República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28-2022-00008-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última contra el fallo del 10 de julio de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y debidamente indexados, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (min. 33:11 archivo *"14AudioAudiencia"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 19 archivo "*01Demanda*").**

SULBY PATRICIA MCBAIN MILLÁN, solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 19 de octubre de 1962, que se afilió a CAJANAL desde el 02 de octubre de 1989 hasta el 30 de septiembre de1992, periodo en el que acumuló un total de 52.61 semanas; que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el 19 de octubre de 1997, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses

pensionales. Aseguró que elevó solicitud a las **DEMANDADAS**, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación administrativa presentada. Expresó que no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no definido, prescripción y caducidad e innominada o genérica (Pág. 2 a 16 archivo "*05ContestaciónColpensiones*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y que negó la petición de retorno al RPM. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 2 a 44 archivo "*08ContestaciónPorvenir*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 33:11 *archivo "14AudioAudiencia"*).

El 10 de julio de 2023, el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora SULBY PATRICIA MCBAIN MILLÁN al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de mayo de 1997, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES, todo como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la*

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a que traslade los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora SULBY PATRICIA MCBAIN MILLÁN quien se identificada con C.C. 51.685.192, 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 de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral.* ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.* ***QUINTO: LAS COSTAS DE ESTA INSTANCIA*** *están cargo de las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR 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.* ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá* ***CONSULTAR CON EL SUPERIOR****, por resultarle adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado del RAIS y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a COLPENSIONES en el RPM.

Para resolver la Juez indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, y teniendo en cuenta el caso en concreto hubo transgresión en el deber de información desde la institución de la ineficacia, siendo esta la consecuencia jurídica ya que la afiliación no ha sido consentida de manera informada, por lo que para el *a quo* no se acredita que la AFP hubieran satisfecho al accionante en su deber de información, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpone recurso, respecto a la declaratoria de ineficacia y afiliación de la **DEMANDANTE** al RAIS y de las condenas interpuestas, argumentando que, aunque existe un precedente jurisprudencial, éste no puede ser aplicable de manera

homogénea, puesto que no todos los procesos son iguales; asimismo, indica que la **DEMANDANTE** se pudo haber informado sobre las ventajas y desventajas del RAIS y validar cualquier información entregada por algún representante de **PORVENIR S.A.** en cualquier momento por medio de la ley 100 de 1993. Igualmente, solicitó revocar la condena por concepto de indexación de las sumas, en razón a que se dispuso la devolución de los rendimientos de la CAI de la demandante lo que compensa la depreciación de la moneda (min. 49:50 archivo *"14AudioAudiencia"*).

La demandada **COLPENSIONES** interpone recurso respecto de las condenas y la declaratoria de nulidad del traslado y afiliación a **COLPENSIONES**, argumentando que la **DEMANDANTE** realizó su afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, lo cual afirma en el interrogatorio de parte; igualmente, se sustenta en el artículo 2 de la ley 797, pues el afiliado no puede trasladarse de régimen faltándole menos de 10 años para pensionarse. (min. 53:55 archivo *"14AudioAudiencia").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó el confirió poder al doctor Alejandro Báez Artehortua, identificado con CC 1.091.038.607 y TP 251.830 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo y absolver a su representada de todas y cada una de las condenas impuestas, reiterando los argumentos expuestos en la alzada. (Pág. 3 a la 11 archivo *"03AlegatosColpensiones"*).

A su vez, la doctora Lorena Paola Castillo Soriano, identificada con CC 1.032.505.290 y TP 404.442 del CSJ, adscrita a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., apoderada de **PORVENIR S.A.**, solicitó revocar fallo y absolver a esa AFP de todas las pretensiones incoadas y de las condenas impuestas, insistiendo en los puntos objeto de apelación y agregando la improcedencia de la condena en agencias en costas (Pág. 2 a la 9 archivo *"04AlegatosPorvenir").*

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la condena a la AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante la permanencia de la afiliada y la condena en costas a las **DEMANDADAS**, conforme a los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **SULBY PATRICIA MCBAIN MILLÁN** nació el 19 de octubre de 1962 (Pág. 25 a 26 archivo "*01Demanda*"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS el 02 de octubre de 1989, en donde acumuló 7,57 semanas de cotización (Pág. 27 a 30 archivo "*01Demanda*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A** a través de formulario de vinculación No. 873184 del 12 de marzo de 1997, efectivo a partir del 01 de mayo de 1997, AFP donde cuenta con 1.262 semanas cotizadas a

mayo de 2021 (Pág. 47 a 59 y 66 archivo *"06ContestacionDemandaPorvenir"*); ***iv)*** la **DEMANDANTE** elevó reclamación ante **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, solicitando su retorno al RPM, peticiones que fueron negadas (Pág. 43 a 64 archivo "*01Demanda*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivo la afiliación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS.** Contra la anterior decisión las **DEMANDADAS** interpusieron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el

particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

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

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

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

sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

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

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que fue reunida junto con otros compañeros en la oficina de talento humano de la empresa en la cual trabajaba para la época, reunión que tuvo una duración de dos a tres minutos aproximadamente, en la cual un representante de **PORVENIR** le entregó el formulario de vinculación ya diligenciado, quien le indicó que solo debía firmarlo pues tenía que cumplir con lo establecido en la ley para poder continuar con el contrato laboral y que no recibió ningún tipo de información por parte del asesor, manifestaciones que no benefician a la **DEMANDADA** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que

siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal

porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

Frente a la inconformidad de **PORVENIR** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: SULBY PATRICIA MCBAIN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2022 00008 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 29-2022-00101-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de la **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora (min. 02:35 archivo "*11ActaSentencia*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA.** ***(Pág. 1 a 16 archivo "01Demanda").***

LUZ MARINA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ llamó a juicio al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia en calidad de cónyuge supérstite con ocasión al fallecimiento del señor JORGE ARMANDO CASAS RIVERA (q.e.p.d.) a partir del 27 de marzo de 1984, fecha del fallecimiento, junto con los incrementos legales, indexación de la mesada inicial, mesadas adicionales e intereses moratorios. De manera subsidiaria, solicitó la

liquidación y pago del valor correspondiente al valor del bono pensional por los tiempos laborados por el causante, debidamente indexado.

Como fundamento fáctico indicó, que el señor JORGE ARMANDO CASAS RIVERA (q.e.p.d.) laboró para la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, ocupando el cargo de *Reemplazador I Transportes*, entre el 08 de junio de 1981 y el 26 de marzo de 1984, fecha en la cual falleció en un accidente de tránsito. Dijo que contrajo matrimonio con el causante en la Parroquia del Carmen de Honda – Tolima el 28 de enero de 1984, unión de la cual procrearon dos hijos de nombres DIANA MARIA y JORGE ARMANDO CASAS GONZÁLEZ.

Continuó señalando que el 02 de mayo de 1984, en calidad de cónyuge supérstite y en representación de sus dos hijos, elevó ante la demandada solicitud de reconocimiento pensional bajo radicado 03155, petición negada mediante Resolución No. 0173 del 19 de marzo de 1985 reiterada el 31 de marzo de 2021 a través de apoderado judicial, atendida el 16 de abril de 2021 por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la accionada a través de Resolución No. 0637, notificada por la empresa de servicio postal 472 el 14 de julio de 2021.

Por otro lado, señaló que recibió el pago de prestaciones sociales, las cuales se liquidaron con base en un salario de $36.706,99.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** ***(Pág. 2 a 9 archivo "07ContestacionFerrocarriles")***

La demandada **FPS – FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** se opuso a las pretensiones, aceptó todos los hechos de la demanda contenidos en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13, admitiendo la relación laboral del causante y su fallecimiento, el matrimonio contraído por la demandante, los hijos procreados en la unión, el pago de prestaciones sociales y la reclamación administrativa elevada en marzo de 2021. Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe y las genéricas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
(min. 02:35 archivo "11ActaSentencia")

El 28 de febrero de 2023, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante LUZ MARINA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ.*
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *en costas a la parte actora fijando como agencias en derecho la suma de $100.000*
> ***TERCERO:*** *De no ser apelada la sentencia por la señora demandante, enviar en consulta ante el Tribunal Superior de Bogotá (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si hay lugar a declarar que a la demandante le asiste el derecho a que le sea reconocida la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su esposo.

Para resolver, la Juez indicó que la demandante cumplió con el requisito de procedibilidad y factor de competencia consagrado en el artículo 6 CPTSS y que también quedó demostrado que el señor JORGE ARMANDO CASAS RIVERA (q.e.p.d.) falleció el 26 de marzo de 1984, quien laboraba para la extinta **FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**. Que el causante falleció con anterioridad a la expedición de ley 100 de 1993, siendo que las normas vigentes al momento de la muerte del causante lo era, entre otras, el Decreto 3135 de 1968, derogado posteriormente por el Decreto 1083 de 2015, el cual reguló en su artículo 53 el derecho al seguro por muerte, así como el artículo 12 de la ley 171 de 1961 y el artículo 1 de la ley 12 de 1975, encontrando que en el caso particular, de acuerdo a la ley vigente no estaba consagrada la pensión de sobrevivientes en los términos en que ahora se consagra en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, por lo que no hay lugar a su reconocimiento, y por ende, se reconoció a la demandante el seguro por muerte; que tampoco se estableció un régimen de transición en la ley 100 de 1993 respecto a las pensiones de sobrevivientes acaecidas con

anterioridad, y si bien, en algunos casos se emplea la condición más beneficiosa para aplicar una norma anterior, no es este el caso en donde se pretende la aplicación de una norma posterior a una situación ya consolidada. Dijo que como pretensión subsidiaria se solicitó declarar que el causante falleció en un accidente trabajo y, en consecuencia, se cancele el seguro establecido, pues así lo dijo el apoderado actor en sus alegaciones finales en donde manifestó que el accidente ocurrió cuando aquel se trasladaba a trabajar y en los testimonios absueltos donde se señaló que el causante había fallecido en un accidente de tránsito cuando se dirigía a trabajar en su motocicleta, por el cual se reconoció a la demandante la compensación equivalente a 12 meses prevista en el artículo 35 del D.L. 3135 de 1968, sin que se haya demostrado que el accidente ocurrido hubiese sido de tipo laboral, por cuanto no se acreditó que la motocicleta conducida por el causante fuera proporcionada por su empleador.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, aduciendo que no hay duda de la calidad de cónyuge supérstite de la demandante y frente al tiempo de servicios prestado por el causante, indicó que los requisitos para acceder a la pensión corresponden a la edad y a las semanas cotizadas, siendo que en este caso devino la muerte del causante de manera intempestiva, cuando no contaba ni con las semanas ni con la edad mínima requerida. Señaló que la ley retroactiva se aplica en los casos de preferencia, cuando le sea favorable al procesado y que la ley es ultractiva y rige a partir de su promulgación; no obstante, que al hacer un análisis del caso específico de la demandante se encuentra que ésta solo cuenta con tercero de bachillerato, por lo que en su momento reclamó lo que la entidad le dijo que tenía derecho de acuerdo a las normas vigentes que eran decretos, pero las normas aplicables debían ser las leyes por jerarquía de la norma; además, que ni siquiera se canceló a la demandante el seguro con base en el salario devengado por el causante, arguyendo que hubo una violación directa de la aplicación e interpretación de la norma. Solicitó que se estudie si en el caso de la demandante se dio aplicación correcta

a todas y cada una de las normas vigentes para la época (min. 26:41 archivo *"11ActaAudiencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** presentó sus alegatos, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite y demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

No son objeto de controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el causante JORGE ARMANDO CASAS RIVERA (q.e.p.d.) laboró para la extinta **FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** desde el 08 de junio de 1981 al 26 de marzo de 1984 en el cargo de Reemplazador I (Pág. 26 a 36 archivo *"07ContestacionFerrocarriles"*); ***ii)*** que la demandante **LUZ MARINA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ** y el causante celebraron matrimonio por el rito católico el 28 de enero de 1984 (Pág. 43 a 44 archivo *"01Demanda"*); ***iii)*** que el causante falleció el 26 de marzo de 1984 en un accidente de tránsito (Pág. 41 a 42 archivo *"01Demanda"*); ***iv)*** que la demandante y el causante procrearon dos hijos de nombres DIANA MARÍA y JORGE ARMANDO CASAS GONZÁLEZ (Pág. 24 a 25 archivo

"01Demanda"); ***v)*** que mediante Resolución No. 0173 del 19 de marzo de 1985 la accionada reconoció a la demandante el pago de un seguro de vida sencillo y de prestaciones sociales con un salario base de liquidación $36.706,99 (Pág. 23 archivo *"01Demanda"*); ***vi)*** que el 31 de marzo de 2021 la demandante elevó reclamación administrativa solicitando el pago de la pensión de sobrevivientes, negada por la Entidad a través de Resolución No. 0637 del 16 de abril de 2021, notificada el 14 de julio de 2021 (Pág. 27 a 40 archivo *"01Demanda"*).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE**. Contra la anterior decisión, la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Los efectos de la ley en el tiempo.**

La H. CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL4650-2017, reiterada en sentencias SL2358-2017, SL7781-2017 y SL1673-2020, recordó los efectos de la ley en el tiempo.

Así, la Alta Corte señaló que la *irretroactividad*, salvo en materia penal, es un principio universal, que en asuntos del trabajo y de la seguridad social tiene su fuente en el artículo 16 CST, según el cual, por razones de seguridad y estabilidad jurídica, las normas sobre trabajo, por ser de orden público, tienen efecto general inmediato y no retroactivo en cuanto no pueden afectar situaciones definidas o consumadas con arreglo a leyes anteriores, aclarando que en los eventos de la pensión de sobrevivientes, la nueva ley no puede afectar la prestación cuando se estructuró en vigencia de una normatividad anterior, es decir, cuando el afiliado murió en vigencia plena de la norma derogada y dejó las cotizaciones mínimas que esta exigía.

Por su parte, la *retrospectividad*, se presenta en situaciones que están en curso o no han quedado definidas conforme a leyes anteriores.

La nueva ley se aplica de manera inmediata a los casos de los afiliados que aún no han fallecido y que se encuentran cotizando.

La *ultractividad*, es conocida como *"la posibilidad de subsistencia en el tiempo de los efectos de un precepto derogado en aquellos casos en que los derechos causados bajo su imperio sean reclamados posteriormente"*. Se evidencia la ultractividad entre otros eventos, cuando el legislador crea un régimen de transición para proteger a determinado grupo poblacional, con el fin de proteger sus expectativas legítimas frente al derecho extinguido o a sus condiciones de acceso.

Por último, la *progresividad*, conforme al artículo 48 constitucional, implica de manera general que cuando se logra una determinada cobertura del servicio público, esta no puede ser disminuida posteriormente.

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

La H. CSJ de manera pacífica y reiterada ha sostenido que, por *regla general*, la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado determina la norma que regulará la sustitución pensional y el derecho a la pensión de sobrevivientes, premisa que respeta tanto el amplio margen de configuración que tiene sobre el sistema el Congreso de la República, como las razones de necesidad, oportunidad y equidad que motivan la necesidad de un cambio legislativo. Al punto, pueden consultarse las sentencias SL 10 Jun 2009, Rad. 36135, 1° Feb 2011, Rad. 42828; 23 Mar 2011, Rad. 39887; 3 de May 2011, Rad. 37799; SL7358-2014; SL1673-2020; SL1357 de 2022, SL1812-2023, entre otras.

