizado durante alrededor de 14 años, el actor estaba en plena capacidad de persistir en su intento de completar los requisitos necesarios para obtener una pensión que lo protegiera durante su vejez, hasta que el sistema se lo permitiera, y, por ese camino, comenzar a quedar abrigado por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, que, se reitera, tienen efectos retrospectivos.

En efecto, por la estructura y naturaleza del sistema de pensiones, los afiliados tienen la libertad de, llegado el momento, persistir en su intento de configurar una pensión de jubilación o vejez, o, debido a sus condiciones particulares, renunciar a ello y optar por el pago de una indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida, o una devolución de saldos, en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

*Esa decisión es de libre confección para el interesado y, por ello, no es correcto afirmar que la indemnización sustitutiva se causa o se hace exigible por el simple hecho de llegar a la edad mínima de pensión, pues es necesario que el trabajador claudique expresamente en su proceso de configuración de la pensión, por encontrarse en imposibilidad de seguir cotizando, como se deriva de los artículos 1 y 4 del Decreto 1730 de 2001. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al destacar que «...el trabajador no tiene que renunciar a la expectativa de cumplir el número mínimo de semanas o el capital requerido...» (Sentencia CC T-1075/2012) y que, por el contrario, cuenta con «...la posibilidad de aceptar esta prestación [indemnización sustitutiva] o de optar por la pensión de vejez, para lo cual deberá seguir cotizando hasta el cumplimiento del requisito de semanas de cotización, **siendo esta una decisión libre del afiliado que puede ser tomada en cualquier tiempo...**» Resalta la Sala. (Sentencia CC T-180/2009). (Negrilla texto original)*

A fin de dirimir la controversia, se procedió a revisar el material probatorio obrante dentro del expediente, evidenciándose de la resolución SUB 265592 del 10 de octubre de 2018, que la actora solicitó la mentada indemnización, así:

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Que verificada la petición realizada por la asegurada de fecha 13 de junio con

SUB 265592
10 OCT 2018

radicado No. 2018 6812401, la señora de forma subsidiaria solicita el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez en caso que sea negado el reconocimiento de la pensión de vejez.

Y dentro del escrito inaugural, se indicó:

Resumiendo, ante la negativa por parte de COLPENSIONES, y que le urge a la señora AMPARO MONTAÑA DE ARIAS, para poder sufragar los gastos que tiene, ya que su nieto fue víctima de hurto, por ende tiene que acompañarlo a las citas médicas y demás; sin el reconocimiento a este Derecho, le puede causar deterioro en su salud y afecta su mínimo vital, como quiera que ya cuenta con más de 60 años de edad y su capacidad para laborar no es la misma, y lo que se busca con la pensión de vejez, es tratar de tener una vida digna acorde con su edad como lo ha dicho la Corte en la Sentencia T-398/13.

Lo anterior, son manifestaciones más que suficientes en las que la demandante ha expresado su imposibilidad de seguir cotizando al sistema pensional, lo cual

además se logra apreciar de su historia laboral, toda vez que, desde diciembre de 2008, no ha vuelto a efectuar cotizaciones, lo cual permite concluir que le asiste el derecho a la indemnización solicitada.

A efectos de determinar el monto de la indemnización, se procedió a realizarse la correspondiente operación aritmética por parte de esta instancia, teniendo en cuenta la fórmula contenida en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, obteniéndose el siguiente resultado:

Días cotizados	5763	Salarios por días cotizados	\$4.864.071.438,54
Semanas cotizadas	823,29	Valor del IBL Toda la Vida	2022 \$ 844.017,00
Tabla de la indemnización sustitutiva			
SBC Semanal		\$194.923,09	
PPC		7,38%	
Semanas cotizadas		823,29	
Valor de la indemnización sustitutiva a 2022		\$ 11.837.818,77	

Dicho monto, resulta superior al otorgado en primera instancia; empero, como tal aspecto no fue materia de apelación y, en consulta, no es factible aumentar las sumas, pues ello perjudicaría a la entidad a favor de la cual se surte dicho grado jurisdiccional; por consiguiente, se mantendrá el monto reconocido por el *a quo*, que deberá ser indexado al momento de su pago, tal y como lo ordenó el operador judicial de primer nivel, decisión que esta Sala de decisión considera procedente como quiera que la misma lo que busca es remediar la depreciación económica que aquella sufra en el tiempo transcurrido entre la data de tal incumplimiento y la fecha efectiva del pago, tal como se analizó en sentencias CSJ SL5045-2018, reiterada en CSJ SL2353-2020 y CSJ SL1218-2021.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, por tratarse del grado jurisdicción de consulta.

En mérito de lo expuesto, el 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 consultada, proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

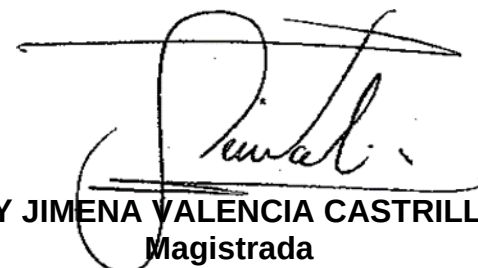
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501420210005801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARIO JOSÉ CORREDOR DEAZO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MARIO JOSÉ CORREDOR DEAZO** se **declare** la ineficacia y nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir por omisión al deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **ordene a** Colpensiones activar su vinculación y a la AFP a devolver el capital ahorrado en su cuenta junto con los respectivos intereses y cuotas de administración; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 1- 16 archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 27 de diciembre de 1955; que inició cotizaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el 02 de febrero de 1974; que inició cotizaciones en el Ministerio de Defensa desde el 02 de febrero de 1974, hasta el 03 de septiembre de 1985; que posteriormente se afilió al

RPM el 17 de febrero de 1986 donde estuvo vinculado hasta abril de 2002; que a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 08 de abril de 2002, de la AFP Porvenir S.A., se trasladó al RAIS, acto que se hizo efectivo el 01 de mayo de 2002; que ese traslado no estuvo precedido de una explicación sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, de las reales consecuencias del acto de traslado, ni de los requisitos que debía cumplir para acceder a las prestaciones en el RAIS y sin efectuarle una proyección pensional; que por ello el tránsito se había realizado con base en información errada, sin su real consentimiento y que mediante escrito el 25 de febrero de 2020, le solicitó a Colpensiones su retorno al RPM, lo cual fue despachado de forma negativa por esta entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 2 – 28 archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 27 de diciembre de 1955; que a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 08 de abril de 2002, de la AFP Porvenir S.A., se trasladó al RAIS y que mediante escrito del 25 de febrero de 2020, el actor le solicitó a Colpensiones su retorno al RPM, lo cual fue despachado de forma negativa por esta entidad. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del 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, 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, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó (f° 1 – 22 archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, sólo aceptó que el actor nació el 27 de diciembre de 1955. Respecto de los demás, indicó que no eran ciertos o que no le constaban. Como excepciones de mérito, 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de marzo de 2023 (archivo 25 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante señor MARIO JOSÉ CORREDOR DEAZA, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO. – CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra actualmente afiliado el demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin desconocer suma de alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, suma debidamente indexada.

TERCERO. – DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO. – CONDENAR EN COSTAS de la acción a las demandadas. Tásense.

Para **fundamentar su decisión**, sostuvo que existía una línea jurisprudencial sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que había determinado en sentencias SL 1688-2019, SL 4811-2020 y SL 752 -2022, entre otras, que se generaba la consecuencia de la ineficacia del traslado ante el incumplimiento del deber de información por parte de las AFP, toda vez que por mandato legal éstas tenían la carga de ilustrar a sus posibles afiliados y con antelación al acto de traslado, de manera cierta, comprensible y oportuna, sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Expuso que, de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se extraían como reglas judiciales que (i) no era necesario que el afiliado fuera beneficiario del régimen de transición para que surgiera la obligación de suministrar la información debida al momento del traslado, debido a que ello era un requisito para la eficacia del acto; (ii) que la AFP tenía la carga el cumplimiento del deber de información cuando se hiciera el cambio de régimen; (iii) que si el afiliado afirmaba no haber recibido la ilustración debida, ello correspondía a un supuesto indefinido que tendría que ser desvirtuado por la AFP a través de medios de convicción suficientes que comprobaran la entrega de una información en los términos previamente indicados y (iv) que ello no se satisfacía a través de allegar al plenario

formularios preimpresos en razón a que si bien ese documento acreditaba la existencia de un consentimiento libre de vicio, no demostraba el de uno informado.

Arguyó que, el deber de información a cargo de las AFP existe desde su creación y se encontraba previsto en la Ley 100 de 1993, entre otras disposiciones normativas; que acogía el carácter vinculante de la jurisprudencia previamente mencionada, por lo que lo procedente era estudiar si en el caso bajo estudio, el traslado del demandante obedeció a una decisión informada; que de acuerdo al momento en que ocurrió, estuviese precedida de una ilustración sobre las condiciones, implicaciones, efectos y riesgos de tal acto.