Para zanjar cualquier duda al respecto, en relación con el nacimiento del derecho a la sustitución pensional y a la pensión de sobrevivientes, debe resaltarse, de vieja data señaló la CSJ en sentencia del 14 de febrero de 2000, radicación 12959 que *"(…) la muerte del pensionado marca el momento para determinar la ley aplicable a la correspondiente sustitución pensional y en este caso tal insuceso ocurrió antes de la entrada en*

vigencia de la ley 71 de 1988, resulta que apoyarse en ella configura la susodicha aplicación indebida (…) ”

Por la misma línea, en sentencia del 21 de agosto de 2001, radicación 15821, en un caso en el cual se pretendía la aplicación retroactiva de la ley 100 de 1993, aun cuando el causante falleció con una antelación mayor a los tres años a la entrada en vigencia de dicha norma, la H. Corte trajo a colación la sentencia del 17 de abril de 1998, radicación 10406, señalando que:

> *“(…) no existe fundamento jurídico para que se afirme, como lo insinúa el impugnante, que la normatividad aplicable para dirimir la contención sobre la pensión de sobrevivientes reclamada por la compañera del causante, no sea el acuerdo 049 de 1990, específicamente sus artículos 25, 27 y 30, que sirvieron de soporte al Tribunal para arribar a la decisión gravada.*
> *Cuando la ley 100 de 1993 entró en vigencia, o sea el primero (1º) de abril de 1994, la condición de pensionado del causante y de cónyuge de la accionante, ya habían surgido a la vida del derecho, a través de sendos actos jurídicos, a saber: el respectivo reconocimiento pensional por parte del ISS y el matrimonio, circunstancias que estructuran un derecho adquirido, (…) sin que una nueva ley como aquella a la que se remite el acusador, pueda desconocerlo o conculcarlo mediante la variación de las reglas normativas existentes al momento de la consolidación de aquellos dos presupuestos (…)*
> *Fortalecen todo lo expresado los principios jurídicos superiores, especialmente los instituidos en los textos 42, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, que protegen al núcleo familiar, los derechos irrenunciables a la seguridad social, los derechos de los trabajadores y los derechos adquiridos. Ellos impiden la aplicación automática de la nueva exigencia a los pensionados anteriores, sin que ello suponga, en manera alguna, la creación de una excepción imprevista a la norma en cuestión (se hace referencia al artículo 48 de la ley 100 de 1993), pues siendo principio de derecho universal el que los efectos emanados de una condición jurídica –-para el caso concreto el status de pensionado- deban regirse por la Ley sustancial vigente cuando se consolidó tal derecho, es ella, por tanto, la que debe hacerse obrar, por cuanto, además así está expresamente consagrado en el artículo 11 de la propia ley 100 de 1993,*

el cual para los efectos de aplicación del sistema general de pensiones dispone el respeto y conservación de los derechos nacidos conforme a normas anteriores, resaltando específicamente los que les asisten a "quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes (…) del Instituto de Seguros Sociales."

- **Recuento normativo de la pensión de sobrevivientes en el sector oficial.**

Respecto a la normatividad que ha de trazar los derroteros para determinar la procedencia o no del derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensional de trabajadores del sector oficial, se tiene:

El artículo 12 de la ley 171 de 1961, prevé:

"Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes.

A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado."

El artículo 36 del Decreto Ley 3135 de 1968, disponía:

"Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos mejores de 23 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los cinco (5) años subsiguientes.

Cuando faltaren el cónyuge o los hijos, la sustitución pensional corresponderá a los padres o hermanos inválidos y a las hermanas solteras del empleado fallecido que dependieren económicamente del causante."

Posteriormente, el Decreto 1848 de 1969, que reglamentó el Decreto Ley 3135 de 1968, en sus cánones 52 a 53, regulaban lo concerniente al seguro por muerte que se le reconocía a los beneficiarios forzosos en caso de fallecimiento del empleado oficial en servicio, así:

*"**ARTÍCULO 52.- Valor del seguro**.*

1. Todo empleado oficial en servicio goza de un seguro por muerte, equivalente a doce (12) mensualidades del último salario devengado.

2. El valor de dicho seguro será equivalente a veinticuatro (24) mensualidades del último salario devengado, en el evento de que el empleado oficial fallezca como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional y excluye la indemnización a que se refieren los artículos 16 y 23, a menos que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se hayan ocasionado por culpa imputable a la entidad o empresa empleadora, en cuyo caso habrá lugar a la indemnización total y ordinaria por perjuicios. Si prosperare esta indemnización, se descontará de su cuantía el valor de las prestaciones e indemnizaciones en dinero pagadas en razón de los expresados infortunios de trabajo.

***ARTÍCULO 53.-** Derecho al seguro por muerte**.** En caso de fallecimiento del empleado oficial en servicio, sus beneficiarios forzosos tienen derecho a percibir el valor del seguro por muerte a que se refiere el artículo anterior, de acuerdo con la siguiente forma de distribución:*

1. La mitad para el cónyuge sobreviviente y la otra mitad para los hijos legítimos y naturales del empleado fallecido. Cada uno de los hijos naturales lleva la mitad de lo que le corresponda a cada uno de los hijos legítimos.

2. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, el valor del seguro se pagará a los hijos legítimos, por partes iguales.

3. Si no hubiere hijos legítimos, la parte de estos corresponde a los hijos naturales, en concurrencia con el cónyuge sobreviviente.

4. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, ni hijos legítimos, el valor del seguro se distribuirá así: La mitad para los padres legítimos o naturales del empleado fallecido y la otra mitad para los hijos naturales.

5. A falta de padres legítimos o naturales, el valor del seguro se pagará a los hijos naturales por partes iguales.

6. Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial establecido aquí, el valor del seguro se pagará a los hermanos menores de diez y ocho (18) años y a las hermanas del empleado fallecido, siempre que todas estas personas demuestren que dependían económicamente del empleado fallecido, para su subsistencia. En caso contrario, no tendrán ningún derecho al seguro. (…)"

A su turno el precepto 80 de dicho cuerpo normativo, estipuló:

"Cuando fallezca un empleado oficial que hubiere causado en su favor el derecho a pensión de jubilación, por reunir los requisitos legales, sin haberla hecho efectiva en vida, ese derecho se transmite a las personas señaladas en el artículo 92 de este Decreto, para el solo efecto de recibir de la entidad obligada el pago de la pensión que le hubiere correspondido al causante, durante los dos años a que se refiere la citada norma legal."

Y el 92, señaló:

"Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento del pensionado."

El precepto 19 del Decreto 434 de 1971, modificó el 36 del Decreto 3135 de 1968, y estableció:

"Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los cinco (5) años subsiguientes. Cuando faltaren el cónyuge o los hijos, la sustitución pensional corresponderá a los padres o hermanos inválidos y a las hermanas solteras del empleado fallecido que dependieren económicamente del causante."

Por su parte el canon 1º de la Ley 33 de 1973, consagró:

"(…) Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia".

El 1º de la Ley 12 de 1975, dejó sentado que:

"El cónyuge supérstite, o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas".

La Ley 71 de 1988 a través de su artículo 3º extendió "*las previsiones sobre sustitución pensional de forma vitalicia al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado*".

Los artículos 25 y 26 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de dicho año, señalan:

*"**ARTÍCULO 25. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMÚN.** Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:*

a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,

b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento.

***ARTÍCULO 26. CAUSACIÓN Y PERCEPCIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente Reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado.*

La ley 100 de 1993, artículo 46 en su texto original, el cual prevé que tendrán derecho a acceder 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 que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte..."

Finalmente, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la ley 100 de 1993, de la siguiente manera:

"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:

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, y como quiera que el causante JORGE ARMANDO CASAS RIVERA (q.e.p.d.) ocupó en la extinta **FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** el cargo de *Reemplazador I*, inicialmente se tiene que aquel ostentó la calidad de trabajador oficial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968[1], ya que dicha Entidad era una empresa industrial y comercial del estado vinculada al Ministerio de Obras Públicas, conforme al Decreto 1242 de 1970, cuyo artículo 27, modificado por los Decretos 1044 de 1987 y 510 de 1988, estableció expresamente que "*Las personas que trabajen al servicio de la Empresa, con las excepciones que a continuación se precisan, son trabajadores oficiales vinculados a ella por contrato de trabajo. Se exceptúan, además del Gerente General, las personas que ejercen actividades de dirección o confianza correspondientes a los siguientes cargos, las cuales tienen carácter de empleados públicos de libre nombramiento y remoción del Gerente General.",* sin que se encuentre enlistado en dicha norma el cargo desempeñado por el causante.

[1] **ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.** Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Dejado establecido lo anterior, e insistiendo que ha sido criterio pacífico y reiterado por la H. CSJ que, por regla general, la normatividad llamada a regir la prerrogativa de sobrevivientes es la vigente al momento del deceso, fácil es concluir que no le asiste razón al extremo actor en cuanto a que en el presente asunto tiene aplicación la ley 100 de 1993, pues para la fecha en que murió el señor JORGE ARMANDO CASAS RIVERA (q.e.p.d.), -recordemos, 26 de marzo de 1984-, dicha norma no había entrado en vigor.

En este punto, conviene necesario destacarse que la pensión de sobrevivientes propiamente dicha, solo aparece en el ordenamiento jurídico colombiano con la promulgación de la Ley 100 de 1993, que en el inciso 2º de su artículo 46 requirió un mínimo número de semanas cotizadas por parte del afiliado fallecido para acceder a la misma, pues de acuerdo al recuento normativo señalado en esta sentencia, para la calenda del óbito, 1984, solo existía la posibilidad de que se configurara una sustitución pensional. Nótese como el artículo 12 de la ley 171 de 1961, así como el artículo 36 del Decreto Ley 3135 de 1968, modificado por el artículo 19 del Decreto 434 de 1971, los artículos 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969, el artículo 1º de la Ley 33 de 1973 y el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, únicamente reglamentan el derecho a la sustitución pensional, el cual le asiste al grupo familiar del empleado fallecido, jubilado o con derecho a jubilación; acotándose que el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, si bien reguló la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común, para su otorgamiento exigió que el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común, o que, estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez, esto es, igualmente esta norma se refirió a la sustitución pensional, más no a la pensión de sobrevivientes que aquí se reclama.

Así las cosas, de acuerdo con las normas legales aplicables a los trabajadores oficiales vigentes para el año 1984, anualidad en la cual devino el deceso del causante, solo existía la posibilidad de que se

configurara una sustitución pensional, pues de lo contrario, lo que preveía el ordenamiento jurídico era un seguro por muerte.

Corolario, queda establecido que para la época del deceso del cónyuge de la demandante, la norma que regula la situación planteada corresponde al Decreto 1848 de 1969, normatividad que se encontraba vigente para dicha data; en este caso específico, los artículos 52 y siguientes de ese cuerpo normativo, que regulan lo concerniente al seguro por muerte que se le reconocía a los beneficiarios del servidor en caso de fallecimiento del empleado oficial en servicio y, que era la prestación que en esa época tenía como finalidad cubrir dicho riesgo en un trabajador oficial que no había cumplido los presupuestos legales para ser titular de la pensión de vejez.

Así entonces, tal como lo estableció la *a quo,* la prestación a la que presuntamente tenía derecho la actora consistía en el seguro por muerte previsto en el canon 52, numeral 1°, del Decreto 1848 de 1968, sin que se haya discutido al interior del proceso, menos aún en esta instancia, el pago que por este concepto reconoció y pagó la extinta **FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** a favor de la señora **LUZ MARINA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ** mediante Resolución No. 0173 del 19 de marzo de 1985, por valor de $440.483,88, rubro que liquidó a razón de doce (12) mensualidades de $36.706,99[2] (Pág. 37 y 46 archivo *"07ContestacionFerrocarriles"*), razón por la cual se prohijará la sentencia apelada.

Agotada como está la competencia de segunda instancia por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por el abogado de la parte demandante, se confirmará la decisión objeto de apelación que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

[2] $36.706,99 x 12 = $440.483,88.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

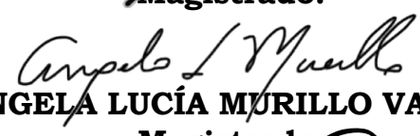
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

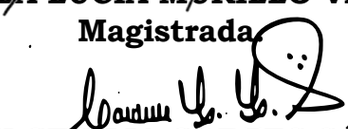
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 29-2018-00048-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **CLARIA INES GRAJALES VALENCIA** contra la sentencia del 21 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones *(min. 00:17:12, enlace archivo "19ActaAudienciaSentencia").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

CLARA INES GRAJALES VALENCIA, llamó a juicio a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y a **MARIA ALBA ANDRADE RODRIGUEZ** para que se declare que convivió con José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) por más de 5 años con anterioridad a su fallecimiento en calidad de compañera permanente y que **MARIA ALBA ANDRADE RODRIGUEZ** no convivio con el causante y, en consecuencia, se condene a **COLFONDOS S.A** a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes a partir del 05 de enero de 2017, junto

con las mesadas pensionales correspondientes, condenas por facultades ultra y extra *petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que convivió en unión marital de hecho con José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) desde el 02 de septiembre de 2006 hasta el fallecimiento de su compañero; que de dicha unión subsisten dos hijos menores de edad Emmanuel Rodríguez Grajales y Estefanía Rodríguez Grajales; refiere que durante su convivencia de más de 10 años siempre residieron juntos, compartieron mesa, techo y lecho; que adicional a los dos hijos que procrearon, el causante no tuvo más hijos; que estaba afiliada a la EPS CAFESALUD como beneficiaria de José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.), al igual que sus hijos.

Señaló que José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) en declaración extrajuicio del 16 de febrero de 2016 manifestó que no convive con la señora **MARIA ALBA ANDRADE RODRIGUEZ** desde hace más de 10 años; que a sus hijos les fue reconocida pensión de sobrevivientes por un porcentaje equivalente al 50% pero la misma se encuentra suspendida hasta que no se dirima quién es el beneficiario del otro 50% por vía judicial, razón por la cual se encuentra en precaria situación económica, al ser el causante quien velaba por su subsistencia, y que acudió a la Defensoría del Pueblo para instaurar la acción, toda vez que no cuenta con recursos económicos *(pág. 78 a 84, archivo "01ExpedienteFolio282").*

Mediante providencia del 29 de enero de 2018, se admitió la demanda y se vinculó a **MARIA ALBA ANDRADE RODRIGUEZ** como tercera ad excludendum (*pág. 86 y 87, archivo "01ExpedienteFolio282").*

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no se opuso ni se allanó a las pretensiones al señalar que le corresponde al juez

determinar quién es el beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Aceptó la existencia de los hijos del afiliado, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de causa y buena fe, inexistencia de intereses moratorios, prescripción y la innominada o genérica *(pág. 207 a 215, archivo "01ExpedienteFolio282").*

En auto del 30 de mayo de 2018, se ordenó el emplazamiento y el nombramiento de curador ad-litem a favor de **MARIA ALBA ANDRADE RODRIGUEZ** *(pág. 226, archivo "01ExpedienteFolio282*"). Y en providencia del 10 de marzo de 2022, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte del curador *ad-litem (archivo "09AutoTieneporNoContestadaDemandaYfijaFechaPara20220825Alas 230Pm").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 00:17:12, enlace archivo "19ActaAudienciaSentencia")

El 21 de febrero de 2023, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> ***(…) ABSOLVER** a la demandada fondo de pensiones COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante y tercera ad excludendum señoras CLARA INES GRAJALES VALENCIA y MARIA ALBA ANDRADE RODRIGUEZ, por lo expuesto en la parte motiva**. SEGUNDO:** Sin condena en costas y **TERCERO:** De no ser apelada la presente sentencia consultarse con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en el efecto suspensivo (…).*

Para resolver la Juez indicó que estaba demostrada la fecha de fallecimiento del afiliado, las semanas cotizadas, el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes para los hijos del causante. Señaló que había varias contradicciones entre lo consignado en las declaraciones extrajuicio aportadas al proceso y lo mencionado por la demandante en el interrogatorio y el testimonio rendido por Helena Patricia Barrera Cuervo, motivo por el cual concluyó que no quedo demostrada la convivencia entre **CLARA INES GRAJALES VALENCIA** y José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.).

Adicionalmente, expresó que tampoco se logró demostrar la convivencia entre **MARIA ALBA ANDRADE RODRIGUEZ** y el causante, pues en vida el afiliado en declaración extrajuicio señaló que desde hacía más de 10 años no convivía con ella.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **CLARA INES GRAJALES VALENCIA** acredita la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.).

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) falleció el 05 de enero de 2017 (*pág. 53, archivo "01ExpedienteFolio282");* ***ii)*** **COLFONDOS S.A.** en comunicación del 30 de junio de 2017, reconoció pensión de sobrevivientes en un 50% a favor de Estefanía Rodríguez Grajales y

Emmanuel Rodríguez Grajales en calidad de hijos del afiliado, dejando en suspenso el otro 50% restante del valor de la mesada pensional mientras se dirime el conflicto de beneficiarias vía judicial *(pág. 120 a 123, archivo "01ExpedienteFolio282").* .

- **Sobre la pensión de sobrevivientes en vigencia de la Ley 797 de 2003.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese instante. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el afiliado José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) falleció el 05 de enero de 2017, las normas que regulan el derecho pensional que se reclama en este proceso son los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece el presupuesto mínimo de semanas requeridos para consolidar la prestación y como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del afiliado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y tener 30 o más años de edad, así como los hijos menores y mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene en las sentencias SL1730 de 2020, SL3626 de 2020, SL3785 de 2020, SL4606 de 2020, SL489 de 2021, SL1905 de 2021, SL2222 de 2021, SL2820 de 2021, SL5270 de 2021, SL2853-2022, SL3948-2022, entre otras, que para establecer la calidad de beneficiario

de la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003, como cónyuge o compañero permanente supérstite del afiliado que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, pues con la simple acreditación de la aludida condición y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se cumple el supuesto previsto en el literal a) de la referida normativa que genera el reconocimiento de la prestación.

No obstante, esta Corporación, de manera respetuosa, se aparta de la doctrina probable antes señalada, de conformidad con la regla jurisprudencial adoptada en la sentencia C-836 de 2001 en cuanto a la posibilidad del Juez de apartarse del precedente dictado por la H. Corte Suprema de Justicia, para lo cual esta Sala acoge los argumentos expuestos por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU149 de 2021, que dejó sin valor y efecto la sentencia SL1730 de 2020, al considerar que la regulación normativa de la pensión de sobrevivientes, para el caso del cónyuge y compañero permanente supérstite, constituye un medio de protección del núcleo familiar del causante, para lo cual el legislador estableció un periodo mínimo de convivencia que pretende salvaguardar a los verdaderos destinatarios de la prestación y evitar el fraude, garantizando la legitimidad y justicia en el otorgamiento de la prestación a quienes demuestran un compromiso de vida real y con vocación de permanencia, motivo por el cual, indistintamente de si el causante es pensionado o afiliado, se debe acreditar en todo caso el periodo mínimo de convivencia exigido por la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, esta Sala concluye que en caso de muerte de afiliado se exige, sin salvedad alguna, la acreditación del periodo de convivencia de 5 años para causar la pensión de sobrevivientes.

En cuanto el concepto de convivencia, el máximo tribunal de cierre de la Jurisdicción Ordinaria la define como la comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente (SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de

2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras) advirtiendo la Alta Corte que existe convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua (SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros).

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se constata que el afiliado José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) falleció el 05 de enero de 2017 (pág. 53, *archivo "01ExpedienteFolio282")* en vigencia de los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, y dejó causado el derecho a la sustitución pensional a favor de sus beneficiarios, al cumplir el requisito mínimo de 50 semanas cotizadas a la fecha de su fallecimiento, aspecto que no es objeto de discusión en este juicio y fue reconocido por **COLFONDOS** en comunicación del 30 de junio de 2017 *(pág. 120 a 123, archivo "01ExpedienteFolio282").*

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar si **CLARA INES GRAJALES VALENCIA** acredita la calidad de beneficiaria de la referida prestación.

CLARA INES GRAJALES VALENCIA al rendir interrogatorio indicó que conoció a José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) en el año 1996, periodo en el cual iniciaron su convivencia; que el hijo que procrearon durante la relación de nombre Emmanuel Rodríguez Grajales nació el 03 de noviembre de 2011, y que ella tiene una hija de nombre Estefanía quien nació el 03 de enero de 2004 pero José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) posteriormente la reconoció también como su hija. Sin embargo, su declaración fue contradictoria en la medida en que también afirmó que se fue a vivir con José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) cuando su menor hija Estefanía tenía 9 o 10 años, por lo que se ubicaría el inicio de la convivencia en el año 2013 o 2014 *(min. 00:05:28, enlace archivo "18ActaAudienciaPruebas, Alegatos").* Además, en el hecho primero de la demanda señaló que su convivencia con el afiliado inició el 02 de septiembre de 2006 (*pág. 79, archivo "01ExpedienteaFolio282*").

Y se recepcionó el testimonio de Helena Patricia Barrera Cuervo (*min. 00:23:06, enlace archivo "18ActaAudienciaPruebas,Alegatos"),* quien declaró conocer a la demandante desde el año 2010, fecha para la cual **CLARA INES** vivía con sus dos hijos y con José Ricardo; que para ese momento la hija de **CLARA INES** tendría unos 10 u 11 años y el niño unos 14 o 15 años, y que nunca se separaron. No obstante, la Sala le resta credibilidad a su dicho en la medida en que en el juicio está demostrado que **CLARA INES** tiene una hija de nombre Estefanía que nació el 03 de enero de 2004, por lo que para el año 2010 tenía 6 años y además, porque en la declaración extrajuicio rendida por la testigo ante notaría el 1° de abril de 2017, manifestó que le constaba la convivencia de la actora y el causante desde septiembre de 2006, fecha para la cual ni siquiera conocía a la pareja (*pág. 169, archivo "01ExpedienteaFolio282*").

Ahora, de los documentos aportados al expediente se destacan los siguientes:

a. Declaración extrajuicio rendida por José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) y la demandante el 02 de febrero de 2016, ante la Notaría 51 del Círculo de Bogotá donde señalaron que "*hace 9 años que nos encontramos conviviendo en unión marital de hecho en forma permanente e ininterrumpida bajo un mismo techo*" (*pág. 57 y 58, archivo "01ExpedienteaFolio282*").
b. Certificado de afiliación a CAFESALUD EPS, expedida el 15 de febrero de 2016, que da cuenta que **CLARA INES GRAJALES VALENCIA** fue vinculada a esa EPS como beneficiaria de José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.), en calidad de compañera permanente, el 09 de septiembre de 2015, aunque ese documento presenta una inconsistencia puesto que también aparece como retirada el 02 de febrero de 2015, esto es, antes de la referida novedad (*pág. 59, archivo "01ExpedienteaFolio282*").
c. Declaración voluntaria de varias personas residentes en el barrio Soratama, de fecha 30 de julio de 2017. Y aunque en este documento se menciona la convivencia de la accionante y el afiliado fallecido desde septiembre de 2006, se requería su ratificación en el estrado judicial, la cual no fue solicitada por la parte interesada (*pág. 61 y 62, archivo "01ExpedienteaFolio282*").
d. Y declaración extrajuicio rendida por Rafael Humberto Capacho Benavides el 1° de abril de 2017 (*pág. 170, archivo "01ExpedienteaFolio282*"), donde se afirma que la convivencia de la demandante con José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) inició el 02 de septiembre de 1996, aspecto que resulta contradictorio con lo relatado por la misma actora en el interrogatorio y lo consignado en la demanda.
e. Registro civil de nacimiento de fecha 16 de octubre de 2014 (*pág. 51*, *archivo "01ExpedienteFolio282"),* que constata que

para fecha José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) reconoció como su hija a la menor Estefanía Rodríguez Grajales.

Por lo anterior, para la Sala el único medio que da cuenta de la convivencia entre José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) y la demandante es la declaración extrajuicio rendida por el afiliado el 02 de febrero de 2016, donde aceptó que para esa fecha llevaba 9 años viviendo en unión marital de hecho con **CLARA INÉS GRAJALES VALENCIA** (*pág. 57 y 58, archivo "01ExpedienteaFolio282"*). Sin embargo, este documento es insuficiente para acreditar la calidad que reclama la demandante, puesto que no hay ninguna prueba que dé crédito a la efectiva convivencia de **CLARA INÉS GRAJALES VALENCIA** desde el 03 de febrero de 2016 hasta la fecha del fallecimiento de José Ricardo (05 de enero de 2017).

Este escenario supone que la carga de la prueba de quien reclama en este juicio la calidad de compañera permanente tenía que ser contundente que demostrara, sin dudas, esta condición al momento del deceso del afiliado, circunstancia que no ocurrió puesto que no hay ningún elemento persuasivo que demuestre los 5 años requeridos en virtud de la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia SU149-2021.

Así las cosas, al no acreditar la demandante el presupuesto de convivencia establecido en el literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no tiene la calidad de beneficiaria de la prestación pensional, motivo suficiente para confirmar la sentencia.

Respecto de la situación jurídica de **MARIA ALBA ANDRADE RODRIGUEZ**, pese a que reclamó la pensión de sobrevivientes ante **COLFONDOS** en su calidad de compañera permanente (*pág. 183 a 189, archivo "01ExpedienteaFolio282"*), no compareció personalmente al presente juicio y tampoco su curador *ad-litem* elevó pretensión alguna en su nombre. En gracia de discusión, de haberse presentado reclamación en tal sentido, tampoco tendría la calidad de beneficiaria. En efecto, basta

con remitirse a la declaración extrajuicio rendida por José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.) el 16 de febrero de 2016, donde expresó que "*desde hace mas de 10 años no convivo bajo el mismo techo con la señora MARIA ALBA ANDRADE RODRIGUEZ…*" (*pág. 56, archivo "01ExpedienteaFolio282*") lo que desvirtúa los presupuestos normativos para consolidar derecho a la sustitución pensional.

Y frente a los derechos pensionales de los hijos de José Ricardo Rodríguez García (q.e.p.d.), los mismos no fueron objeto de litigio en la presente causa. Con todo, se advierte que **COLFONDOS** les reconoció su calidad de beneficiarios y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes en un 25% para cada uno de ellos, según comunicación del 30 de junio de 2017 *(pág. 120 a 123, archivo "01ExpedienteFolio282"),* pero para su inclusión en nómina le solicitó a la representante legal de los menores de edad que acreditara ciertos requisitos, por lo que sí a la fecha no se ha realizado ningún pago es necesario que se agote dicho trámite administrativo ante el fondo de pensiones, quien también para salvaguardar los derechos de los hijos del afiliado, menores de edad al momento de su deceso, siendo sujetos de especial protección constitucional, puede insistir para que se presenten los documentos necesarios con el fin de materializar el derecho pensional.

Sin costas en esta la instancia.

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

RESUELVE

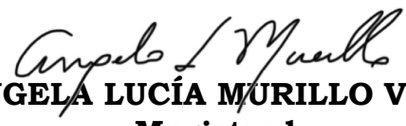
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 29-2022-00023-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de la **DEMANDANTE** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 25 de enero de 2023, que condenó a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la sustitución pensional a favor de la **DEMANDANTE** a partir del 27 de junio de 2021, en cuantía inicial de $ 1.154.258 pesos con su respectivo incremento por 14 mesadas anuales, así como al pago del retroactivo pensional debidamente indexado, negó el pago de intereses moratorios y condenó en costas a **COLPENSIONES** (min. 1:41:37 archivo *"16ActaSentencia"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 5 archivo *"01Demanda"*).**

LEONOR OROZCO ACOSTA solicitó declarar que tiene derecho a la sustitución pensional por la muerte de su cónyuge ISMAEL DARIO NAVARRETE CÁRDENAS (q.e.p.d.) y, en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago pensional con su reajuste anual, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condena ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que contrajo matrimonio con ISMAEL DARÍO NAVARRETE CÁRDENAS (q.e.p.d.) el 04 de julio de 1970 y desde esa fecha convivieron de manera permanente e ininterrumpida por más de 30 años, la relación fue de solidaridad, ayuda mutua y de comunidad de vida, procrearon a DANIEL DARÍO NAVARRETE OROZCO e ISMAEL ANTONIO NAVARRETE OROZCO, la mayor parte de su tiempo la dedicó a cuidar a su esposo, ya que presentaba varias enfermedades que requerían de su apoyo, que el ISS hoy **COLPENSIONES** le reconoció pensión de invalidez al causante a través de la Resolución 1141 de 2008, quien falleció el 27 de junio de 2021. Aseguró que nunca se divorció, ni liquidó la sociedad conyugal con el causante, y que solicitó la sustitución pensional a **COLPENSIONES** y fue negada mediante Resolución SUB 290582 del 03 de noviembre de 2020, por argumentar la entidad que la demandante no convivió los últimos 05 años de vida con el causante, decisión que fue apelada sin respuesta alguna.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 2 a 9 archivo *"06ContestacionDemandaColpensiones20220504"*).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones indicando que la demandante no acreditó los requisitos legales del literal *a)* del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para ostentar la calidad de beneficiaria de la Pensión de Sobrevivientes causada con ocasión al fallecimiento del causante ISMAEL DARÍO NAVARRETE toda vez que no demostró ni acreditó debidamente la convivencia interrumpida dentro de los cinco (5) años anteriores al deceso de éste. Aceptó los hechos relativos a la celebración del matrimonio, que de dicha unión nacieron dos hijos, la fecha de fallecimiento del causante, la solicitud presentada por la demandante, la negativa al reconocimiento pensional y la presentación del recurso. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación

y del derecho por falta de causa y título para pedir, y no configuración de intereses moratorios.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:41:37 archivo *"16ActaSentencia"*).

El 25 de enero de 2023, el Juzgado (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,*** *representado legalmente por su Gerente o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar la sustitución pensional a favor del demandante* ***LEONOR OROZCO ACOSTA*** *en calidad de cónyuge supérstite del causante ISMAEL DARÍO NAVARRETE CÁRDENAS, a partir del 27 de junio de 2021, en cuantía inicial de $1.154.258 pesos a la cual se le deberá realizar los respectivos incrementos que determine el gobierno nacional y dicho reconocimiento será por 14 mesadas al año, tal como las venía recibiendo el causante.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,*** *representado legalmente por su Gerente o por quien haga sus veces, a pagar a favor de la demandante* ***LEONOR OROZCO ACOSTA,*** *el retroactivo causado desde el 27 de junio de 2021 hasta la fecha en que sea incluida en nómina de pensionados, suma que deberá ser indexada al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE****.*** ***TERCERO: ABSOLVER*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES*** *del pago de los intereses moratorios solicitados.* ***CUARTO: CONDENAR*** *a la demandada al pago de las costas del proceso, incluyendo como agencias en derecho la suma de $ 2.000.000 de pesos.* ***QUINTO:*** *de no ser apelada la presente sentencia por parte de* ***COLPENSIONES*** *consultarse con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá.* ***SEXTO****:* ***AUTORIZAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES*** *para que del retroactivo pensional causado se descuenten los aportes en salud (…)"*

El Juzgado fijó como problema jurídico, determinar si se causó el derecho a la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor ISMAEL DARÍO NAVARRETE CÁRDENAS a favor de **LEONOR OROZCO ACOSTA** en calidad de conyugue supérstite del causante desde el 27 de junio de 2021, así como el pago del retroactivo e intereses de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Para resolver, la Juez indicó que la demandante agotó la reclamación administrativa, que no existe discusión alguna de la calidad de pensionado que ostentaba el causante, que mediante registro de defunción se puede constatar que el causante falleció el 27 de junio de 2021 y que se acreditó la calidad de conyugue supérstite de la **DEMANDANTE** mediante registro civil, en el cual se constata que contrajeron matrimonio el día 04 julio de 1970. Por lo que teniendo en cuenta la normatividad aplicable, al revisar el caso, se demuestra la calidad de beneficiaria de la demandante, de acuerdo al precedente jurisprudencial de la SL CSJ, que hizo un análisis con base en los principios constitucionales, siendo que en estos casos cuando no se ha disuelto el matrimonio mediante el divorcio ni se ha liquidado la sociedad conyugal, no se debe hacer una interpretación exegética, sino que se debe demostrar que en efecto la convivencia entre los cónyuges duró por un espacio superior a los cinco años sin importar si fue con anterioridad a la muerte, ya que por diversas circunstancias se deja de convivir pero se sigue teniendo un lazo se solidaridad entre ellos, situación que se acredita en el presente asunto, por lo que procede a reconocer la sustitución pensional, junto con el retroactivo pensional debidamente indexado contado desde la fecha de fallecimiento del causante, no se conceden los intereses moratorios y se condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 1:43:32 archivo *"16ActaSentencia"*).