Indicó que, en este caso estaba por fuera de discusión que el actor nació el 27 de diciembre de 1955, por lo que no era beneficiaria del régimen de transición; que el 08 de abril de 2002, él suscribió formulario de afiliación vinculándose a Horizonte – hoy Porvenir S.A., momento en que tal AFP debió ilustrarlo de manera informada; que por el contrario esa entidad no allegó ningún elemento probatorio que demostrara que cumplió con el deber de información, es decir, que le hubiese ilustrado a la accionante sobre las características, diferencias de cada régimen, los riesgos y beneficios de su cambio.

Manifestó que, del interrogatorio de parte absuelto por el afiliado no se obtuvo confesión alguna de la cual pudiera beneficiarse la AFP, por el contrario, el actor ratificó las omisiones en que incurrió esta demandada al momento del traslado, relacionadas con el deber de información, pues se le trasladaron unos datos aislados, insuficientes e incompletos, sin que se le explicara concretamente sobre las condiciones y características para adquirir el derecho a la pensión en uno y otro régimen, modalidades de pensión, sistema de liquidación y financiación, entre otros aspectos relevantes y se indujo el traslado aduciendo que el ISS iba a desaparecer, por lo que lo procedente era declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS con Porvenir S.A.

Señaló que, con esta determinación no se afectaba la sostenibilidad del sistema, debido a que se están ordenando la devolución de los aportes efectuados por el demandante y son estos recursos los que ayudarán a financiar su pensión de vejez.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción, explicó que como quiera que el asunto debatido comprometía aspectos inherentes al derecho a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible, pues conforme ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia del traslado podía ser solicitada en cualquier tiempo.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, refirió que el a quo no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entiendo que Colpensiones era un tercero que no tuvo intervención en los negocios jurídicos celebrados entre Porvenir y que, en tal sentido, esos actos debían tener efectos interpartes y por ello Colpensiones no podía ser perjudicada; de ahí que, no fuera viable condenar a la administradora pública a recibir al afiliado debido a que con ello se estaba afectando la financiación del sistema pensional.

Agregó que, de encontrarse algún tipo de omisión no debía imponerse condena en costas a Colpensiones justamente porque no tuvo intervención en la presunta omisión y solicitó además que se condenara a la AFP por los daños que Colpensiones pudo percibir con ocasión de su supuesto actuar negligente a la hora de realizar el traslado.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal fin, argumentó que esta AFP actuó de buena fe, que ello había quedado expresado en el formulario de afiliación y que ese era el documento prueba suficiente de la libertad de afiliación del actor; en este caso las indicaciones se dieron de manera verbal y que para dicho momento no existía la obligación de dejar la documentada la asesoría, lo único que se exigía era el formulario de afiliación; que en tal sentido Porvenir cumplió con las obligaciones que le correspondían, vigentes conforme a la normatividad al momento del traslado.

Sobre los gastos de administración y las pólizas de seguro previsional, refirió que no era viable ordenar su devolución toda vez que las AFP estaban expresamente facultadas por la Ley 100 de 1993 artículos 20 y 60 para cobrar dichos valores que incluían un seguro previsional; que además debió tenerse en cuenta que esos valores ya fueron causados, lo que generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, toda vez que la respectiva póliza ya fue pagada en su debido tiempo por el afiliado al haber estado protegido por el seguro previsional de un eventual riesgo; que solicitar su devolución era como solicitar el pago de una prima cuando no ha acontecido dicha contingencia o riesgo.

Frente al tema de los rendimientos, indicó que tampoco era procedente la devolución por dicho concepto, debido a que esas ganancias se habían generado gracias a la debida gestión del dinero a cargo de Porvenir y que si el actor no hubiese pertenecido a ese régimen, dichos rubros no se hubiesen generado. Sobre la indexación afirmó que la condena por este concepto era inviable toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensaba la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que se hubiese generado en los emolumentos a retornar.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS y demás deducciones efectuadas.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **MARIO JOSÉ CORREDOR DEAZO** nació el 27 de diciembre de 1955 (f°13 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS donde cotizó desde el 17 de febrero de 1986, hasta el 30 de abril de 2002, acumulando un total de 253,29 semanas (f°28-31 archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 08 de abril de 2002, se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir, acto que se hizo efectivo el 01 de junio del mismo año (f° 26 y 68 archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), donde permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse

desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ

SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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 (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). 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 (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **08 de abril de 2002, con efectividad del 01 de junio del mismo año** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 - posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara,

comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Frente al reparo formulado por Porvenir según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022, citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993, se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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 ésta 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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales*

de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); al respecto, se observa que el a quo no ordenó la devolución completa de tales emolumentos, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido, ya que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe al afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el actor en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual del actor, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que al respecto formuló Porvenir.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de inejecución del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la inejecución del traslado salió adelante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

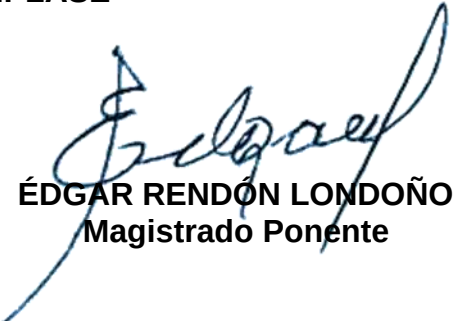
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir, la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105014202000462-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DIANA PATRICIA VIRVIESCAS MURCIA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Diana Patricia Virviescas Murcia** se condene a Colpensiones a reliquidarle la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, tomando como tasa de remplazo el 87% del IBL de los últimos 10 años de cotización, teniendo en cuenta lo dispuesto en las sentencias CSJ SL1947 y SL1981 de 2020; que se condene a la demandada a que pague las diferencias entre la mesada pensional reconocida y el valor que se reliquide debidamente indexado, al pago de costas procesales y agencias en derecho, a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 1, archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 y 2, archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital), señaló que, nació el 26 de mayo de 1956; que prestó sus servicios en el sector público para el Ministerio del Interior desde el 26 de marzo de 1979, hasta el 8 de julio de 1981, periodo que fue cotizado a Cajanal.

Arguyó que, cotizó al ISS un total de 1.138,14 semanas, entre el año 1992, hasta 2011; que mediante resolución No. 119580 del 19 de septiembre de 2011, le fue

reconocida la pensión de vejez por parte de dicho instituto, en donde se tuvo en cuenta para la liquidación de su mesada pensional un porcentaje del 81% del IBL conforme el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición; que a través de solicitud con radicado 2018_7953817 del 9 de julio de 2018, solicitó ante la accionada se incluyera los periodos cotizados en Cajanal y le fuera reliquidada su mesada pensional.

Acotó que, por medio de la resolución SUB 267990 del 11 de octubre de 2018, Colpensiones le negó la solicitud, decisión frente a la cual se interpuso recurso de reposición que se decidió mediante el acto administrativo SUB 309950 del 28 de noviembre de 2018, en la que se confirmó la negativa a la reliquidación pensional.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 16, carpeta 1ª inst. exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó todos y cada uno de los narrados en la demanda. Como medio de defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de intereses moratorios e indexación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio de 2022 (archivos 29 y 30, carpeta 1 instancia, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante Diana Patricia Virviescas Murcia en cuantía de \$2.390.407,20, a partir del 1 de junio de 2011.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar las diferencias resultantes entre la pensión que ha venido pagando y la mesada que realmente le corresponde a partir del 9 de junio de 2015.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar las diferencias adeudadas debidamente indexadas, desde que cada una de ellas se hizo exigible y hasta cuando se verifique su pago.

CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción, en relación con las diferencias pensionales generadas con anterioridad al 9 de julio de 2015 y no probadas las restantes, en tanto no enervaron las pretensiones del libelo.

QUINTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a deducir del valor del retroactivo pensional adeudado los aportes

pertinentes al sistema de seguridad social en salud con destino a la EPS a la cual se encuentra afiliada la demandante.

SEXTO: CONDENAR en costas de la acción a la parte demandada, tásense.

Como **fundamento de su decisión** sostuvo que, lo pretendido por la demandante consistía en que se le contabilizara los tiempos laborados en el sector público y no cotizados al ISS para incrementar la tasa de reemplazo con que debe liquidarse la mesada pensional, precisó que, la Corte Constitucional desde la sentencia SU 769 de 2014, encontró procedente la sumatoria de tiempos públicos y privados para efectos del reconocimiento de la prestación pensional regulada por el acuerdo 049 de 1990, ello en virtud del principio de favorabilidad contenido en los artículos 53 de la Constitución Nacional y el artículo 21 del CST; que posteriormente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 1947 de 2020, estableció la procedencia de acumulación de tiempos públicos y privados con Acuerdo 049 de 1990.