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación de manera parcial. Solicita se modifique la sentencia en cuanto a la absolución del pago de los intereses moratorios, argumentando que el artículo 141 de la ley100 de 1993, señala que procede el pago de los intereses moratorios siempre que haya retardo, independientemente de la buena o mala fe, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la situación, por lo que pide sea revisado este punto.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó sea revocada parcialmente la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos de la apelación. Por su parte, la firma apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes con CC 37.627.008 y TP 221.228 del CSJ, quien solicitó sea revocada la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a su representada de toda condena, tras considerar que la demandante no acreditó el requisito de convivencia con el causante dentro de los cinco años anteriores a su deceso.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite, y si como consecuencia de ello se debe condenar a

la demandada al pagó pensional a partir del 27 de junio de 2021 debidamente indexado, sobre 14 mesadas anuales, junto a su retroactivo pensional e intereses moratorios conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

No es motivo de controversia en esta instancia los siguientes hechos jurídicos: ***i)*** el causante ISMAEL DARÍO NAVARRETE CÁRDENAS (q.e.p.d.) contrajo matrimonio con la **DEMANDANTE** el 04 de julio de 1970 (Pág. 12 archivo *"01Demanda"*); ***ii)*** el causante fue pensionado por el ISS mediante Resolución No. 001141 del 22 de enero de 2008 (Pág. 24 a 25 archivo *"09ExpedienteAdministrativoColpensiones"*); ***iii)*** el causante falleció el 27 de junio de 2021 (Pág. 11 archivo *"01Demanda"*); ***iv)*** el 21 de septiembre de 2021 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** sustitución pensional y la misma fue negada mediante Resolución SUB 290582 del 03 de noviembre de 2021 (Pág. 15 a 22 archivo *"01Demanda"*).

En la sentencia de primera instancia, se condenó a la demandada al pago de la sustitución pensional a partir del 27 de junio de 2021 en cuantía inicial de $ 1.154.258 pesos con su respectivo incremento por 14 mesadas anuales, así como al pago del retroactivo pensional debidamente indexado, negó el pago de intereses moratorios y condenó en costas a **COLPENSIONES.** Contra la anterior decisión, el apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación parcial respecto a la absolución del pago de intereses moratorios.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte **DEMANDANTE** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

En cuanto el concepto de convivencia, la H. CSJ la define como la comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras, advirtiendo la Alta Corte que si hay convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones

particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como señaló en la sentencia SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros.

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

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

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-515 de 2019 analizó la constitucional del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de

1993 y concluyó que para que el cónyuge supérstite separado de hecho se beneficie de la pensión de sobrevivientes, debe acreditar que su sociedad conyugal está vigente. En consecuencia, una vez se disuelve y se liquida la sociedad conyugal, los haberes del pensionado dejan de formar parte de la masa patrimonial y por ello se extingue el derecho a sustituir la prestación.

- **CASO CONCRETO.**

Descendiendo al caso bajo estudio, dado que el causante ISMAEL DARÍO NAVARRETE CÁRDENAS (q.e.p.d.) falleció el 27 de junio de 2021 (Pág. 11 archivo *"01Demanda"*), la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que consagra como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al grupo familiar del pensionado fallecido por riesgo común, norma que establece al cónyuge supérstite como beneficiario de dicha prestación, si acredita el periodo mínimo de convivencia de cinco (5) años, pudiendo demostrar tal periodo en cualquier tiempo siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras.

Siendo así, se verifica que la demandante **LEONOR OROZCO ACOSTA** nació el 02 de diciembre de 1947, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante contaba con 74 años de edad (Pág. 19 archivo *"01DemandaAnexos"*); celebró matrimonio con el señor ISMAEL DARÍO NAVARRETE CÁRDENAS (q.e.p.d.) el 04 de julio de 1970 (Pág. 12 archivo *"01Demanda"*), no existiendo anotación alguna de disolución o liquidación de la sociedad conyugal, de lo cual puede inferirse razonablemente que tal vinculo permaneció vigente hasta el fallecimiento del causante.

La demandada **COLPENSIONES** fundamentó la decisión negativa del reconocimiento de la sustitución pensional implorada, adoptada en

Resolución SUB 290582 del 03 de noviembre de 2021 en que la demandante *"no acreditó la calidad de beneficiaria, toda vez que, si bien es cierto que, con el formato de solicitud de reconocimiento de una sustitución pensional, esta, allegó registro civil de matrimonio, no es menos cierto que, también allegó declaraciones extraproceso rendidas por terceros y por la propia peticionaria, en las cuales se manifiesta que, el causante y la peticionaria solo convivieron desde el 4 de julio de 1970 hasta el mes de marzo de 2000 (sin especificar día), por lo que, de los documentos allegados por esta se puede concluir que, la peticionaria no convivió los últimos cinco años de vida con el causante, teniendo en cuenta que, este falleció en la fecha del 27 de junio de 2021, precisando que, el anterior requisito resulta indispensable para el reconocimiento de la prestación solicitada…"* (Pág. 19 a 22 archivo *"01Demanda"*)

No obstante, al realizar una valoración integral de todos los medios de prueba, en virtud de los principios de necesidad y comunidad de la prueba, consagrados en los artículos 164 y 176 CGP, junto con el principio de libre formación del consentimiento del Juez Laboral y análisis conjunto de las pruebas de los artículos 60 y 61 CPTSS, se verifica que en efecto, la señora **LEONOR OROZCO ACOSTA** si acreditó el tiempo de convivencia necesario para hacerse beneficiaria de la sustitución pensional rogada en la demanda.

Lo anterior, por cuanto en el *sub lite*, a través de los testimonios de los señores ANA DEL PILAR RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, JULIO CÉSAR JARA PÁEZ y de DANIEL DARÍO NAVARRETE OROZCO, quedaron demostrados los dichos expuestos por la demandante en el libelo gestor, relacionados a que la convivencia entre esta y el causante se mantuvo de manera permanente e ininterrumpida por más de 30 años.

Esto es así, en tanto del testimonio de la señora ANA DEL PILAR RODRÍGUEZ ÁLVAREZ se puede extraer que conoce a la demandante desde el año 1990 porque es la abuela de sus hijos, indicando que para esa época se fue a vivir con el hijo de la demandante que era su pareja, que en ese tiempo estaba viviendo la demandante con el causante y sus dos hijos, DANIEL e ISMAEL NAVARRETE, que el causante padecía

varias enfermedades, que desde el año 2002 la demandante se fue a vivir a otra casa cerca, sin embargo, de ese tiempo hasta el año 2012 estuvo pendiente del causante, ayudándole junto con su enfermera en el cuidado de sus enfermedades, que el causante necesitaba ayuda de la demandante para comer, para ir a citas médicas, entre otras, circunstancias que le constan porque se veía con la pareja todos los días ya que trabajaba en la casa de ellos, pues allí quedaba su consultorio que quedaba en el primer piso de la casa en el cual también trabajaba la demandante, luego se pasó a un lugar cerca, pero los seguía frecuentando, asimismo, dijo que le consta que el causante no convivió con nadie más y que la demandante siempre estuvo al tanto de su cónyuge hasta la muerte.

El testigo JULIO CÉSAR JARA PÁEZ manifestó que conoció al señor ISMAEL DARÍO NAVARRETE CÁRDENAS a finales del año 1989 porque vivía al frente de la casa del causante y porque mantuvo una relación de vecindad y amistad entre su familia y la del causante, que en ese tiempo el causante vivía con la demandante y sus dos hijos, quien para esa época ya no estaba laborando porque tenía una enfermedad, que la demandante trabajó como bibliotecaria en el Colegio Claretiano, que después del año 2002 la pareja se separó porque tenían algunas diferencias, razón por la cual la accionante se pasó a vivir a otra casa, pero igual estaba muy cerca del causante porque trabajaba en el consultorio, dijo constarle que la demandante estuvo pendiente de los cuidados del señor ISMAEL DARÍO NAVARRETE CÁRDENAS hasta el día de su muerte y que después de la separación en el año 2002 el causante solo vivió con enfermeras pues requería de día y de noche de su ayuda.

Y, el testigo DANIEL DARÍO NAVARRETE OROZCO, hijo de la accionante y del causante, indicó que sabe que en el 2002 sus padres se separaron por falta de compatibilidad, que la relación después de la separación fue cordial, que su mamá fue considerada con su señor padre porque lo apoyó y cuidó hasta la muerte y que antes del año 2002 nunca hubo separación entre aquellos.

Siendo así, no se equivocó la *a quo* al valorar los testimonios y el interrogatorio de parte rendido por la demandante por cuanto los mismos fueron espontáneos y coincidentes en señalar que la demandante estaba casada con el causante, que convivieron ininterrumpidamente junto a sus dos hijos hasta el año 2002 y que luego se separaron por complicaciones médicas que padecía el causante, sin embargo, nunca se divorciaron, ni liquidaron la sociedad conyugal, y la demandante, por los lazos de solidaridad y ayuda mutua, cuidó a su esposo y estuvo pendiente de su enfermedad hasta el día de su muerte.

Se resalta, los declarantes coincidieron en señalar que conocieron de vista, trato y comunicación al causante, señor ISMAEL DARÍO NAVARRETE CÁRDENAS (q.e.p.d.) reconociendo a la pareja de esposos como un matrimonio estable y como único núcleo familiar del pensionado fallecido el conformado por la señora **LEONOR OROZCO ACOSTA**, junto a sus dos hijos DANIEL DARÍO e ISMAEL ANTONIO NAVARRETE OROZCO, y si bien es un hecho confesado por la promotora del proceso y por demás, corroborado con los dichos de los testigos, que desde el año 2002 entre la pareja de esposos no existió una convivencia, pudo colegirse que ello ocurrió esencialmente en razón al delicado estado de salud del causante.

Al punto, vale recordar, en sentencia SL14237 de 2015, reiterada en SL6519-2017, la CSJ en su Sala Laboral, adoctrinó que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no convivan bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio, reiterándose que en el

caso bajo estudio, se pudo constatar que los esposos interrumpieron su cohabitación por lo menos desde el año 2002, empero especialmente por motivos de salud, sin que hayan desaparecido sus lazos afectivos, ni su apoyo espiritual, moral y material, entendiendo la Sala que no fue la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad, debieron cesar su mera unión física.

Así las cosas, para la Sala hay prueba suficiente sobre la convivencia ininterrumpida entre el causante y la demandante, indiscutiblemente acreditando la señora **LEONOR OROZCO ACOSTA** el requisito de convivencia establecido en el art. 13 de la ley 797 de 2003, como quiera que demostró que hizo vida en común con el causante por un tiempo superior a los 05 años y que dicha unión se mantuvo vigente hasta la fecha de fallecimiento, lo que en definitiva, le otorga el derecho al reconocimiento de la pensión rogada; razones suficientes para derribar el enfoque adoptado por **COLPENSIONES** en el acto administrativo que negó el derecho reclamado, pues de forma caprichosa se abstuvo de reconocer la regla jurisprudencial de la H. CSJ de que la cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente puede acreditar los 05 años de convivencia exigidos por la Ley 797 de 2003 en cualquier tiempo.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto al reconocimiento de la pensión de la sustitución pensional a favor de la demandante, en porcentaje del 100% a partir del 27 de junio de 2021.

- **Sobre el número de mesadas de la pensión de sobrevivientes.**

Teniendo en cuenta que mayoritariamente la Sala de Decisión desestima el criterio del suscrito magistrado ponente en relación con el número de mesadas a reconocer atendiendo la norma vigente al momento de la causación de la pensión de sobrevivientes, pasa la Sala a señalar que en el presente asunto en virtud de la Resolución No. 1141

de 2008 (Pág. 24 a 25 archivo *"09ExpedienteAdministrativoColpensiones"*), el causante accedió a la pensión de vejez en 14 mesadas anuales. Al respecto, la H. CSJ ha indicado que la pensión de sobrevivientes es un derecho derivado de la pensión de vejez cuando el causante es pensionado, por tanto, la transmisión se realiza en un 100% incluido el número de mesadas anuales que devengaba el pensionado, tal y como se señaló en las sentencias SL2141 de 2021, radicación 74090, SL5141 de 2019, Radicación 68121, entre otras.

De tal manera, al encontrarse acreditado que el causante adquirió el derecho a la pensión a partir 27 de enero de 2002, esto es, con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la pensión de sobrevivientes que se transmite por el fallecimiento corresponde a catorce (14) mesadas, por ser del 100% de la mesada que venía percibiendo el pensionado y, en consecuencia, de igual manera, se confirmará la sentencia en este aspecto.

- **Sobre los intereses moratorios**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del Sistema de pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados, y tratándose de la primera de ellas la mora se entiende ocurrida cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho contados desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes. Para pensiones de sobrevivientes el plazo es de dos meses, pues así lo dispone el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 y así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL1810-2022, SL1714-2022, SL1386-2022).

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los intereses moratorios proceden de manera

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

En este caso, es claro que **COLPENSIONES** a la fecha de presentación de la solicitud pensional, 21 de septiembre de 2021, tenía conocimiento de la jurisprudencia de antaño en la cual se ha establecido como requisito para acreditar la calidad de beneficiaria como cónyuge sobreviviente es de 05 años en cualquier tiempo, situación que logró establecer la demandada en el trámite administrativo y, a pesar de ello, decidió negar la prestación económica. Por ende, al no existir una causal de excepción a la imposición de los intereses moratorios los mismos son procedentes.

De acuerdo con la Resolución SUB 290582 del 03 de noviembre de 2021 (Pág. 19 a 22 archivo *"01Demanda"*), la demandante solicitó la sustitución pensional el 21 de septiembre de 2021, y la misma fue negada. Por ello, la Sala revocará la decisión de primera instancia en este aspecto pues, según lo dicho, procede el reconocimiento de este estipendio a partir del 21 de noviembre de 2021, sobre cada una de las mesadas adeudadas, interés que corre hasta la fecha en que la entidad realice su pago efectivo.