Relató que, el argumento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para permitir dicha acumulación tenía como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse con el propósito de que quedaran cobijados por la legislación precedente en los aspectos definidos por el legislador, criterio que había sido reiterado en sentencia CSJ SL2590, SL2557, SL3110, SL3838, SL3657 y SL 4880, todas del año 2020; que la Sala Laboral de la alta Corporación sostuvo que también sería aplicable dicho razonamiento no solo para el reconocimiento pensional con los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad, sino que también para obtener el reajuste o liquidación de la pensión.

Señaló que, en el presente asunto, a la demandante se le había reconocido la pensión de vejez bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, a través de la resolución No. 229580 de 19 de septiembre 2011, al haber acreditado 55 años de edad el 26 de mayo de 2011 y contar con 1.138,14 semanas de cotizaciones en el sector privado; indicó que, de la historia laboral se extraía que había cotizado a Cajanal del periodo comprendido entre el 26/03/1979 al 08/07/1981, con el empleador Ministerio del Interior; que al sumarse dicho periodo acreditaba un total de 1.255,56 semanas de cotización, por lo cual era viable que se incrementará la tasa de remplazo en un 90%, y, por lo tanto, se le reajustará la pensión de vejez a partir de 01/06/2011.

Aclaró que, como no existía controversia frente al IBL calculado por Colpensiones y que se basó en lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado durante los diez (10) últimos años anteriores al reconocimiento

de la pensión y que arrojó una suma de \$2.656.008, al aplicarse el porcentaje del 90% se obtenía un monto de \$2.390.407,20, como primera mesada.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción, estableció que debía declararse prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al día 9 de julio de 2015.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que, el Juzgado hacía referencia a la sumatoria de tiempos públicos y privados; sin embargo, tal decisión no era viable para la reliquidación de la mesada pensional, por cuanto lo que se buscaba con dicha sumatoria era proteger el derecho pensional del afiliado que no ha podido acceder a ella, al no alcanzar el número de semanas requeridas.

Señaló que, el reconocimiento de la pensión de vejez efectuada por la entidad se encontraba ajustada a derecho, sobre la cual la actora no había interpuesto recurso alguno, quedando debidamente ejecutoriada, en ese sentido, no se estaba desprotegiendo al acceso a la prestación, en tanto, se encontraba disfrutando de la misma.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar lo siguiente: **i)** si es posible la sumatoria de tiempos laborados por la actora en el sector público, no cotizados al ISS hoy Colpensiones, para la reliquidación o reajuste de su mesada pensional.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Diana Patricia Virviescas Murcia efectuó cotizaciones a Colpensiones entre el 04/05/1982, hasta el 31/05/2011, para un total de 1.138,14 semanas (f° 5, archivo 03, carpeta 1 instancia, exp. Digital); **ii)** que también realizó

cotizaciones pensionales en el sector público con el Ministerio del Interior entre el 26/03/1979, hasta el 08/07/1981, aportes que se realizaron a través de Cajanal (f° 2, archivo 03, carpeta 1 instancia, exp. Digital); **iii)** que el ISS hoy Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a través de resolución No. 119580 del 19 de septiembre de 2011, en cuantía de \$2.151.367, a partir del 1 de junio de 2011, por ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dando aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año (f° 10, archivo 03, carpeta 1 instancia, exp. Digital); **iv)** que el día 9 de julio de 2018, solicitó ante la entidad demandada la reliquidación de su mesada pensional con el fin de que se tuviera en cuenta las semanas cotizadas en el sector público, solicitud que fue negada mediante resoluciones SUB 267990 del 11 de octubre de 2018 y SUB 309950 del 28 de noviembre de 2018 (f° 13 a 19, archivo 03, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Reliquidación o reajuste pensional de tiempos laborados en el sector público y no cotizados al ISS hoy Colpensiones

Sobre el tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia partir del año 2020, realizó un nuevo análisis y tomó otra postura frente a la sumatoria de tiempos públicos y privados en el marco del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para indicar que ello es procedente, por cuanto una de las finalidades de la Ley 100 de 1993, había sido la de unificar los distintos regímenes pensionales existentes, lo cual también se hacía extensivo a los beneficiarios del régimen de transición, y pese a que tenían aplicación *ultractiva* de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás se seguían rigiendo por la mentada Ley 100; aunado a ello, el literal f) del artículo 13, del parágrafo 1 del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disponía expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así estos no hubieran sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, aspecto que también se hacía extensivo a la reliquidación de la pensión vejez. Así se precisó en sentencia CSJ SL2557-2020, en la que dijo:

Pues bien, en recientes pronunciamientos la Corte cambió de criterio jurisprudencial y estableció que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020). Precisamente, en la primera referida, la Corporación explicó:

No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición

de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

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

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

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

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

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión. (Negrilla y Subrayado fuera del texto original).

Dicho criterio se reiteró en sentencia CSJ SL3801-2021, en donde la alta Corporación señaló:

Esta Sala durante muchos años sostuvo que no era procedente en el marco del Acuerdo 049 de 1990, aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, sumar tiempos privados y públicos no cotizados al ISS. Sin embargo, desde la sentencia CSJ SL1981-2020, reiterada en CSJ SL3110-2020, CSJ SL4480-2020, SL182-2021, entre otras, abandonó tal criterio.

Los argumentos expuestos en la citada sentencia, y a los cuales acude hoy la Sala para declarar fundado el cargo y dar respuesta al opositor, son los siguientes:

1. EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES ES UN SISTEMA INSPIRADO EN EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD Y EN EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO COMO PARÁMETRO DE CONSTRUCCIÓN DE LA PENSIÓN

La Ley 100 de 1993 tuvo como eje central la necesidad de unificar la pluralidad de regímenes pensionales preexistentes, en un sistema único, inclusivo y universal denominado «sistema general de pensiones», que permitiera la construcción de sus prestaciones a partir del concepto de trabajo.

Esta Sala ha subrayado en distintas oportunidades este objetivo de la Ley 100 de 1993 consistente en superar las fronteras impuestas por los anteriores regímenes pensionales, que coexistían dispersamente y condicionaban la validez de los tiempos laborados a situaciones tales como que hubieran sido objeto de aportes, laborados en determinados sectores o entidades, cotizados a específicos entes previsionales, entre otras, condiciones y limitaciones que en la nueva regulación se eliminaron, para, en su lugar, tomar como referente de construcción de la pensión la prestación del servicio en cuanto tal. De allí que «al suprimir estas barreras, que obstaculizaban la adquisición del derecho pensional, la L. 100/1993 se erija en un estatuto normativo inclusivo, anti clasista y unificador de regímenes pensionales, como se expresa en su art. 6.º, al prescribir que «el Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad» (CSJ SL11188-2016).

Por este motivo, el sistema le concedió validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

En efecto, el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio. A su turno, el párrafo 1.º del artículo 33 del mencionado estatuto de seguridad social, también le concede validez para efectos del cómputo de semanas, a los tiempos laborados como servidores públicos.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha avanzado en una línea que aboga por darle efecto a todos los tiempos laborados para cubrir pensiones de la Ley 100 de 1993, dentro de las cuales se encuentran las del régimen de transición. Así ocurrió con la pensión de jubilación de la Ley 71 de 1998 (CSJ SL4457-2014), la orden de giro de títulos pensionales cuando el empleador, debido a su omisión, vacíos legales o falta de cobertura en un territorio, no afilió a sus trabajadores al ISS (CSJ SL14215-2017) o el cómputo en semanas del servicio militar (CSJ SL11188-2016). Todo lo anterior bajo la premisa de que a la luz de la Ley 100 de 1993, «los tiempos laborados deben tener alguna incidencia pensional, no pueden perderse sin más. Y esto no se trata de una dádiva o un acto de compasión, sino de un derecho irrenunciable, ligado a la prestación del servicio», del que se beneficia la sociedad en su conjunto (CSJ SL1140-2020).

Desde este punto de vista, se asevera que a diferencia de los regímenes anteriores, la Ley 100SL de 1993 tuvo un efecto homogeneizador que se traduce en la convalidación de todos los tiempos laborados, lo cual se hace extensivo a los beneficiarios del régimen de transición, no solo porque a ellos les aplica en su plenitud las reglas del sistema general de pensiones, salvo en lo que concierne a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto; también porque estas personas eran las que sufrían las consecuencias de la legislación preexistente, caracterizadas por la dispersión de regímenes y responsabilidades, donde algunas semanas eran desechadas o reputadas como no válidas para pensión.

2. LAS PENSIONES DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN HACEN PARTE DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y, POR TANTO, A SUS BENEFICIARIOS LES APLICAN LOS PRECEPTOS NORMATIVOS QUE ORDENAN LA SUMATORIA DE TIEMPOS PÚBLICOS NO COTIZADOS Y PRIVADOS SUFRAGADOS AL ISS, HOY COLPENSIONES

Como se dijo, la Ley 100 de 1993 tuvo como premisa fundamental la necesidad de unificar la pluralidad de regímenes pensionales preexistentes, en un sistema global. Sin embargo, frente a ciertos segmentos de la población próximos a

pensionarse según las reglas anteriores, la Ley 100 de 1993 instituyó en su artículo 36 un régimen de transición, el cual, sin aislarse de los principios rectores y preceptos del sistema general de pensiones, otorga ciertos privilegios a esas personas en tres materias puntuales: edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la pensión, dejando claro que «las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (sic)».

De esta forma, el régimen de transición no es un mundo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, es una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior significa que para estas personas la forma de computar o establecer el número de semanas se rige por lo dispuesto en el literal f) del artículo 13 y el párrafo 1.º del artículo 33, disposiciones que, expresamente, consagran la suma de tiempos públicos, hayan sido o no objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Por tanto, no hay razón alguna que justifique inaplicar las normas en cita para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior es el del Acuerdo 049 de 1990, pues, en estricto rigor, dichas personas están afiliadas del sistema general de pensiones, conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 100 de 1993. Luego, les asiste el derecho a la portabilidad de las semanas efectivamente laboradas, independientemente de que su empleador público no las hubiera cotizado al ISS o a otra caja o entidad de previsión social.

Con otras palabras: si los beneficiarios del régimen de transición son afiliados al sistema general de pensiones y están sometidos a su regulación -salvo los tres aspectos referidos-, ello apareja como consecuencia lógica el derecho a que las directrices y principios rectores de este sistema se les aplique, de manera axiológicamente coherente, de manera integral, tal como ocurre con la posibilidad que se contabilicen en su favor todas las semanas laboradas para el otorgamiento de las prestaciones.

3. EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 ES CLARO EN QUE PARA LA PENSIÓN DE VEJEZ DE LOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN SE DEBE TENER EN CUENTA LA SUMATORIA DEL TIEMPO DE SERVICIO PÚBLICO Y LAS SEMANAS COTIZADAS AL ISS O A ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL

Aunque la Ley 100 de 1993 es clara en que las pensiones del régimen de transición se regulan por todas las disposiciones de esa normativa (excepto los tres aspectos ya referenciados), incluido lo dispuesto en el literal f) del artículo 13 y el párrafo 1.º del artículo 33 conforme se explicó a espacio, en el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador quiso ser mucho más incisivo en tal aspecto.

En efecto, en dicha disposición recalcó que «para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio».

Tal proposición normativa no puede entenderse referida a la pensión de vejez ordinaria prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como otrora lo adocrinó la Sala en sentencia CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611, toda vez que está inmersa en el artículo que regula el régimen de transición. Pero, además, es equivocado concebir que un inciso incorporado en una disposición que regula temáticamente un asunto, en este caso, el régimen de transición, no se

refiera a la materia reglamentada sino a otra diferente y consagrada en artículo distinto. Más aún, este precepto no es más que la expresión de coherencia del sistema de seguridad social, en cuanto reconoce el trabajo humano como pilar fundamental del sistema de protección social y, por ello, pretende darle significación en la causación de las pensiones.

4. LA LEY 100 DE 1993 PREVIÓ MECANISMOS DE FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES DE LOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

En aras de materializar la idea de que el trabajo humano cuenta en la seguridad social, la Ley 100 de 1993 previó sendos instrumentos de financiación tales como los cálculos actuariales o las cuotas partes pensionales, que permiten portar y hacer valer las semanas de trabajo para efectos del reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales. Es decir, la Ley 100 de 1993 anticipó las disfuncionalidades que podrían presentarse de tomar en cuenta todos los tiempos cotizados en el ISS o en las múltiples cajas que existían, o el tiempo laborado a empleadores que tenían a su cargo las pensiones, para lo cual instituyó mecanismos de financiación de las pensiones a través de títulos o cuotas partes, que dicho sea de paso en este caso, corresponde a 14 años, 11 meses y 19 días de servicio que se cubrirán con la última de las modalidades citadas, tal como lo dispone la ley.

Por consiguiente, el argumento de una debacle financiera se cae de su peso, ya que, se repite, el sistema prevé mecanismos eficientes de recaudo de los títulos o dineros llamados a financiar la pensión.

En lógica con lo anterior, esta Sala en sentencia CSJ SL2557-2020, reiterada en la CSJ SL2776-2021, estableció la posibilidad de aplicar tal criterio en tratándose de la reliquidación de la pensión.

Dadas estas razones, las cuales en esta oportunidad se reiteran, el cargo es fundado y se casará parcialmente la sentencia en cuanto a la posibilidad de reliquidar la pensión consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, con la inclusión de tiempos públicos laborados para la Contraloría General de la República. (Negrilla texto original).

Conforme al anterior criterio doctrinal, encuentra la Sala que los fundamentos establecidos por el *a quo* para reliquidar la mesada pensional de la actora, es acorde con los fundamentos jurídicos enseñados por la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, los cuales esta Sala de Decisión acoge.

Como bien se dijo precedentemente, no es objeto de discusión que la demandante viene disfrutando de la pensión de vejez desde el 1 de junio de 2011, la cual se reconoció bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con base en 1.129 semanas de cotización a Colpensiones, sobre un IBL de \$2.656.008, al que se le aplicó una tasa de remplazo del 81%.

Revisada la historia laboral actualizada al 11 de noviembre de 2020 (f°45, archivo 15, expediente administrativo, carpeta 1 instancia, exp. Digital), como se adjunta a continuación, la demandante acredita un total de **1.138,14 semanas** de

solicitud de reliquidación de la pensión hasta el 9 de julio de 2018, que se resolvió a través de los actos administrativos SUB 267990 del 11 de octubre de 2018 y SUB 309950 del 28 de noviembre de 2018, y la demanda se instauró el 9 de diciembre de 2020 (f° 1, archivo 06, carpeta 1 instancia, exp. Digital), transcurriendo más de 3 años; desde el momento en que se concedió la prestación (19 de septiembre de 2011), hasta el momento en que se presentó la solicitud de reliquidación pensional (9 de julio de 2018); por lo tanto, se declararán prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 9 de julio de 2015, tal como fue analizado por la Juez de primera instancia.

RETROACTIVO PENSIONAL

Conforme con lo dispuesto en el artículo 283 del CGP, se actualizará el valor de las condenas impuestas a cargo de Colpensiones, hasta la fecha en que se profiera la presente decisión, sin perjuicio de lo que llegare a causarse hasta el pago efectivo. Así las cosas y efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, se obtiene un valor de \$36.366.925, conforme la siguiente liquidación:

Año	Desde	Hasta	Incremento	Valor mesada reliquidada	Valor mesada pagada	Diferencia	No pagos	Retroactivo
2011	1/06/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 2.390.407,20	\$ 2.151.367,00	\$ 239.040,20	Prescrito	
2012	1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 2.479.569,00	\$ 2.231.613,00	\$ 247.956,00		
2013	1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 2.540.070,00	\$ 2.286.064,00	\$ 254.006,00		
2014	1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 2.589.347,00	\$ 2.330.414,00	\$ 258.933,00		
2015	1/01/2015	8/07/2015	3,66%	\$ 2.684.117,00	\$ 2.415.707,00	\$ 268.410,00		
2015	9/07/2015	31/12/2015	0,00%	\$ 2.684.117,00	\$ 2.415.707,00	\$ 268.410,00	7	\$ 1.878.870,00
2016	1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 2.865.832,00	\$ 2.579.250,00	\$ 286.582,00	13	\$ 3.725.566,00
2017	1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 3.030.617,00	\$ 2.727.557,00	\$ 303.060,00	13	\$ 3.939.780,00
2018	1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 3.154.569,00	\$ 2.839.114,00	\$ 315.455,00	13	\$ 4.100.915,00
2019	1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 3.254.884,00	\$ 2.929.398,00	\$ 325.486,00	13	\$ 4.231.318,00
2020	1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 3.378.570,00	\$ 3.040.715,00	\$ 337.855,00	13	\$ 4.392.115,00
2021	1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 3.432.965,00	\$ 3.089.671,00	\$ 343.294,00	13	\$ 4.462.822,00
2022	1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 3.625.898,00	\$ 3.263.311,00	\$ 362.587,00	13	\$ 4.713.631,00
2023	1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 4.101.616,00	\$ 3.691.457,00	\$ 410.159,00	12	\$ 4.921.908,00
Valor del retroactivo pesonal								\$ 36.366.925,00