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

Se confirma la decisión del *a quo* en lo relativo a autorizar a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud de la **DEMANDANTE**, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2425 de 2019, SL4964 de 2020, SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1781 de 2022, entre otras.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

del pago de la indexación del retroactivo pensional, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a **COLPENSIONES** del pago de intereses moratorios, para en su lugar, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 21 de noviembre de 2021, sobre cada una de las mesadas adeudadas y hasta cuando se haga efectivo el pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

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

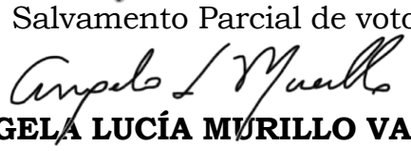
CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.
Salvamento Parcial de voto



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento parcial de voto



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

DEMANDANTE: LEONOR OROZCO ACOSTA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 11001 31 05 029 2022 00023 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Con el debido respeto se expone las razones del salvamento parcial de voto.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 787-2013 de 6 de noviembre de 2013, radicación 43602, moderó la aplicación de la posición jurisprudencial sobre la imposición de los intereses moratorios "*para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradores de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora 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 no les compete y les es imposible predecir*".

Postura que ha sido reiterada en sentencias SL 3087- 2014 de 12 de marzo de 2014, radicación 44526; SL 3594-2014 de 19 de marzo de 2014, radicación 45312; SL12018-2016 de 27 de julio de 2016, radicación 65746, SL 5673-2021, radicación 84517, entre otras.

En el presente caso, la entidad actuó ajustada a derecho, en la medida que el reconocimiento de la pensión obedece a la aplicación de la jurisprudencia, por lo que al encontrarse que la actuación de la administración se enmarca en una de las causales señaladas por la jurisprudencia para la morigeración de la aplicación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, expresadas en las sentencias proferidas en los procesos identificados con las radicaciones 43602, 44526, 45312 y 84517, esto es, cuando la actividad de la administración se debe a la aplicación estricta de la ley, es dable concluir que en el presente caso la entidad demandada no se constituyó en mora y por ende no había lugar a la imposición de los intereses moratorios.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 30-2021-00200-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES,** así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 05 de julio de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 1:57:37 *archivo "22Audiencia05julio2023"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 10 archivo "*01Demanda*").**

MARÍA OLGA LONDOÑO RAMÍREZ solicitó declarar nula su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 31 de diciembre de 1961; que se afilió al ISS desde 17 de enero de 1990 hasta el 18 de agosto de 1996; que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el 08 de septiembre de 1995, afiliación que se llevó a cabo bajo las políticas de la empresa donde laboraba, por lo que nunca fue asesorada por la AFP, quien no suministró información clara y

completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales. Por lo cual elevó solicitud a las **DEMANDADAS**, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó que la **DEMANDANTE** realizó reclamación administrativa y que esta fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 13 archivo "*13ContestaciónColpensiones*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de prescripción, compensación, inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 2 a 28 archivos "*12ContestaciónPorvenir*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:57:37 *archivo "22Audiencia05julio2023"*).

El 05 de julio de 2023, el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)**PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** el traslado de régimen pensional que hizo la demandante MARÍA OLGA LONDOÑO RAMÍREZ, identificada con cédula de ciudadanía N° 31.405.961, efectuado el 08 de septiembre de 1995, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, antes administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales - ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 08 de septiembre de 1995, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a MARÍA OLGA LONDOÑO RAMÍREZ al Régimen de Prima Media con Prestación*

Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, sin solución de continuidad, de acuerdo con la argumentación expuesta. ***TERCERO: CONDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de MARÍA OLGA LONDOÑO RAMÍREZ, incluidos sus rendimientos y; con cargo a sus propios recursos, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que permaneció afiliada a esa AFP, esto es, de 08 de septiembre de 1995 y hasta que se haga efectivo el traslado, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.* ***CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a*** *que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de MARÍA OLGA LONDOÑO RAMÍREZ, reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM y, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan tal Régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.* ***QUINTO: DECLARAR*** *NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas, de acuerdo con lo antes indicado.* ***SEXTO: CONDENAR*** *en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a favor de la DEMANDANTE. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($3'600.000.00). Sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES. (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó la demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, el Juez indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, el saneamiento no procede por el mero paso del tiempo, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando que se debe revisar y analizar el interrogatorio de la **DEMANDANTE**, frente a los hechos realizados en afiliación y traslado, ya que son contradictorios a lo desarrollado en el hilo de la demanda, por lo que dicha parte no cumplió con los mínimos requisitos procesales y las normas establecidas (min. 1:41:19 archivo *"22Audienca05julio2023"*).

La demanda **COLPENSIONES** Interpone recurso de apelación, considerando que se debe revocar el fallo y condenar únicamente a la **AFP PORVENIR S.A.**, pues aduce vicios de consentimiento por falta de información; asimismo, se imparte una justicia incompleta o parcialmente desacertada, ya que dicha decisión afecta a **COLPENSIONES** por lo que es condenado por un hecho que no cometió. (min. 1:48:40. archivo *"22Audienca05julio2023"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR S.A** solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos de la alzada.

Por su parte, la firma **TABOR ASESORES LEGALES** apoderada de **COLPENSIONES,** sustituyó poder a la doctora Sandy Jhoanna Leal Rodríguez, identificada con CC 1.032.473.725 y TP 319.028 del CSJ, a quien se reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **MARÍA OLGA LONDOÑO RAMÍREZ** nació el 31 de diciembre de 1961 (Pág. 19 archivo "*03Anexos*"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS desde el 17 de enero de 1990 al 31 de octubre de 1996 (Pág. 1 a 6 archivo "*14ExpedienteAdministrativo*"); ***iii)*** el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 609374, efectivo a partir del 08 de septiembre de 1995; luego se trasladó a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** desde el 01 de enero de 2004 y finalmente, retornó a **PORVENIR** el 01 de enero de 2014, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 83 a 87 archivo *"12ContestacionDemandaPorvenir"*); ***iv)*** la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **PORVENIR S.A.**, petición que fue negada (Pág. 21 a 27 archivo "*03Anexos*"); ***v)*** la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES,** petición que no fue contestada (pág. 44 archivo "*03Anexos"*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

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

garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS por políticas de la empresa en la que laboraba y que al momento de dicha afiliación no fue asesorada por ningún personal de la AFP, manifestación que no beneficia a **PORVENIR S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las

sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA OLGA LONDOÑO RAMIREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2021 00200 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.31-2021-00490-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas **FONDO NACIONAL DE AHORRO - FNA**, **S&A SERVICIOS Y ASESORIAS** y la llamada en garantía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A,** así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública, contra la sentencia del 10 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre **PEDRO ALEXXIZ ENCISO LOPEZ** y el **FNA** desde el 11 de julio de 2016 al 03 de julio de 2018, condenó al pago de indemnización por despido sin justa causa al **FNA** y de manera solidaria a **S&A SERVICIOS Y ASESORIAS** y la asunción del riesgo por parte de **SURAMERICANA S.A.** a favor del FNA, condenó en costas a las demandadas y absolvió a la llamada en garantía **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA** *(min.56:55, archivo "46 Audiencia Fallo").*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

PEDRO ALEXXIZ ENCISO LOPEZ llamó a juicio al **FONDO NACIONAL DE AHORRO** y a **S&A SERVICIOS Y ASESORIAS** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 02 de mayo de 2016 al 03 de junio de 2018 con el **FNA,** que **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS** es una simple intermediaria, que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente en el **FNA** y, en consecuencia, que se condene a las demandadas de forma solidaria al pago de reajuste de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, prima extraordinaria, prima de vacaciones, prima de navidad, vacaciones, estímulo y recreación, prima de navidad, bonificación de servicios, bonificación especial de recreación, bono navideño, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, reliquidación de aportes a seguridad social, costas y agencias en derecho.

Como fundamentó fáctico indicó que laboró para la empresa de servicios temporales **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. entre el** el 2 de mayo de 2016 y el 03 de junio de 2018; que desempeñó el cargo de gestor administrativo y luego como analista a partir del 11 de julio de 2016, desempeñando las mismas funciones en beneficio del **FONDO NACIONAL DE AHORRO**, las cuales son de carácter permanente, entidad que era la que proporcionaba las herramientas de trabajo y demás instrucciones para la ejecución del contrato; que el último salario devengado fue de $1.995.000; que los servicios no obedecieron a incrementos en la producción, por el contrario son servicios que requiere la empresa de manera continua; que en el **FNA** existe convención colectiva de trabajo vigente, aplicable a los trabajadores oficiales, que al ser mayoritario el sindicato sus efectos son extensibles a los demás trabajadores no sindicalizados y finalmente que presentó

reclamación administrativa ante el **FNA** (*pág. 1 a 10, archivo "02. EscritoDemanda"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó el objeto social de la empresa, las funciones ejercidas por el accionante y que el beneficiario de las mismas siempre fue el **FNA**, el servicio se prestó en la ciudad de Bogotá, las herramientas e instrucciones las dio el **FNA**, la mayoría de los empleados del **FNA** son trabajadores oficiales, los servicios prestados superaron los seis meses con su respectiva prórroga, el no reconocimiento de los derechos contemplados en la convención colectiva de trabajo, la falta de oportunidad para acceder a los beneficios convencionales y el no pago de los derechos convencionales. Indicó que la causa de finalización del contrato fue la finalización de la obra o labor contratada, que el accionante se desempeñó como analista, el contrato de trabajo estuvo ligado a un contrato comercial suscrito entre el **FONDO NACIONAL DE AHORRO** y esa demandada y que al ser un trabajador temporal no podía ser beneficiario de la convención colectiva. Interpuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones demandadas*; cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral; prescripción; buena fe; innominada o genérica; compensación, solidaridad prorrateada y ausencia de solemnidad en el certificado del depósito de la convención colectiva de trabajo *(pág. 3 a 9, archivo "11ContestacionDemandaServicosAsesorias" y "21SubsanacionContestacionDemandaServiciosAsesorias).*

El **FONDO NACIONAL DE AHORRO** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningunos de los hechos. Indicó que los contratos allegados con la demanda acreditan que el empleador del trabajador fue una sociedad distinta al **FNA**, quien no celebró

ningún tipo de vínculo con el demandante ni se dieron los elementos para declarar el mismo, por lo cual considera que nunca existió ninguna obligación entre ellos. Propuso las excepciones de *carencia de aplicación de la convención colectiva;* falta de legitimación en causa por pasiva; inexistencia de obligación; cobro de lo no debido; inexistencia de relación laboral; pago; buena fe; innominada o genérica; prescripción; imposibilidad legal del FNA para contratar laboralmente; legalidad de la contratación y compensación. (*pág. 4 a 28, archivo "17 ContestacionDemanda")*. Además, llamó en garantía a **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.** y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** *(archivo "16LlamamientoGarantia"),* petición que fue admitida en providencia del 31 de enero de 2022 *(Pág.1 a 2 archivo "20AutoDevuelveContestaciones").*

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos aceptó el vínculo laboral generado con **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS**, el objeto social de la empresa y que el **FNA** es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por lo que los empleados por regla general son trabajadores oficiales, expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Interpuso las excepciones de *carencia de aplicación de la convención colectiva*; falta de legitimación en causa por pasiva; inexistencia de obligación a cargo del fondo nacional del ahorro; cobro de lo no debido; inexistencia de relación laboral; pago; buena fe; genérica; prescripción; imposibilidad legal del FNA para contratar laboralmente; legalidad de la contratación; compensación e inexistencia de la solidaridad. Respecto del llamamiento en garantía se opuso a las pretensiones, aceptó que el **FNA** es el beneficiario de la póliza No.2072188 con ocasión de la suscripción de contrato entre **FNA** y **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS** para el suministro de personal, y por ello, señaló que esta última es la responsable de cumplir con las obligaciones contenidas en el contrato. Formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación a*

indemnizar por riesgo no amparado; ausencia absoluta de responsabilidad del asegurador con cargo a la póliza 2072188 -1 vinculadas al proceso y límite máximo de responsabilidad de la aseguradora *(pág. 2 a 16, archivo "24ContestaciònLlamamientoGarantia").*

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A - CONFIANZA, negó la totalidad de los hechos de la demanda y se abstuvo de realizar cualquier tipo de pronunciamiento frente a las pretensiones. Respecto del llamamiento en garantía estableció que únicamente se activará el contrato de seguro suscrito entre las partes en caso de que se declare la responsabilidad solidaria y aceptó la suscripción del contrato de seguro. Interpuso las excepciones de *ausencia de cobertura en caso de ser condenado el FNA como verdadero empleador;* ausencia de cobertura de prestaciones consagradas en convenciones o pactos colectivos; ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas causadas por fuera de la vigencia de las pólizas; ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas con ocasión de contratos distintos a los garantizados por las pólizas expedidas por Seguros Confianza; prescripción de las acreencias laborales y la innominada o genérica *(pág. 2 a 11, archivo "32ContestacionSeguros")*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.56:55, archivo "46 Audiencia Fallo")

El 10 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> ***"DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre PEDRO ALEXIS ENCISO LÓPEZ, en calidad de trabajador y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO en calidad de empleador, contrato que comenzó a regir el día 11 de julio del año 2016 y se*

dio por terminado sin justa causa el 3 de julio del año 2018. ***CONDENAR*** *al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de la indemnización por despido sin justa causa por un monto de $11.400.000.* ***CONDENAR*** *solidariamente a S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS al pago de la indemnización correspondiente al despido sin justa causa por $11.400.000.* ***CONDENAR*** *a la llamada en garantía, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a cancelar una vez el FONDO NACIONAL DEL AHORRO realice el pago, la suma de $11.400.000 al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.* ***CONDENAR*** *al pago de costas y agencias en derecho a las demandas FONDO NACIONAL DEL AHORRO, S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SA y SEGUROS GENEALES SURAMERICANA S.A., en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente cada una de ellas.* ***ABSOLVER*** *de la totalidad de las pretensiones incoadas y del llamamiento en garantía a SEGUROS CONFIANZA".*

Como sustento de la decisión la Juez encontró acreditada la existencia de 4 contratos de trabajo en misión a favor del FNA a través de la EST **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S**. Sin embargo, del interrogatorio del demandante y la prueba documental dedujo que este tipo de vinculación superó el término de contratación previsto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, como quiera que la labor fue continua e ininterrumpida, por lo que se configuraron los presupuestos para que opere la presunción de existencia del contrato con el **FNA** según el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945. Además, que es claro que el **FNA** antes de abril de 2016 no estaba a cargo de la legalización de documentos para el otorgamiento de créditos y en la planta de personal no existía el cargo desempeñado por el demandante, como quiera que solamente hasta el año 2022 pudo contratar personal directo para ejercer dichas funciones.

Precisó que al actor le pagaron la totalidad de los salarios y prestaciones sociales a través de la temporal, por lo que no era

procedente condena alguna por estos conceptos. Tampoco era viable lo relacionado con el reajuste salarial en la medida en que el cargo del demandante no existía en planta del FNA entre los años 2016 a 2018. Frente a los derechos convencionales precisó que si el actor quería beneficiarse de las cláusulas convencionales debió acreditar la afiliación al sindicato o que pagaba la cuota sindical, lo cual no ocurrió. Y que era procedente la indemnización del artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, por el término presuntivo, en la suma de $11.400.000.

Sobre la responsabilidad de las llamadas en garantía advirtió que la única póliza vigente a la fecha de terminación del contrato era la de SURAMERICANA, quien está en la obligación de pagar la indemnización objeto de condena al FNA. Y finalmente, concluyó que no era viable la sanción moratoria del artículo 5 del Decreto 2147 de 1945 en la medida en que no existió mala fe del FNA al considerar que no fungía como empleador, no podía vincular personal sin que el cargo existiere en la planta de personal y que para atender la nueva dependencia de legalización debía contratar personal mediante una empresa de servicios temporales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación frente a la negativa al pago de derechos convencionales. Adujo que la parte actora no podía vincularse al sindicato ni hacer los respectivos aportes como consecuencia de su forma de vinculación; que el FNA al ser el verdadero empleador tiene la obligación de pagar los derechos convencionales pedidos con la demanda y a reajustar el salario, conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formas y al ser el sindicato de carácter mayoritario. Así mismo, solicita que, frente a la condena al pago de indemnización por despido sin justa causa, se reconozca la indexación de dicho rubro y el reconocimiento de la sanción moratoria dado que el FNA

no probó que actuó de buena fe (*min. 59:16, archivo "46AudienciaFallo*").