Por lo anterior, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia apelada en el sentido de incorporarse el valor del retroactivo, en lo demás se confirmará.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

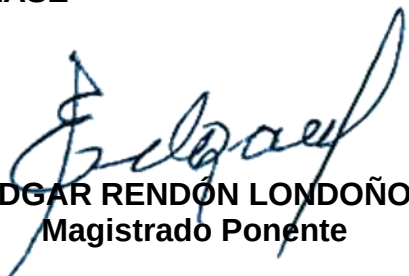
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en tener como valor del retroactivo de las diferencias de mesadas entre el 9 de julio de 2015, al 30 de noviembre de 2023, la suma de \$36.366.925, sin perjuicio de lo que llegare a causarse hasta el pago efectivo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501320210009501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	VÍCTOR HERNANDO PARRA GAVIRIA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - MANUEL AUGUSTO BARRAGÁN FORERO

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Víctor Hernando Parra Gaviria** que se declare que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones debe reconocer la pensión de sobrevivientes a su favor, con ocasión del fallecimiento de su compañera permanente, la señora Olga Hormiga Neira, a partir del 29 de enero de 2015. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Colpensiones a reconocer y a pagar en su favor la mentada prestación desde tal fecha, junto con el retroactivo pensional, el pago de intereses moratorios, las costas, agencias en derecho y lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °01 a 22 archivo 01, carpeta 1ª inst.), señaló en síntesis, que convivió en unión marital de hecho desde el 30 de julio de 2005, hasta el 29 de enero de 2015, con la señora Olga Hormiga Neira, día en el que ésta última falleció; que el 16 de septiembre de 2014, la mentada señora radicó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el reconocimiento de la pensión; que al momento del fallecimiento de su compañera, la administradora no

había resuelto su solicitud; que mediante Resolución GNR 31482 del 11 de febrero de 2015, con posterioridad a la fecha del deceso, Colpensiones reconoció la pensión de vejez en favor de la señora Olga Hormiga Neira a partir del 16 de septiembre de 2011; que ella fue incluida en nómina para el período de febrero de 2015, pero que fue retirada con ocasión de su fallecimiento; que él en calidad de compañero permanente y el señor Manuel Augusto Barragán Forero radicaron reclamación en Colpensiones, solicitando la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de la pensionada.

Agregó que, la demandada mediante resolución GNR 247381 del 22 de agosto de 2016, resolvió, en primer lugar, que se revocara la Resolución GNR 31482 del 11 de febrero de 2015, argumentando que existían inconsistencias en el número de semanas de cotización, las cuales no ascendían a 1290 sino a 908; en segundo lugar, que en todo caso debía mantenerse la pensión de vejez post – mortem debido a que su compañera fallecida era beneficiaria del régimen de transición y finalmente, que se negaría el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a él y al señor Manuel Augusto Barragán, por existir controversia respecto del tiempo de convivencia; que contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición, el cual fue despachado desfavorablemente.

Refirió que en conjunto con la fallecida declararon su unión marital de hecho por medio de declaración extra juicio del 30 de julio de 2008, en la Notaría 29 del Círculo de Bogotá; que ambos convivieron bajo el mismo techo, junto con el hijo de la fallecida, Manuel Eduardo Barragán Hormiga, persona que ejercía violencia física en su contra, conforme quedó evidenciado en sentencia del Juzgado Tercero Penal con Función de Conocimiento de Bogotá del 18 de febrero de 2018, en la que se condenó a aquel por el delito de violencia intrafamiliar; que por lo expuesto, tuvo que abandonar el hogar conformado con la fallecida; que con ocasión de esa situación presentó episodios depresivos.

Arguyó que, el señor Manuel Augusto Barragán, padre de Manuel Eduardo Barragán Hormiga y ex pareja de la señora Olga Hormiga Neira, al momento de enterarse del fallecimiento de esta, realizó una declaración juramentada en la que afirmó que estuvo en convivencia con ella desde el 21 de mayo de 1984, hasta su muerte, aseveración que era falsa como quiera que él abandonó a la pensionada desde el año 1987, y que desde el año 1990, se encontraba viviendo en Estados Unidos.

Señaló que, inició proceso de unión marital de hecho ante el Juzgado 31 de Familia del Circuito de Bogotá, en el que se declaró la existencia de la unión marital de hecho desde el 30 de julio de 2005, al 7 de marzo de 2013; que él y la señora Olga Hormiga Neira convivieron hasta el 7 de marzo de 2013, no porque se hubiese producido una ruptura, sino a causa de las agresiones físicas del hijo de ella y que, en todo caso, mantenían constante contante como pareja y apoyo mutuo.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó (archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la señora Olga Hormiga Neira radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento de pensión de vejez; que el 29 de enero de 2015 ella falleció; que mediante resolución GNR 31482 del 11 de febrero de 2015, Colpensiones reconoció la pensión de vejez en favor de aquella a partir del 16 de septiembre de 2011; que ella fue incluida en nómina para el período de febrero de 2015, pero que fue retirada con ocasión de su fallecimiento; que el demandante en calidad de compañero permanente y el señor Manuel Augusto Barragán Forero radicaron reclamación en Colpensiones, solicitando la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de la pensionada; que mediante resolución GNR 247381 del 22 de agosto de 2016, la administradora resolvió que se revocara la Resolución GNR 31482 del 11 de febrero de 2015, argumentando que existían inconsistencias en el número de semanas de cotización; que contra la anterior decisión el demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue despachado desfavorablemente. Respecto de los demás hechos afirmó no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, inoponibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento jurídico, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción, caducidad y genérica.

El a quo mediante auto del 08 de noviembre de 2022, tuvo por no contestada la demandada por parte del señor MANUEL AUGUSTO BARRAGÁN FORERO, decisión contra la que no interpuso recurso alguno.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de mayo de 2021 (archivo 33, carpeta 1ª inst.), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER de todas las pretensiones elevadas dentro de este proceso a Colpensiones, conforme a lo que se estudió en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación, conforme a las razones antes expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: En caso de no apelarse esta decisión, por haber sido totalmente adversa a las pretensiones del demandante, remítase el proceso en grado jurisdiccional de consulta en favor de éste, en los términos del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

QUINTO: Por Secretaría, 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 fundamentar su decisión, señaló que de entrada debía verificarse si la señora Olga Hormiga Neira dejó causada la pensión de sobrevivientes; que al respecto se tenía que en la resolución GNR 2473081 del 22 de agosto de 2016, Colpensiones había indicado que del estudio del expediente se desprendía que la señora Hormiga cumplió 55 años de edad el 12 de julio de 2007; que entre el 13 de julio de 1987, y el 12 de julio de 2007, había acreditado 603 semanas, esto es, 11 años, 8 meses y 18 días; que no era cierto que Colpensiones hubiese reconocido pensión de vejez a la fallecida, como quiera que en resolución GNR 2473081 del 22 de agosto de 2016, tal prestación fue revocada.

Agregó que, de la revisión de la totalidad de las pruebas aportadas tanto por el demandante como por la accionada, no se lograba vislumbrar que con posterioridad a la revocatoria del acto administrativo que inicialmente había reconocido una pensión de vejez a la ahora fallecida, Colpensiones hubiese otorgado tal prestación; que con ocasión de ello, era menester entrar a establecer si a la señora Olga Hormiga Neira debió otorgársele la pensión de vejez postmortem en calidad de beneficiaria del régimen de transición con base en los requisitos del Acuerdo 049 del 1990; que para ello se debía recordar que conforme al artículo 36 de la Ley 100 del 1993, este régimen de transición era para las personas que a la entrada en vigencia de la mentada Ley ocurrida el 01 de abril de 1994, contaran con 35 años en el caso de mujeres y 40 años para los hombres o 15 años de servicios cotizados; que en este caso estaba acreditado que la fallecida nació el 12 julio de 1952, de modo que para el 1 de abril de 1994 contaba con 41 años, lo que la hacía beneficiaria del mentado régimen.

Arguyó que, el artículo 12 del Acuerdo 049 del 1990, establecía como requisitos para alcanzar la pensión de vejez, tener 500 semanas de cotización dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, que para el caso de las mujeres son 55 años, o 1000 semanas en cualquier tiempo; que en este caso la fallecida cumplió los 55 años el 12 de julio del 2007; que en tal virtud para ese día, la señora Olga Hormiga había cumplido 55 años y contaba con 602,79 semanas de cotización, es decir, que dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad superaba 500 semanas de cotización.