La demandada **FNA** solicitó revocar la sentencia de primera instancia para que se absuelva a dicha entidad de las condenas. Manifestó que se demostró que la empresa de servicios temporales fue la empleadora del **PEDRO ALEXXIZ ENCISO LOPEZ** en virtud de las múltiples vinculaciones celebradas, además de la necesidad de personal por el incremento del servicio y que ninguno de los contratos superó el límite de un año. Frente a la condena por indemnización por terminación sin justa causa, que se debe tener en cuenta el fenómeno jurídico de la prescripción, ya que el vínculo laboral se terminó el 03 de junio de 2018 y la reclamación administrativa se presentó en agosto de 2021, pasando más de 3 años desde la fecha de terminación del contrato laboral conforme lo establecido en los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS (*min. 01:07:08, archivo "46AudienciaFallo*").

La demandada **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.**, pidió la revocatoria del fallo invocando que operó el fenómeno jurídico de la prescripción al haber pasado más de 3 años a la presentación de la demanda, además que el contrato se terminó por finalización de la labor u obra contratada, actuando como verdadero empleador del demandante, sin que se le haya quedado debiendo suma alguna, por lo que considera no se debió declarar la existencia de contrato realidad (*min. 01:14:36 archivo "46AudienciaFallo*").

La llamada en garantía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** también pidió la revocatoria de la sentencia. Adujo que la póliza terminada en 188 ampara el incumplimiento de las obligaciones laborales de la contratista **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.** para sus trabajadores con ocasión de la ejecución del contrato No.56 de 2018 y para el presente caso quedo demostrado que la empresa temporal pagó las indemnizaciones a las que había lugar y que la póliza no tiene cobertura por condenas

derivadas directamente de actuaciones propias del FNA, teniendo en cuenta, que el siniestro ocurrió con anterioridad a la entrada en vigencia de la póliza; y finalmente que las pretensiones se encuentran prescritas por haber transcurrido más de 3 años desde la terminación del contrato *(min. 01:16:24 archivo "46AudienciaFallo")*.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados del **FONDO NACIONAL DE AHORRO** y **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.** insistieron en los puntos materia de recurso. No hubo pronunciamiento de los demás intervinientes.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa al **FONDO NACIONAL DE AHORRO**, su calidad de entidad pública del orden nacional permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor del **FNA**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si se acreditan los requisitos esenciales para declarar la existencia de un contrato de trabajo entre **PEDRO ALEXXIZ ENCISO LOPEZ** y el **FONDO NACIONAL DE AHORRO**, la indemnización por despido, el reconocimiento de derechos convencionales, reajuste de salarios, sanción moratoria y si es aplicable al presente asunto la excepción de prescripción**,** conforme a lo alegado en los recursos de apelación y el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

- **Sobre la figura del trabajador en misión.**

El artículo 71 de la Ley 50 de 1990, define la empresa de servicios temporales como aquella que contrata la prestación de servicios con terceros, a quienes colabora temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor de personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, frente a quienes ostenta la calidad de empleador. Por su parte, el artículo 73 *ibídem* establece que se denomina usuario a la persona natural o jurídica que contrata los servicios de la empresa de servicios temporales.

Ahora bien, el artículo 74 de la Ley 50 de 1990, define a los trabajadores en misión como aquellos a los que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. A su vez, el artículo 77 *ibídem* limita la contratación de empresas de servicios temporales únicamente a 03 eventos: ***i)*** cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias conforme el artículo 6 CST, ***ii)*** cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia o en incapacidad por enfermedad o maternidad y, ***iii)*** para atender incrementos en la producción, transporte, ventas, los

periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 06 meses prorrogable hasta por 06 meses más, plazo declarado exequible por la sentencia C-330 de 1995.

Sobre la figura del trabajador en misión, la H. CSJ ha señalado que las empresas de servicios temporales no se pueden instrumentalizar para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, por cuanto su finalidad es atender las actividades excepcionales y temporales señaladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y la infracción de dicha norma conlleva que el trabajador en misión se repute como trabajador directo de la usuaria, vinculado con contrato de trabajo a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que el real empleador tiene previsto a favor de sus asalariado, fungiendo la empresa de servicios temporales como un simple intermediario, tal y como indicó en las sentencias SL3520-2018, SL467-2019, SL2710-2019 y SL4330-2020, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio, las demandadas **FNA** y **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.** alegaron en sus recursos de apelación que se demostró que la empresa de servicio temporales fue la real empleadora del **DEMANDANTE**.

De entrada, anuncia la Sala que no les asiste razón por cuanto los elementos de prueba acreditan que dicha entidad acudió irregularmente a la figura del trabajador en misión para suplir, necesidades de carácter permanente y que corresponden al giro ordinario de los negocios o funciones misionales del Fondo Nacional del Ahorro, alejándose de la finalidad excepcional y temporal de dicho tipo de contratación.

La revisión del expediente acredita que **PEDRO ALEXXIZ ENCISO LOPEZ** celebró los siguientes contratos de trabajo con la empresa temporal **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.**:

Página - archivo	#	Empresa de Servicios Temporales	Fecha inicio	Fecha terminación
57 a 59 (12Pruebas)	1	S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS	23/05/2016	10/07/2016
87 a 90 (12Pruebas)	2	S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS	11/07/2016	21/08/2017
102 a 105 (12Pruebas)	3	S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS	22/08/2017	21/03/2018
66 a 69 (12Pruebas)	4	S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS	22/03/2018	3/06/2018

Revisados todos los contratos antes relacionados, se advierte que **PEDRO ALEXXIZ ENCISO LOPEZ** siempre fue destinado a cumplir funciones de legalización de documentos para la aprobación de créditos en el **FNA**, aspecto aceptado por parte de la empresa de servicios temporales al contestar los hechos 6 y 7 de la demanda, es decir, que fue vinculado para atender la demanda de productos y servicios de la entidad pública las cuales en todo caso corresponden a las actividades ordinarias y continuas del giro ordinario de sus negocios.

Así las cosas, si bien cada contrato de trabajo suscrito entre el **DEMANDANTE** y la empresa de servicios temporales no superó el periodo máximo de vigencia del trabajo temporal consagrado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la Sala no puede limitarse a un análisis reducido de las circunstancias sometidas a juicio, llamando la atención de como el **FNA** mantuvo, de forma sostenida en el tiempo, el disfrute del servicio del trabajador en misión para el desarrollo de las mismas funciones a lo largo de 02 años, en una actividad que no se puede considerar ocasional como lo era toda la parte de legalización de documentos, recopilación y análisis de los mismos para el otorgamiento de créditos, las cuales tan solo fueron asumidas por personal de planta en el año 2022, según lo informó la gerente de representación judicial del FNA en el informe juramentado (*archivo*

"40FondoNacionalAhorroRespuestaCuestionarioPlanteadoDespacho
").

Resulta relevante considerar que la H. Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de analizar la conducta del **FNA** en el sucesivo requerimiento de trabajadores en misión a través de multitud de contratos de trabajo por medio de empresas de servicios temporales y en la sentencia SL4330 de 2020 concluyó que la primacía de la realidad sobre las formas permite concluir que dicha entidad acudió a vinculaciones defraudatorias a fin de exteriorizar la aparente pero falsa realidad de que nunca superó el término legal de vinculación del trabajador en misión para atender incrementos en la producción, para enmascarar el abuso de dicha figura por medio de relaciones de muchos años dirigidas al cumplimiento de actividades misionales y permanentes, con el único propósito de evadir la vinculación directa del trabajador en misión.

En efecto, en la precitada providencia SL4330-2022, concluyó que la necesidad de la actividad contratada, su real duración a lo largo de años y la ausencia de variación en la labor demuestran, sin lugar a dudas, la instrumentalización de la figura de la empresa de servicios laborales para evadir derechos laborales, en un evidente fraude a la ley a través de intermediación ilegal pasando por alto que la figura del trabajador en misión es la de satisfacer una actividad excepcional y temporal a través de un tercero.

Así las cosas, acogiendo el precitado criterio jurisprudencial y aplicando la sanción descrita en las sentencias SL3520-2018, SL467-2019, SL2710-2019 y SL4330-2020, entre otras, que no es otra que declarar a la empresa usuaria real empleador ante el mal uso del trabajo temporal y observando la total ausencia de pruebas de que en efecto el **FNA** hubiera atravesado un incremento de los servicios que presta de forma temporal y constatado que se perduró por varios años la vinculación del **DEMANDANTE** a través de maniobras engañosas, no queda opción distinta que confirmar la

sentencia de primera instancia respecto la declaratoria del contrato de trabajo entre el **DEMANDANTE** y el **FNA**, dado que no fue objeto de controversia los extremos temporales determinados por el *a quo*, siendo responsable solidariamente la EST de las obligaciones a cargo del empleador, en aplicación del 35 del CST.

No obstante, previo a revisar la procedencia de las acreencias laborales que le corresponden al trabajador con ocasión de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, es necesario estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción como lo alegaron los recurrentes.

- **Sobre la excepción de prescripción**

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las sentencias que reconocen la existencia de un contrato de trabajo son de naturaleza declarativa y no constitutiva de derechos, tal y como lo reiteró la H. CSJ en las sentencias SL3169-2014, SL20833-2017 y SL4358-2018, sobre tal premisa se resolverá la excepción de prescripción.

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, en concordancia con los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, disponen que las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben transcurridos tres (3) años desde su exigibilidad, término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador.

Así las cosas, se encuentra probado en este proceso que el contrato de trabajo se terminó el 03 de junio de 2018 *(pág. 19, archivo "02. EscritoDemanda")*, siendo radicada la reclamación administrativa ante el **FNA** el 30 de agosto de 2021 *(pág. 11 a 14, archivo "02. EscritoDemanda")*, y la presente acción fue presentada en reparto el 07 de octubre de 2021 (*archivo*

"05SecuenciaReparto16323"), es decir, tanto la reclamación como la demanda fueron radicadas de manera extemporánea, pasados los 3 años luego de finalizada la relación laboral, motivo por el cual la indemnización por despido se encuentra afectada por prescripción, lo que releva a la Sala del estudio pormenorizado de los demás conceptos solicitados.

Bajo dicho escenario, se revocará la sentencia de primera instancia, salvo la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, y, en su lugar, se absolverá las demandadas y a las llamadas en garantía de todas las pretensiones condenatorias.

Sin costas en las instancias.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia**.**

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, salvo lo relacionado con la declaratoria de existencia de contrato de trabajo, y, en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas y a las llamadas en garantía de las pretensiones condenatorias, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

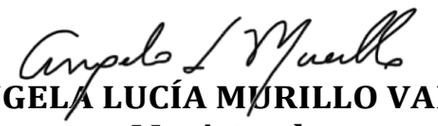
TERCERO: SIN COSTAS en las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 34-2021-00522-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por lo apoderados de **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** y **COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 15 de junio de 2023, que declaró la existencia de una relación laboral entre el 30 de enero de 1989 y el 15 de junio de 1993, condenó a **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** al pagó del cálculo actuarial a favor del **DEMANDANTE**, a **COLPENSIONES** a incluir el periodo laborado como semanas cotizadas en la historia laboral, negó las demás pretensiones y condenó al pago de costas y agencias en derecho a la demandada **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** (min. 36:02 archivo *"17Audiencia20230615"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 12 archivo "*02DemandaAnexos*").**

LUIS GERMAN OSORIO RODRIGUEZ solicitó declarar que existió un vínculo laboral desde el 30 de enero de 1989 hasta el 15 de junio de 1993, que **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** omitió realizar aportes por concepto de pensión, ordenar a **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** a que proceda a hacer el pago al Sistema

General de Seguridad Social en Pensiones con destino a **COLPENSIONES,** y a ésta a realizar el cálculo actuarial, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 26 de agosto de 1958, que laboró al servicio de la empresa TEXAS PETROLEUM COMPANY hoy **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** desde el 30 de enero de 1989 hasta el 15 de junio de 1993, tiempo que no se reporta en la historia laboral expedida el 10 de junio de 2019 por **COLPENSIONES**, que solicitó a **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** soporte de los pagos efectuados de pensión, compañía que dio respuesta mediante oficio a través del cual señaló que para el momento en el que el actor trabajó con la Compañía, no se podían afiliar a los trabajadores al ISS por una imposibilidad jurídica insuperable. Aseguró que agoto vía gubernativa, y que conforme al reporte de Historia Laboral del 17 de septiembre de 2021 registra cotizaciones desde el 31 de octubre de 1977 al 31 de agosto de 2021, para un total de 911,29 semanas cotizadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

CHEVRON PETROLEUM COMPANY se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos al tiempo durante los cuales el **DEMANDANTE** laboró con la compañía, la petición elevada por correo electrónico y la negativa de la misma. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y toda la que se pruebe en el proceso (Pág. 3 a 28 archivo "*05ContestacionDemanda*").

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad, que no se reporta en la historia laboral expedida el 10 de junio de 2019 el tiempo que laboró el **DEMANDANTE** con la compañía, que agotó vía gubernativa y que conforme al reporte de

Historia Laboral del 17 de septiembre de 2021 el **DEMANDANTE** registra cotizaciones desde el 31 de octubre de 1977 al 31 de agosto de 2021. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de **COLPENSIONES**, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (Pág. 2 a 20 archivo "*07ContestacionDemandaColpensiones*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 36:02 *archivo "17Audiencia20230615"*).

El 15 de junio de 2023, el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el demandante* ***LUIS GERMÁN OSORIO RODRÍGUEZ*** *y la sociedad* ***CHEVRON PETROLEUM COMPANY****; existió una relación de índole laboral, vigente entre el 30 de enero de 1989 y el 15 de junio de 1993, con una asignación salarial básica equivalente a $384.700 pesos para 1993.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la sociedad* ***CHEVRON PETROLEUM COMPANY*** *al pago correspondiente al cálculo actuarial y a generar su consignación a órdenes de la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *y a su entera satisfacción como administradora del sistema pensional.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*** *a incluir el periodo laborado por el demandante* ***LUIS GERMAN OSORIO RODRIGUEZ****, entre el 30 de enero de 1989 y el 15 de junio de 1993, al servicio de* ***CHEVRON PETROLEUM COMPANY****, y de tenerlas como semanas efectivamente cotizadas en la Historia Laboral, válidas para el estudio de su derecho pensional.* ***CUARTO: NEGAR*** *las demás pretensiones de la demanda.* ***QUINTO: CONDENAR*** *a la demandada* ***CHEVRON PETROLEUM COMPANY*** *al reconocimiento y pago de un SMLMV,*

valor en que se estiman las agencias en derecho. ***SEXTO:*** *en caso de no ser apelada la presente decisión remítase en grado jurisdiccional de consulta a favor de* ***COLPENSIONES*** *(…)".*

E *a quo* fijó como problema jurídico determinar si en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, entre el **DEMANDANTE** y la demandada **SOCIEDAD CHEVRON PETROLEUM COMPANY** existió un contrato de trabajo, de ser positivo lo anterior, establecer los extremos de la relación laboral, el salario pactado y si durante la relación laboral al **DEMANDANTE** le fueron reconocidos y pagados los aportes al sistema de seguridad social en pensión por los periodos laborados entre los años 1989 a 1993, en razón de lo cual, establecer la procedencia de imponer condena a la demandada **SOCIEDAD CHEVRON PETROLEUM COMPANY** por el reconocimiento y pago de los periodos faltantes de cotización y condenar a **COLPENSIONES** a elaborar el cálculo actuarial para asimilar el pago de esos aportes a semanas cotizadas, finalmente establecer la procedencia de imponer condena en costas procesales y agencias en derecho.

Para resolver, indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, en torno a la línea jurisprudencial definida en el sentido de que todos aquellos tiempos trabajados y no cotizados independientemente de si ello ocurrió por ausencia de cobertura del Sistema General de Pensiones, o con ocasión a la negligencia u omisión del empleador deben ser asumidos y financiados por este último a través de los correspondientes títulos pensionales, con el objetivo de que el trabajador no vea menoscabado su eventual derecho pensional por ausencia del requisito de semanas en el que si prestó sus servicios, pero no obran reportados los pagos al Sistema General de Pensiones, y ello se justifica en que el empleador tiene a su cargo el deber de garantizar los riesgos de invalidez, vejez y muerte de su personal subordinado, por lo que al momento en que los mismos fueron subrogados en cabeza de la entidad de seguridad social, éste

continuaba en la obligación de trasladar los respectivos aportes correspondientes a los tiempos que el afiliado desarrolló la prestación personal a favor de la entidad, de igual manera, la falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo del empleador. Dijo que, al revisar el caso, respecto a la documental, se tiene que entre las partes existió una relación laboral entre el 30 de enero de 1989 y el 15 de junio de 1993, con una asignación salarial para cada época equivalente a $387.400, por lo que, conforme a las anteriores consideraciones debe condenarse a **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** por la obligación que le asiste al reconocimiento y pago del cálculo actuarial, por el periodo laborado por el trabajador **DEMANDANTE** y por costas y agencias en derecho.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicitó modificar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, con el fin de que sea condicionado dicho numeral, toda vez que la entidad no puede tener en cuenta dichas semanas como cotizadas hasta el momento en que se reciba por parte del empleador el respectivo cálculo actuarial, el cual debe pagarse debidamente indexado e incluyendo intereses moratorios. (min. 37:47 archivo *"17Audiencia20230615"*).

Por su parte, el apoderado de **CHEVRON PETROLEUM COMPANY**, solicitó sean revocadas las condenas en su contra, argumentando que durante el periodo laborado por el **DEMANDANTE**, no había la obligación de cotizar al sistema de pensiones, ya que las empresas petroleras fueron llamadas a pagar afiliación hasta el año de 1993, por lo que aplicar una norma que no estaba vigente al momento del contrato violaría el principio de irretroactividad, y en consecuencia, no se podría predicar con certeza que hubo una omisión por parte de **CHEVRON PETROLEUM COMPANY.** (min. 40:15 archivo *"17Audiencia20230615"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandada **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** solicitó revocar la sentencia reiterando los argumentos elevados en la alzada. Por su parte, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Agotado el termino los demás apoderados no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si es procedente la condena impuesta a la demandada **SOCIEDAD CHEVRON PETROLEUM COMPANY** al pago del cálculo actuarial por los aportes no cotizados durante el periodo de tiempo comprendido entre el 30 de enero de 1989 hasta el 15 de junio de 1993 y costas procesales, así como de la procedencia de la actualización de la historia laboral impuesta a **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

No son objeto de controversia los siguientes supuestos fácticos::***i)*** el demandante **LUIS GERMÁN OSORIO RODRÍGUEZ** nació el 26 de agosto de 1958 (Pág. 13 archivo "*02DemandaAnexos*"); ***ii)*** entre el **DEMANDANTE** y la demandada TEXAS PETROLEUM COMPANY hoy **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** existió un contrato de trabajo entre el 30 de enero de 1989 al 15 de junio de 1993 (Pág. 76 archivo "*05ContestacionDemanda*"); ***iii)*** en la historia laboral del **DEMANDANTE** expedida por **COLPENSIONES** se registran cotizaciones desde el 31 de octubre de 1977 al 31 de agosto de 2021, para un total de 654 semanas cotizadas, sin que figure afiliación y cotización por parte de **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** (Pág. 220 a 238 archivo "*07ContestacionDemandaColpensiones*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró la existencia de una relación laboral entre el 30 de enero de 1989 y el 15 de junio de 1993, condenó a **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** al pagó del cálculo actuarial a favor del **DEMANDANTE**, a **COLPENSIONES** a incluir el periodo laborado como semanas cotizadas en la historia laboral, negó las demás pretensiones y condenó al pago de costas y agencias en derecho a la demandada **CHEVRON PETROLEUM COMPANY**. Contra la anterior decisión las **DEMANDADAS** interpusieron recurso de apelación.

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

- **Sobre la procedencia del cálculo actuarial.**

Para resolver la controversia la Sala seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico como juez de casación laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide. En la sentencia de fecha 16 de julio

de 2014, radicación N° 41745 (SL9856-2014), y copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad, esa Corporación dispuso la responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no hubo cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales, máxime cuando se tratan de períodos en que aquellos riesgos estaban a su cargo y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente (SL5790-2014, SL4072-2017, SL14215-2017, SL1342-2019, SL5109-2019, SL1551-2021, entre otras).

Al efecto, en sentencia CSJ SL9856-2014, Radicado No. 41745, respecto a las obligaciones del empleador en estos eventos, estimó la Sala Laboral de la Corte lo siguiente: *"(…) si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho. Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador."*

CASO EN CONCRETO

Para resolver, debe comenzar la Sala por advertir que le asiste razón a la apelante **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** en cuanto a que las empresas petroleras fueron llamadas a pagar afiliación de sus trabajadores al ISS solo hasta el año de 1993. Lo dicho, en razón a que el ISS, mediante Resolución No. 3540 de 6 de agosto de 1982, llamó a inscripción al régimen de seguros obligatorios de invalidez, vejez, muerte, enfermedad general, maternidad, accidentes de trabajo y

enfermedades profesionales en todo el territorio del país, a partir del 01 de septiembre de 1982, a todos los patronos y trabajadores de las actividades industriales extractivas, industria del petróleo y sus derivados y gas natural, exceptuando a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a las Sociedades de Economía Mixta y a sus asociados o contratistas independientes, acto administrativo éste que en Resolución No. 5043 de 15 de noviembre de 1982, fue dejado sin efecto indefinido. Así, no fue sino hasta la expedición de la Resolución No. 4250 de 28 de septiembre de 1993, que el ISS fijó como fecha para iniciar la mencionada inscripción el día 1º de octubre de 1993 en las zonas geográficas del país en donde el Instituto tuviera cobertura.

No obstante, como quiera que no fue objeto de controversia en el proceso la prestación de servicios del actor en favor de **CHEVRON PETROLEUM COMPANY,** mediante contrato de trabajo vigente entre el 30 de enero de 1989 al 15 de junio de 1993, menos aún se discute que dicha sociedad no afilió al trabajador al sistema de pensiones durante la totalidad de dicho lapso, bajo el lineamiento jurisprudencial citado en esta sentencia, se concluye que durante dicho interregno laborado por el **DEMANDANTE** para la empresa **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** y no cotizado al ISS por no haber sido llamada dicha compañía a inscripción en el régimen de seguros obligatorios del ISS, correspondía al empleador asumir la obligación de cubrir todas las *"contingencias propias del trabajo"*, pero no por ello puede ser eliminado el periodo anterior, razón por la cual para que se consolide debidamente el derecho a la pensión del **DEMANDANTE**, debe realizarse el pago del cálculo actuarial, para de esa forma garantizar que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social, como lo indica la jurisprudencia citada.

De tal manera, el tiempo laborado por el **DEMANDANTE,** este es, del 30 de enero de 1989 al 15 de junio de 1993, no puede ser desconocidos para su disfrute pensional, toda vez que los periodos deben ser computados a través de cálculo actuarial, siendo este un derecho irrenunciable e imprescriptible, no pudiendo el empleador beneficiarse o exonerarse de dicho pago.

Precisa la Sala, para responder el argumento de apelación planteado por la parte demandada, que la aplicación del precedente jurisprudencial antes citado no implica la aplicación retroactiva de las normas, pues desde la Ley 90 de 1946 se definió para los empleadores la obligación de hacer las provisiones necesarias para el cubrimiento de las pensiones de sus trabajadores o para una subrogación posterior del riesgo de invalidez, vejez y muerte, luego aun cuando no existía la obligación de afiliación si estaba la de hacer las provisiones para cubrir o financiar el futuro derecho pensional en proporción del tiempo servido por un trabajador.

Además, debe recordarse que el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que el cálculo actuarial es el mecanismo por antonomasia para validar los periodos en los que la prestación del servicio estuvo a cargo de los empleadores, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura (CSJ SL1342-2019, SL1551-2021 y SL2263-2022, entre otras), en la medida en que la ley que regula las consecuencias por la falta de afiliación es la vigente al momento de la consolidación del derecho pensional y no la que regulaba el pago de los aportes durante el tiempo en que se prestó el servicio (SL14388-2015, SL1041-2021, SL3470-2022, entre otras).

Conforme a lo anterior, ciertamente el empleador debe responder por el cálculo actuarial correspondiente a periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo en un 100%, pese a que no tuviera la obligación de afiliar a su trabajador al ISS, por cuanto debía tener los aprovisionamientos exigidos legalmente.

Por las anteriores consideraciones, en este aspecto se prohijará la sentencia apelada.

Sin embargo, respecto a la obligación impuesta a **COLPENSIONES** de actualizar la historia laboral, se adicionará la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que dicho

estudio solo será procedente cuando **COLPENSIONES** reciba a satisfacción los dineros provenientes del cálculo actuarial y en caso de que se reconozcan diferencias a favor del pensionado, deberá descontarse el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Finalmente, frente a la inconformidad de la demandada **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por la **DEMANDADA**, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que la inclusión del periodo laborado por el demandante entre el 30 de enero de 1989 al 15

de junio de 1993 como semanas efectivamente cotizadas y la actualización de la Historia Laboral, solo será procedente cuando **COLPENSIONES** reciba a satisfacción los dineros provenientes del cálculo actuarial a cargo de **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** y en caso de que se reconozcan diferencias a favor del pensionado, deberá descontarse lo que corresponda por aportes a salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.35-2022-00120-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra de la sentencia del 18 de abril de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones *(min. 26:28, archivo "27Grabaciónaudienciafallo").*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

VICTOR JOSE PATIÑO GRANADOS llamó a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** con el fin de que se le reconozca la pensión de jubilación convencional a partir del 28 de octubre de 2011, en cuantía equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos tres (03) años de servicio, sobre 14 mesadas anuales; que se le paguen las diferencias entre dicha pensión y la reconocida y pagada por COLPENSIONES, junto con intereses moratorios, bonificación del artículo 103 convencional, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que trabajó con el Instituto de Seguros Sociales desde el 28 de octubre de 1977 hasta el 13 de noviembre de 1977 y nuevamente desde el 07 de marzo de 1978 hasta el 25 de junio de 2003, teniendo la calidad de trabajador oficial; que nació el 28 de octubre de 1956; que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 151654 del 24 de mayo de 2015, le reconoció pensión de vejez, de conformidad con lo señalado en la régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el Decreto 1653 de 1977, a partir del 28 de octubre de 2011, en cuantía inicial de $2.435.471; que el 17 y 25 de junio de 2021, le solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, entidad que mediante Resolución RDP026902 del 08 de octubre de 2021 le negó la prestación, decisión confirmada en la Resolución RDP034024 del 15 de diciembre de 2021 *(pág. 5 a 17, archivo "04Subsanaciondemanda").*

- **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó los periodos laborados por el demandante al ISS, la calidad de trabajador oficial, la fecha de nacimiento, el reconocimiento pensional realizado por COLPENSIONES, las solicitudes presentadas y los actos administrativos expedidos por la UGPP. Formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación* y prescripción de las mesadas *(pág. 1 a 13, archivo "09Contestaciondemandaugpp").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 26:28, archivo "27Grabaciónaudienciafallo")

El 18 de abril de 2023, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

***(…) PRIMERO. - ABSOLVER** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL de todas y cada una de*

las pretensiones incoadas en su contra por parte de VÍCTOR JOSÉ PATIÑO GRANADOS. ***SEGUNDO.*** *- Declarar probada la excepción denominada inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por la UGPP.* ***TERCERO.*** *- Condénese en costas a la parte demandante, por lo tanto, se fija a su cargo la suma de $100.000, como agencias en derecho.* ***CUARTO.*** *- En caso de no ser apelada la presente sentencia CONSULTESE con el superior.* ***(…)***

Como sustento de la decisión la Juez expresó que el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social en el artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo 2001 2004 fijaron una vigencia diferente al estipulado en su artículo segundo, respecto de los derechos pensionales, por lo que sus efectos van hasta el año 2017, pacto que debe ser respetado pues se encuentra en armonía con el Acto Legislativo 01 del 2005.

En tal sentido, que de conformidad con la certificación electrónica de tiempos Laborados *CETIL*, se indica que el actor laboró desde 28 de octubre de 1977 al 13 de octubre de noviembre de 1977, como trabajador oficial, 7 de marzo de 1979 al 3 de mayo de 1981 como trabajador oficial, 4 de mayo de 1981 al 31 de marzo de 1997 como empleado público y del 1° de abril del 97 al 25 de junio del 2003 como trabajador oficial. Sin embargo, que también se certificó que el actor se desempeñó como funcionario de la Seguridad Social por haber estado vinculado en el cargo de auxiliar de servicios asistenciales, farmacia. Al respecto, preciso que según el precedente de la Corte Suprema de Justicia los trabajadores del entonces Instituto de Seguros Sociales solo tuvieron la calidad de funcionarios de la Seguridad Social hasta el 19 de noviembre del año 1996, pues a partir de dicha fecha fueron trabajadores oficiales, aspecto que se corrobora en este caso con la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez realizada por COLPENSIONES, por lo que dedujo que el accionante acreditó la calidad de trabajador oficial a partir del 2 de abril de 1994 hasta el 25 de junio de 2003, periodo que corresponde a 9 años, cuatro meses y 11 días laborados, densidad que resulta insuficiente frente a los 20 años requeridos por la norma convencional, motivo por el cual

concluyó que VICTOR JOSE no cumple los requisitos extralegales para ser acreedor de la pensión de jubilación reclamada.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Adujo que el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional se adquiere tras cumplir 20 años de servicio continuo o discontinuo, pero la norma convencional nunca señala que esos 20 años de servicio deban ser en calidad de trabajador oficial, afirmación que genera que el despacho añada un requisito adicional a la norma; que el actor ostentó la calidad de trabajo oficial mientras se encontró al servicio del ISS, es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo y no renunció a dichos beneficios; que se debe tener en cuenta la naturaleza que tiene ser trabajador oficial, pues de conformidad con el certificado de tiempos fue mensajero, ayudante y auxiliar de servicios, los cuales, según la jurisprudencia, se entienden como trabajador oficial (*min. 27:28, archivo "27Grabaciónaudienciafallo").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma Viteri Abogados S.A.S. allegó documental que la acredita para actuar como apoderada principal de la **UGPP**, sociedad que a su vez sustituyó el poder a la doctora Laura Natali Feo Peláez, identificada con C.C. No. 1.018.451.137 y T.P. No. 318.520 del CSJ, quien en el escrito de alegatos solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Por su parte, la apoderada principal del demandante solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66ª CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante cumple con los requisitos para causar la pensión de jubilación convencional y la procedencia de las demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia que: ***i)*** **VICTOR JOSE PATIÑO GRANADOS** nació el 28 de octubre de 1956 *(pág. 98, archivo "01Escritodemanda");* ***ii)*** laboró para el ISS desde el 28 de octubre de 1977 al 13 de noviembre de 1977 como mensajero; entre el 07 de marzo de 1978 y el 03 de mayo de 1981 como ayudante y desde el 04 de mayo de 1981 hasta el 25 de junio de 2003 desempeñando el cargo de auxiliar de servicios *(pág. 101 a 103, archivo "01Escritodemanda"),* luego pasó a ser parte de la planta de personal de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, sin solución de continuidad, desde el 26 de junio de 2003 hasta el 31 de marzo de 2006, en el mismo cargo (*pág. 75 a 80, archivo "09Contestaciondemandaugpp*"); ***iii)*** entre el extinto Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social SINTRASEGURIDADSOCIAL se suscribió la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004, documento depositado ante el Ministerio de Trabajo el 31 de octubre de 2001 *(pág. 16 a 88 archivo "01Escritodemanda");* ***iv)*** el actor solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión jubilación convencional el 17 y 25 de junio de 2021, entidad que mediante Resolución RDP026901 del 08 de octubre de 2021 negó la prestación económica *(pág. 127 a 140, archivo "01Escritodemanda"),* acto administrativo posteriormente confirmado a través de la Resolución RDP034024 del 15 de diciembre de 2021 *(pág. 154 a 162, archivo "01Escritodemanda");* ***v)*** y COLPENSIONES mediante Resolución GNR151654 del 24 de mayo de 2015, modificada a través de la Resolución GNR262288 del 28 de agosto de 2015, reconoció pensión legal de vejez al demandante en cuantía de

$2.435.471 a partir del 28 de octubre de 2011 *(pág. 110 a 126, archivo "01Escritodemanda").*

- **Aplicación de derechos convencionales pensionales en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.**

Sobre la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, en asuntos como el presente, considera la Sala que las cláusulas convencionales que reconocían derechos extralegales en materia pensional, perdieron vigencia por mandato de los Parágrafos Segundo y Tercero Transitorios del artículo 48 de la Constitución Política. Los derechos pensionales extralegales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo, solamente aquellos trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar la pensión tenían un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser tal no podía ser objeto de derogatoria por la expedición de normas posteriores. Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5622-2019.