Expuso que, sin perjuicio de lo anterior, Colpensiones en resolución GNR 247389 del 22 de agosto de 2016, revocó en todas sus partes la resolución 31482 del 11 de febrero de 2016, en la que se había reconocido la pensión de vejez post mortem a la señora Olga Hormiga; que conforme el contenido de ese documento, se tenía que ella se había trasladado al RAIS para posteriormente retornar al RPM en marzo de 2004; que sobre esta situación la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2929 - 2022, ha establecido que los afiliados que se trasladen al RAIS pierden el régimen de transición a menos que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones contaran 15 años o más de servicios laborados o cotizados, postura que ha sido ratificada en sentencia SL16356 – 2016.

Con base en lo anterior, refirió que la señora causante habría podido mantener el régimen de transición incluso con su traslado al RAIS si hubiese contado con 15 años o más de servicios laborados al 01 de abril de 1994, pero que para esa data ella contaba tan solo con 283,86 semanas cotizadas, espacio inferior a los mentados 15 años y, en consecuencia, no podía reconocérsele una pensión de Vejez post mortem en virtud del régimen de transición. Asimismo, agregó que ella tampoco contaba con las semanas exigidas para la pensión de vejez establecidas en la Ley 797 del año 2003, de manera que tampoco podría reconocerse la pensión de sobrevivientes en favor del demandante.

Posteriormente, manifestó que debía entonces verificarse si la fallecida dejó causada la pensión como afiliada; que, al respecto, el artículo 46 de la Ley 100 del 93, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 del año 2003, vigente para la época del deceso de la señora Olga Hormiga, requería que el afiliado fallecido hubiera cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores a su deceso; que en este caso, la señora Hormiga Neira falleció el 29 de enero de 2015 y que conforme se verificaba de los documentos obrantes en el plenario, ella en los 3 años anteriores a su deceso no efectuó cotizaciones; que al ser claro que no cumplió los requisitos

para que se causara la pensión de sobrevivientes como pensionada ni en su calidad de afiliada, resultaba infructuoso hacer un estudio frente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Por lo expuesto, concluyó que debía absolverse a la parte demandada de la totalidad de las excepciones y que se tendría como probada la inexistencia de la obligación reclamada.

RECURSO DE APELACIÓN

EL DEMANDANTE impetró recurso de apelación solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Para tal efecto, adujo que la señora Olga Hormiga Neira, sí dejó acreditado el derecho a la pensión de vejez en vida y por consiguiente, que le asistía derecho a la sustitución pensional; que la Jueza no tuvo en cuenta que la señora Olga Hormiga Neira tenía cotizadas al Sistema General de Pensiones 1290 semanas reportadas en su historia laboral y con las cuales la entidad demandada le reconoció la prestación económica de la pensión de vejez con la resolución GNR 31482 del 11 de febrero de 2015.

Afirmó que, si bien era cierto que Colpensiones inició una investigación el 17 de enero del 2015, con el fin de verificar si las 595 semanas que se registraron en la historia laboral tradicional de la señora Olga Hormiga Neira habían sido realmente cotizadas, lo cierto era que para el momento en que la administradora inició tal investigación, la señora Hormiga Neira ya había fallecido, por lo que esta no pudo ejercer su derecho de defensa y contradicción frente al supuesto fraude de los períodos de cotización; que en esas condiciones se estaría vulnerando el derecho al debido proceso de la afiliada, puesto que, como se dijo, a ella en vida nunca se le notificó de tal investigación y era ella la única que podía probar o defenderse; que el demandante no tenía cómo iniciar el proceso de defensa de la señora Olga Hormiga Neira.

Refirió también que para la fecha en que la señora Olga Hormiga Neira falleció no estaban todavía en vigencia las sentencias que sirvieron de base para el fallo respecto a los criterios que establece la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la necesidad de contar con quince años de servicios para no perder el régimen de transición, una vez se efectuó un traslado.

Respecto de las pruebas de la convivencia de la causante con el demandante, afirmó que se encontraba probado que convivieron hasta la fecha del fallecimiento de

la primera; que aunque durante los últimos años de relación no habitaron bajo el mismo techo, ello se debió a causas que no fueron atribuibles a la pareja, sino por la violencia intrafamiliar del cual era víctima el demandante por parte del hijo de la señora Olga Hormiga Neira; que el requisito de la convivencia quedó probado con la recepción de los testimonios.

CONSIDERACIONES

La Sala de Decisión, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso de apelación presentado por el demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar si al demandante le asiste el derecho a percibir la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de la señora Olga Hormiga Neira.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Olga Hormiga Neira nació el 12 de julio de 1952 (archivo GEN-DDI-AF-2014_76955 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst.); **ii)** que falleció el 29 de enero de 2015 (fº 57 archivo 01, carpeta 1ª inst.); **iii)** que al inicio de su vida laboral se afilió al entonces ISS (archivo GRP-SCH-HL-665544333 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst.); **iv)** que en enero de 1998, se trasladó al Régimen de Prima Media (archivo GRP-SCH-HL-665544333 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst.); **v)** que en octubre de 2003, la señora Olga Hormiga Neira retornó al Régimen de Prima Media (archivo GRP-SCH-HL-665544333 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst.); **vi)** que Colpensiones mediante resolución GNR31482 del 11 de febrero de 2015, reconoció la pensión de vejez en favor de la fallecida, con base en la historia laboral de esa data que registraba 1.290 semanas de cotización (archivo GRP-COM-EN-2015_12207 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst.); **vii)** que Colpensiones por medio de Auto No. 213 del 14 de diciembre de 2015, **aperturó Investigación Administrativa Especial No. 251 de 2015 por unas posibles alteraciones indebidas en la historia laboral de la señora Olga Hormiga Neira correspondientes a los períodos del 16 de febrero de 1974, al 30 de diciembre de 1982**, (archivo GRP-COM-EN-2015_12207 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst.); **viii)** que Colpensiones al interior de la Investigación Administrativa Especial No. 251 de 2015 encontró que se crearon 595 semanas sin

soporte, por lo que se dispuso corregir la historia laboral para suprimir esas semanas (archivo GEN – ANE-CM-2016_13997- carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst); **ix)** que Colpensiones mediante resolución GNR 247381 del 22 de agosto de 2016, dispuso revocar integralmente la resolución GNR31482 del 11 de febrero de 2015, negar el reconocimiento de la pensión de vejez post-mortem a la señora Olga Neira Hormiga y, en consecuencia, negar el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a favor del demandante y del señor Manuel Augusto Barragán Forero (archivo GEN – ANE-CM-2016_13997- carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst); y **x)** que de conformidad con historia laboral actualizada al 08 de marzo de 2019, la causante acumuló un total de 908,29 semanas de cotización (archivo GRP-SCH-HL-665544333 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, en tratándose de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto, tuvo ocurrencia el 29 de enero de 2015. Es así como bajo tal entendido, la disposición que gobierna tal situación pensional es el artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del **pensionado por vejez** o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del **afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento** y se acrediten las siguientes condiciones [...]. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).*

Dilucidado lo anterior, resulta manifiesto que el acceso a la pensión de sobrevivientes se encuentra condicionado, entre otros requisitos¹, a que el fallecido tuviese la calidad de pensionado o a que, siendo afiliado, hubiese cotizado cincuenta semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso.

En el caso que nos ocupa, como se dejó claro en apartados anteriores, el señor Víctor Hernando Parra solicita que se reconozca en su favor la pensión de sobrevivientes como compañero supérstite de la señora Olga Hormiga Neiva, quien según su dicho, había cumplido los requisitos para acceder a la pensión previo a su

¹ Aquellos contenidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

deceso. Así pues, con ocasión del recurso de alzada formulado por el demandante en contra de la decisión de primera instancia que negó el reconocimiento de la referida prestación, le corresponde a esta Sala, verificar si causante la Olga Hormiga Neiva al momento de su deceso había dejado causada la pensión de vejez o si, en caso contrario, siendo afiliada, había acumulado cincuenta semanas en los tres años anteriores a su muerte. Una vez esclarecido lo anterior y solo de llegar a determinarse que la causante cumplía con alguno de los dos supuestos, esta Corporación evaluará si el demandante cumple con los requisitos de Ley para ser beneficiario de la prestación que reclama.

ESTUDIO DE LA CAUSACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ DE LA FALLECIDA

La parte actora sostiene en su recurso de alzada, que la señora Olga Hormiga Neira al momento de su fallecimiento cumplía las condiciones previstas por el ordenamiento jurídico para ser acreedora de la pensión de vejez, por ello se hace necesario entonces identificar cuáles eran los requisitos que debía cumplir la causante para ser beneficiaria de tal prestación. Al respecto, se tiene que no existe discusión en que la señora Olga Hormiga Neiva nació el 12 de julio de 1952, circunstancia que en principio la haría beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la entrada en vigencia de la mentada normativa (ocurrida el 01 de abril de 1994), ella contaba con 42 años. Sobre las condiciones para acceder a esa prerrogativa, el referido artículo 36 establece:

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

*La edad para acceder a la pensión de vejez, **el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados**, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.*

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE

*< CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-789-02 de 24 de septiembre de 2002> **Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se***

acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Cabe precisar en este punto que, la Corte Constitucional en sentencia C-789 del 2002 condicionó la exequibilidad del precitado inciso cuarto, en el sentido de que el mismo no tenía aplicación para *«quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993 [...]»*.

Visto todo lo anterior, se tendría entonces que en principio la causante era beneficiaria del régimen de transición lo que implicaría que los requisitos de edad y tiempo de servicio o de cotización que tendría que haber cumplido para acceder a la pensión de vejez, eran los previstos en el régimen que aplicaba con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, que, para su caso, por ser trabajadora del sector privado, corresponderían a los establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

Sin embargo, tal y como fue previsto por el Legislador en el inciso cuarto de la norma precitada, la posibilidad de ser beneficiario de tal prerrogativa se pierde cuando el afiliado se traslada voluntariamente al RAIS, a menos que contara con 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), caso en el que se mantendría tal beneficio, conforme lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-789-02. En efecto, si el afiliado beneficiario del régimen de transición realiza un traslado de régimen sin contar con 15 años o más de servicios cotizados al 01 de abril de 1994, deberá acogerse a los requisitos previstos en la nueva normatividad (Ley 100 de 1993) para acceder a la pensión de Vejez. Tal criterio fue ratificado por la Corte Constitucional en sentencia SU – 062 de 2010, en la que sostuvo lo siguiente:

*Es decir, aunque la Corte consideró acordes con la Constitución las disposiciones que prescriben que la protección de régimen de transición se extingue cuando la persona escoge el régimen de ahorro individual o se traslada a el, aclaró que las normas expresamente circunscriben tal consecuencia a sólo dos de los tres grupos de personas que ampara el régimen de transición: **(i) mujeres mayores de treinta y cinco y (ii) los hombres mayores de cuarenta.***

Por tanto, (iii) las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el traslado al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Asimismo, sobre este particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1309-2021, reseñó:

Dilucidado lo anterior, resulta pertinente precisar que acorde con lo establecido en el inciso 4° de la Ley 100 de 1993, y en concordancia con el alcance que a este precepto le dio 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, en cuyo caso se sujetarán a las condiciones allí previstas; no obstante, en dicha providencia también se previó la recuperación de esa prerrogativa, para los asegurados que decidan retornar al RPM, siempre y cuando a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieran 15 o más años de servicios o su equivalente en cotizaciones.

Aclarado lo anterior, es preciso ahora mencionar que de conformidad con la historia laboral actualizada al 8 de marzo de 2017, emitida por Colpensiones (archivo GRP-SCH-HL-665544333 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst), así como lo expuesto por Colpensiones en la resolución GNR 247381 del 22 de agosto de 2016, la señora Olga Hormiga Neira se afilió al Sistema General de Seguridad Social en pensiones el 16 de febrero de 1976, momento a partir del cual realizó cotizaciones al entonces ISS hoy Colpensiones; igualmente, se observa que ella en enero de 1998, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, en el que efectuó aportes hasta octubre de 2003, data en la que retornó al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.

En este orden, al ser claro que la fallecida Olga Hormiga Neira cumplía los presupuestos para ser beneficiaria del régimen de transición en el RPM y que decidió trasladarse al RAIS para posteriormente retornar al régimen público, deberá entonces revisarse si ella cumple con el supuesto para conservar la nombrada prerrogativa, previsto por la Corte Constitucional en la sentencia C-789-02, correspondiente a quince años de servicio al 01 de abril de 1994 (entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), para de este modo, establecer cuál era la normatividad aplicable respecto de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Pues bien, en la historia laboral actualizada que obra en el expediente, se observa que la señora Olga Hormiga Neira al 01 de abril de 1994 contaba con 287,86 semanas de cotización (ver archivo GRP-SCH-HL-665544333 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst), tiempo que evidentemente es inferior a quince años de servicios cotizados; por esta razón, conforme lo consideró el a quo, la fallecida al trasladarse al RAIS perdió la posibilidad de ser beneficiaria del régimen de transición, sin poder recuperarla. Por ende, la normatividad aplicable para el estudio del reconocimiento de la pensión de vejez en su favor correspondía a la prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal indica:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso INEXEQUIBLE, en relación con los efectos para las mujeres. Efectos diferidos> 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.

Claros los anteriores requisitos, se precisa que la causante cumplió 55 años el 12 de julio de 2007; sin embargo, para esa data había acumulado 759,97 semanas de cotización, suma inferior a las 1100 semanas requeridas para acceder a la pensión en el año 2007; asimismo, a la fecha de su deceso, esto es, para el 29 de enero de 2015, la señora Olga Hormiga Neira había cotizado un total de 908,29 semanas, tal y como se constata de la historia laboral actualizada 8 de marzo de 2017, emitida por Colpensiones (archivo GRP-SCH-HL-665544333 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst):

[1]Identificación Aportante	[2] Nombre o Razón Social	[3] Desde	[4]Hasta	[5] Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008208300	NICOL LTDA	16/02/1976	30/09/1976	\$ \$7.470	32,57	0,00	0,00	32,57
1006111541	CIRCULO DE LECTORES	01/01/1977	01/12/1977	\$ \$11.850	47,86	0,00	0,00	47,86
1008205256	ASOCIACION CR/ANA DE	16/02/1983	01/01/1984	\$ \$25.530	45,71	0,00	0,00	45,71
1006200124	CAJA CREDITO AGR IND	23/08/1985	01/10/1985	\$ \$30.150	5,71	0,00	0,00	5,71
1006200124	CAJA CREDITO AGR IND	29/11/1985	18/01/1986	\$ \$25.530	7,29	0,00	0,00	7,29
1006200124	CAJA CREDITO AGR IND	24/02/1986	01/04/1986	\$ \$25.530	5,29	0,00	0,00	5,29
1008205695	EMP ENERGIA ELEC DE	23/02/1990	22/07/1990	\$ \$197.910	21,43	0,00	0,00	21,43
1008205695	ENERGIA DE BOGOTA	01/12/1991	30/04/1994	\$ \$556.308	126,00	3,71	0,00	122,29
1008205695	ENERGIA DE BOGOTA	01/06/1994	30/06/1994	\$ \$804.770	4,29	0,00	0,00	4,29
1008205695	ENERGIA DE BOGOTA	01/08/1994	31/12/1994	\$ \$1.485.458	21,86	0,00	0,00	21,86
899999082	EMPRESA DE ENERGIA D	01/01/1995	31/01/1995	\$ \$573.000	2,14	0,00	0,00	2,14
899999082	EMPRESA DE ENERGIA D	01/02/1995	28/02/1995	\$ \$872.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999082	EMPRESA DE ENERGIA D	01/03/1995	31/03/1995	\$ \$628.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999082	EMPRESA DE ENERGIA D	01/04/1995	30/04/1995	\$ \$641.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999082	EMPRESA DE ENERGIA D	01/05/1995	31/05/1995	\$ \$679.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999082	EMPRESA DE ENERGIA D	01/06/1995	30/06/1995	\$ \$1.517.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999082	EMPRESA DE ENERGIA D	01/07/1995	31/07/1995	\$ \$658.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999082	EMPRESA DE ENERGIA D	01/08/1995	31/08/1995	\$ \$608.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999082	EMPRESA DE ENERGIA D	01/09/1995	30/09/1995	\$ \$824.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999082	EMPRESA DE ENERGIA D	01/10/1995	30/11/1995	\$ \$686.000	4,43	0,00	0,14	4,29
899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/11/1995	31/12/1995	\$ \$881.000	8,57	0,00	0,00	8,57
899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/01/1996	31/01/1996	\$ \$1.013.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/02/1996	29/02/1996	\$ \$1.189.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/03/1996	31/08/1996	\$ \$1.216.000	25,71	0,00	0,00	25,71
899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/09/1996	30/09/1996	\$ \$1.458.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/10/1996	31/10/1996	\$ \$1.507.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/11/1996	30/11/1996	\$ \$1.946.000	4,29	0,00	0,00	4,29