La enmienda constitucional que incorporó el Acto Legislativo 01 de 2005, rige hoy y se debe aplicar, pues no ha sido excluida de nuestro ordenamiento por la H. Corte Constitucional. Ahora bien, frente al alcance del Parágrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2543-2020, precisó lo siguiente:

> *"Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar aquí y ahora su postura, en el sentido de señalar que en aplicación del parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, cuando la convención colectiva se encuentre surtiendo efectos a la fecha de entrada en vigor la enmienda constitucional -29 de julio de 2005-, cualquiera sea el motivo para ello -en curso de la vigencia inicial pactada por las partes, en curso de alguna de las prórrogas prevista en la ley o en trámite de resolución de*

conflicto suscitado por denuncia de la convención-, la extinción de las reglas pensionales allí convenidas, solo se producirá al vencimiento de los plazos o de las prórrogas automáticas producidas por mandato del artículo 478 del CST o por la firma de una nueva convención; que en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010"

No obstante, lo anterior, dicho órgano de cierre en sentencia SL3635-2020, modificó el criterio definido en la providencia referida en líneas precedentes y en su lugar, estableció que los derechos pensionales contenidos en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 se regulan por las siguientes pautas:

a) *"En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*

b) *Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*

c) *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.*

En punto a la aplicación y vigencia del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – SINTRASEGURIDADSOCIAL (vigencia 2001-2004), esa alta Corporación, en la citada providencia, al resolver un asunto de condiciones similares, recordando lo señalado por la misma Sala en las sentencias SL rad. 39808-2011 y SL1409-2015, dijo que las disposiciones contenidas en dicha norma Convencional, referidas a la pensión de jubilación, tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, pues de conformidad con los artículos 2° y 98 del texto convencional, su vigencia se extiende hasta el año 2017. Esta posición fue reiterada en sentencias SL5116-2020 y SL2773-2021.

Con todo, al realizar un estudio pormenorizado del contenido del citado artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, para la Sala el Parágrafo 4° de dicho artículo, contempló claramente lo siguiente:

> "*El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el Sindicato SintraseguridadSocial, donde se constató, que el reconocimiento y pago de las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación".*

Del contenido de esta disposición, que si bien puede entenderse que en materia de pensiones de jubilación la convención fijó una vigencia diferente a la contenida en el artículo 2° del texto convencional, lo cierto es que, al realizar una interpretación del citado Parágrafo, su vigencia extendida solo podría predicarse hasta el 1° de noviembre de 2011, es decir, hasta 10 años después de la entrada en vigor de la convención. Ello es así, en cuanto las mismas partes al establecer el derecho pensional, definieron de manera clara que esta regulación era la consecuencia de un estudio juicioso de que existían las condiciones económicas, financieras, técnicas y actuariales para el

reconocimiento y pago de estas prestaciones en un horizonte de 10 años, sin afectar la estabilidad económica de la entidad, luego a juicio de la Sala, si las partes intervinientes en el acuerdo que fijó o reguló la existencia de este derecho definieron que éste era producto del estudio realizado, no podría darse a esta norma un alcance distinto al que las mismas partes previeron o limitaron en su estudio.

Por lo anterior, en principio esta Sala en casos de iguales contornos había definido que la convención colectiva mantuvo su vigencia para efectos pensionales, solo para aquellos trabajadores que causaran el derecho antes del 1° de noviembre de 2011, por ser este el alcance que las mismas partes estipularon al definir de manera clara que las condiciones financieras de la entidad permitían reconocer estos derechos hasta en un horizonte de 10 años, limitando así su propia voluntad en cuanto a estos derechos más allá de este lapso.

Sin embargo, atendiendo que varios de los casos definidos por esta Sala aplicando el referido criterio, siendo ponente el mismo magistrado que sustancia la presente providencia, no han pasado el juicio de legalidad en sede extraordinaria[1]; en reciente sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 21 2021 00350 01 se revaluó la posición frente a este tipo de asuntos, por lo que a partir de esa decisión se acogió con plenitud la posición reiterada por nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en el sentido de establecer que las reglas pensionales previstas en el artículo 98 del texto Convencional en estudio, extendieron su vigencia hasta el año 2017.

Se resalta que esta interpretación también ha sido acogida por la H. Corte Constitucional, Corporación que en providencia SU-347 de 06 de octubre de 2022, concluyó que de la literalidad de la citada cláusula se extrae que en materia jubilatoria las partes previeron una vigencia posterior a aquella establecida de forma general, pues la misma se extendió hasta el año 2017.

[1] SL3658-2022 y SL4182-2022.

Finalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL042-2023, recordó que en la recomendación aprobada por el Consejo de Administración del Comité de Libertad Sindical de la OIT mediante informe GB.301/8 se indicó que permitir que las normas convencionales de carácter convencional expedidas con antelación al Acto Legislativo 01 de 2005, permanezcan vigente aun con posterioridad al 31 de julio de 2010, permite una mayor armonización entre los derechos de asociación, negociación colectiva y libertad sindical, por un lado, y lo preceptuado por el citado Acto Legislativo, además de una mayor sujeción del Estado Social de Derecho Colombiano, al cumplimiento del principio de *Pacta Sunt Servanda.*

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero indicar que el ISS fue suprimido como entidad mediante Decreto 2013 de 2012. El artículo 27 de la referida disposición estableció que la UGPP asumiría la administración de los derechos pensionales a cargo del extinto ISS en calidad de empleador a más tardar el 28 de junio de 2013; posteriormente, el Decreto 1388 de 2013 amplió el plazo y se fijó que sería a partir del 28 de septiembre de 2013, finalmente mediante Decreto 3000 de 2013 se estableció que la UGPP asumiría las obligaciones pensionales a cargo del ISS a partir del 28 de febrero de 2014.

De acuerdo con el precedente de la Corte Suprema de Justicia es claro que el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004, suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL tuvo vigencia hasta el año 2017, por ende, procede la Sala a determinar si el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de jubilación reclamada, así:

El artículo 3 de la Convención Colectiva de Trabajo (*pág. 20, archivo "01Escritodemanda")* reza lo siguiente:

ARTÍCULO 3. BENEFICIARIOS DE LA CONVENCIÓN Serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo los

trabajadores oficiales *vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención, según lo previsto en los artículos 37, 38 y subsiguientes del Decreto Ley 2351 de 1965 (Código Sustantivo del Trabajo)…* resaltado de la Sala.

A su vez, el artículo 98 del citado acuerdo Convencional *(pág. 49, archivo "01Escritodemanda")* dispuso:

…El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración;

a. *Asignación básica mensual*
b. *Prima de servicios y vacaciones*
c. *Auxilio de alimentación y transporte*
d. *Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
e. *Valor del trabajo en días dominicales y feriados…*

Bajo los anteriores presupuestos se tiene que **VICTOR JOSE PATIÑO GRANADOS** en principio acredita la calidad de beneficiario de la Convención Colectiva pero solo hasta el 25 de junio de 2003, como se explicará más adelante, no solo por haber tenido la calidad de trabajador oficial al servicio del Instituto de Seguros Sociales hasta esa fecha (*pág. 101 a 109, archivo "01Escritodemanda"),* sino porque la UGPP no demostró que el demandante haya renunciado expresamente a los citados beneficios.

El actor nació el 28 de octubre de 1956 *(pág. 98, archivo "01Escritodemanda")* por lo que cumplió los 55 años el mismo día y mes del año 2011. Ahora, respecto de los tiempos laborados es evidente que **VICTOR JOSE PATIÑO GRANADOS** acredita más de 20 años de servicios al Instituto de Seguros Sociales. Sin embargo, conforme con la redacción de los artículos 3 y 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, antes citados, para la Sala no hay duda alguna que los únicos tiempos válidos para consolidar el derecho a la pensión de jubilación convencional son aquellos laborados como trabajador oficial, contrario a lo afirmado en la alzada.

Lo anterior no solo porque así fue la intención de las partes donde se pactó que eran beneficiarios de dicha convención "*los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, … y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría*", sino porque la finalidad de la celebración de la convención fue favorecer a este tipo de trabajadores. Y aunque el artículo 101 del Acuerdo Convencional permite la acumulación de tiempos de servicios prestados en otras entidades de derecho público para consolidar el derecho a la prestación de jubilación, estos periodos deben corresponder y respetar la calidad de trabajador oficial, no siendo posible sumar periodos laborados bajo otras modalidades.

De suerte que para consolidar la pensión de jubilación regulada en el artículo 98 Convencional, objeto de análisis, no es posible la acumulación de tiempos prestados como funcionarios de la seguridad social y como empleados públicos, puesto que estas relaciones

surgieron a través de una relación legal y reglamentaria con la administración.

Por tal razón, es necesario determinar la categoría que tuvo el demandante durante su vinculación con el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con la normatividad vigente desde que inició de la prestación del servicio.

El artículo 3° del Decreto 1651 de 1977 estableció que serán empleados de libre nombramiento y remoción el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y Gerentes Seccionales de la entidad y que las demás personas naturales se denominarán funcionarios de la seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas en las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado, transporte.

Posteriormente, el Decreto 2148 de 1992, reestructuró al Instituto de Seguros Sociales cambiando su naturaleza a una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculado al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Con ocasión de dicha reforma, el ISS expidió su reglamento de funcionamiento a través del Acuerdo 003 de 1993, aprobado por el Decreto 786 del mismo año, y en el artículo 33 clasificó a sus servidores señalando taxativamente quienes tenían la calidad de empleados públicos y advirtiendo que los restantes conservarían la calidad de funcionarios de la seguridad social o de trabajadores oficiales hasta tanto se adoptara la estructura y la planta de personal, disposición que fue modificada por el Decreto 1754 de 1994, y ratificada en el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, que determinó que los trabajadores del ISS mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-579 de 1996 declaró inexequible el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 2o del artículo 3o del Decreto-Ley 1651 de 1977,

estableciendo que al haber adoptado el ISS la forma de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, sus trabajadores adquirieron la calidad de oficiales, salvo excepciones, señalando que dicha decisión produce efectos hacia futuro, a partir de su ejecutoria.

En tal sentido, luego de revisar las certificaciones laborales allegadas con la demanda se tiene que el actor laboró para el ISS desde el 28 de octubre de 1977 al 13 de noviembre de 1977 como mensajero y desde el 07 de marzo de 1978 hasta el 03 de mayo de 1981 como ayudante, sin que aparezcan detalladas que las funciones fueran relacionadas con las actividades desarrolladas por trabajadores oficiales, en los términos del artículo 3° del Decreto 1651 de 1977, por lo que se deduce que los cargos los desempeñó en calidad de funcionario de la seguridad social, aspecto que va en consonancia con la certificación emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social el 15 de marzo de 2016 (*pág. 109, archivo "01Escritodemanda").*

Y desde el 04 de mayo de 1981 hasta el 30 de octubre de 1996 **VICTOR JOSE PATIÑO GRANADOS** tuvo la condición de funcionario de la seguridad social desempeñando el cargo de auxiliar de servicios asistenciales – farmacia *(pág. 106 y 109, archivo "01Escritodemanda"),* calidad que le sirvió para hacerse acreedor de la pensión por vejez reconocida por COLPENSIONES en Resolución GNR151654 del 24 de mayo de 2015, a partir del 28 de octubre de 2011 *(pág. 110 a 126, archivo "01Escritodemanda*"), reconocimiento que no es objeto de estudio en esta actuación.

Por lo tanto, únicamente para fines de la pensión convencional se puede tener en cuenta el periodo transcurrido entre el 1° de noviembre de 1996 hasta el 25 de junio de 2003, esto es, 6 años 7 meses 25 días.

Con todo, no puede olvidarse que el accionante no cesó la relación laboral el 25 de junio de 2003, sino que en virtud de Decreto 1750 de la misma anualidad quedó vinculado sin solución de continuidad a la ESE José Prudencio Padilla, pasando a ser empleado público, por regla general, en virtud del artículo 16 del citado Decreto,

cargo que mantuvo hasta el 31 de marzo de 2006 (*pág. 106, archivo "01Escritodemanda" y pág. 75 a 80, archivo "09Contestaciondemandaugpp"),* sin que en el presente asunto se demostrara que ese cargo estaba destinado al mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales.

Así las cosas, en el presente caso para ser cobijado por la cláusula pensional convencional, era necesario que a 25 de junio de 2003 hubiera acreditado el cumplimiento de los requisitos convencionales cuando aún ostentaba la calidad de trabajador oficial. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que los trabajadores que pasaron a ser empleados públicos por la escisión del ISS, no son beneficiarios de la convención colectiva, salvo quienes adquirieron o consolidaron sus derechos en condición de trabajadores oficiales (SL17783-2016, SL21088-2017 y SL17989-2017).

Y en este caso, **VICTOR JOSE PATIÑO GRANADOS** no dejó causado el derecho atendiendo que a 25 de junio de 2003, no había llegado a la edad de 55 años y tampoco tenía acreditados 20 años de servicios como trabajador oficial, motivo suficiente para confirmar la decisión absolutoria.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 36-2021-00092-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la parte **DEMANDADA** contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia de una relación laboral entre las partes a término indefinido entre el 22 de agosto de 2019 al 15 de octubre de 2020, condenó a **AEXPRESS S.A.S.** por concepto de liquidación final de prestaciones sociales y salarios adeudados e indemnización moratoria (min. 7:30 archivo "*21Audiencia"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

SANTANDER RODRIGO FERNÁNDEZ llamó a juicio a la sociedad **AEXPRESS S.A.S.**, con el fin de que se declare: la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de agosto de 2019 al 15 de octubre de 2020, la terminación del contrato de manera unilateral por parte del empleador y la mala fe de la demandada, y en consecuencia, obtener el pago