899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/12/1996	31/12/1996	\$	\$ 1.255.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/01/1997	31/01/1997	\$	\$ 1.507.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/02/1997	31/03/1997	\$	\$ 1.627.000	8,57	0,00	0,00	8,57
899999034	SERVICIO NACIONAL DE	01/04/1997	30/04/1997	\$	\$ 325.000	0,86	0,00	0,00	0,86
800247350	CENTRO DERMATOLOGICO	01/05/1997	31/05/1997	\$	\$ 639.000	1,71	0,00	0,00	1,71
800247350	CENTRO DERMATOLOGICO	01/06/1997	31/07/1997	\$	\$ 1.597.000	8,57	0,00	0,00	8,57
800247350	EMP SOCIAL DEL ESTAD	01/08/1997	31/08/1997	\$	\$ 639.000	1,71	0,00	0,00	1,71
800196314	MAKRO DE COLOMBIA S.	01/01/1998	31/12/1998	\$	\$ 4.076.519	51,43	0,00	0,00	51,43
800196314	MAKRO DE COLOMBIA S.	01/01/1999	31/07/1999	\$	\$ 4.728.760	30,00	0,00	0,00	30,00
800196314	MAKRO DE COLOMBIA S.	01/08/1999	30/09/1999	\$	\$ 4.729.200	8,29	0,00	0,00	8,29
800196314	MAKRO DE COLOMBIA S.	01/10/1999	31/12/1999	\$	\$ 4.729.000	12,86	0,00	0,00	12,86
800196314	MAKRO DE COLOMBIA S.	01/01/2000	31/12/2000	\$	\$ 5.202.000	51,43	0,00	0,00	51,43
800196314	MAKRO DE COLOMBIA S.	01/01/2001	31/12/2001	\$	\$ 5.720.000	51,43	0,00	0,00	51,43
800196314	MAKRO DE COLOMBIA S.	01/01/2002	31/12/2002	\$	\$ 6.180.000	51,43	0,00	0,00	51,43
800196314	MAKRO DE COLOMBIA S.	01/01/2003	28/02/2003	\$	\$ 6.640.000	8,29	0,00	0,00	8,29
800196314	MAKRO DE COLOMBIA S.	01/03/2003	31/05/2003	\$	\$ 8.300.000	12,43	0,00	0,00	12,43
800196314	MAKRO DE COLOMBIA S.	01/06/2003	30/06/2003	\$	\$ 3.043.000	4,14	0,00	0,00	4,14
41557777	HORMIGA	01/07/2003	31/08/2003	\$	\$ 0	0,00	0,00	0,00	0,00
41557777	HORMIGA	01/10/2003	31/10/2003	\$	\$ 8.296.774	4,14	0,00	0,00	4,14
800106621	sito comercial llda	01/09/2006	30/09/2006	\$	\$ 1.517.000	1,86	0,00	0,00	1,86
800106621	SITO COMERCIAL LTDA	01/10/2006	31/01/2007	\$	\$ 3.500.000	17,14	0,00	0,00	17,14
800106621	SITO COMERCIAL LTDA	01/02/2007	28/02/2007	\$	\$ 1.283.000	1,57	0,00	0,00	1,57
41557777	OLGA HORMIGA NEIRA	01/07/2007	31/07/2007	\$	\$ 0	0,00	0,00	0,00	0,00
41557777	OLGA HORMIGA NEIRA	01/08/2007	31/10/2007	\$	\$ 1.520.000	12,86	0,00	0,00	12,86
830140063	GRUPO LABORAL CTA	01/11/2007	31/12/2007	\$	\$ 1.361.000	8,57	0,00	0,00	8,57
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/01/2008	31/01/2008	\$	\$ 2.807.000	2,14	0,00	2,14	0,00
830140063	GRUPO LABORAL CTA	01/01/2008	31/01/2008	\$	\$ 246.000	2,57	0,00	0,00	2,57
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/02/2008	30/06/2008	\$	\$ 5.615.000	21,43	0,00	0,00	21,43
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/07/2008	31/07/2008	\$	\$ 5.446.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/08/2008	31/08/2008	\$	\$ 5.435.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/09/2008	31/10/2008	\$	\$ 5.615.000	8,57	0,00	0,00	8,57
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/11/2008	30/11/2008	\$	\$ 5.446.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/12/2008	31/12/2008	\$	\$ 5.614.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/01/2009	31/01/2009	\$	\$ 5.714.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/02/2009	28/02/2009	\$	\$ 5.877.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/03/2009	31/12/2009	\$	\$ 5.896.000	42,86	0,00	0,00	42,86
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/01/2010	31/01/2010	\$	\$ 6.028.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/02/2010	28/02/2010	\$	\$ 6.109.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/03/2010	30/06/2010	\$	\$ 6.190.000	17,14	0,00	0,00	17,14
830084362	ARD INC. SUCURSAL CO	01/07/2010	30/09/2010	\$	\$ 6.190.000	12,86	0,00	0,00	12,86
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:									908,29

Acorde con lo anterior, resulta evidente que la causante no contaba con las requeridas para acceder a la prestación de vejez, que para ese momento ascendían a 1.300, conforme fue concluido por la Jueza de primera instancia.

Ahora bien, cabe referir que el demandante en su recurso de alzada afirma que la fallecida contaba con 1.290 semanas de cotización y que la Investigación Administrativa Especial efectuada por Colpensiones en la que se dispuso que debía corregirse la historia laboral de la señora Olga Hormiga Neira en el sentido de suprimir semanas de cotización, se realizó con violación a su debido proceso en la medida en que tuvo lugar con posterioridad al fallecimiento de la causante, lo que hacía imposible ejercer defensa alguna.

Al respecto, advierte esta Corporación que no le asiste razón al actor al afirmar que la señora Olga Hormiga Neira para la data de su deceso acreditaba 1.200 semanas de cotización, pues aunque inicialmente Colpensiones había emitido historia laboral de fecha 3 de septiembre de 2014, en la que se registraba un total de 1.290,29 semanas (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_95-20140903022939- carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst), lo cierto es que con ocasión de la Investigación Administrativa Especial No. No. 251 de 2015, adelantada por esta misma entidad, **se corrigió la mentada historia laboral** (ver actualizada al 08 de marzo de 2017 archivo GRP-SCH-HL-6655444333 carpeta Expediente Administrativo, carpeta 1ª inst), en el sentido de **rectificar que las semanas acumuladas por la fallecida realmente habían ascendido a 908**, como se desprende del pantallazo arriba pegado y, NO a las referidas por el actor, las cuales, como se dijo, resultan insuficientes para causar el derecho a la pensión de vejez.

Por otro lado, respecto a la legalidad de la referida Investigación cuestionada por el actor, estima esta Corporación que el presente proceso judicial no es el escenario para rebatir tal aspecto, como quiera que en este trámite no existe pretensión alguna encaminada a refutar el procedimiento o contenido de la investigación o del acto administrativo que resolvió sobre el particular ², sino que se centra específicamente en establecer si concurren las condiciones para acceder al reconocimiento pensional del actor.

Finalmente, frente al reparo relacionado con que a la fecha del deceso de la señora Olga Hormiga Neira no estaba vigente la jurisprudencia que condicionaba la pérdida del régimen de transición a contar con 15 años de servicios de cotización, se indica que la fuente de tal efecto jurídico del traslado de régimen que sirve de base para la decisión no es la jurisprudencia, sino el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que tiene plena vigencia para el caso y cuya exequibilidad condicionada se dispuso por la Corte Constitucional desde la sentencia C-789 del 2002.

Bajo este horizonte, resulta claro entonces que ninguno de los reparos formulados por el actor tiene vocación de prosperidad.

ESTUDIO DE REQUISITOS PARA RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR EL FALLECIMIENTO DE SEÑORA OLGA HORMIGA NEIRA EN CALIDAD DE AFILIADA

² En todo caso, la jurisdicción ordinaria laboral no es la llamada a conocer de los pleitos que surjan respecto de la legalidad de actos administrativos, pues ello es competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Luego de quedar claro que la señora Olga Hormiga Neira no dejó causada la pensión de vejez, es pertinente ahora establecer si en este caso se presenta el supuesto de hecho previsto en el numeral segundo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para así determinar si podría reconocerse la prestación de sobrevivientes en favor del demandante. En efecto, se trae nuevamente a colación lo preceptuado por la mentada norma a saber: «*Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, **siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento**.*» (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Sobre el particular, avizora esta Sala de decisión que la señora Olga Hormiga Neira falleció el 29 de enero de 2015, y que la última cotización realizada por ella al Sistema de Seguridad Social en Pensiones data del 30 de septiembre de 2010, esto es, cuatro años y tres meses antes de su deceso, por lo que resulta notorio que no se cumple el supuesto de hecho contenido en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de Ley 797 de 2003.

Ante este panorama, es manifiesto que en este caso no hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes en favor del actor, debido a que no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Por esta razón, no es necesario que la Sala analice la convivencia entre el demandante y la fallecida, pues su estudio resulta inane si se tiene en cuenta que en cualquier caso esa prestación no será reconocida y tampoco fue solicitada la indemnización sustitutiva correspondiente.

Por las razones expuestas, se deberá conformar la decisión en su integridad.

COSTAS

En lo que respecta a las costas y agencias de segunda instancia, se condenará a la parte actora, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En mérito de lo expuesto, el 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 Trece Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de mayo de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante en la suma de \$580.000



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente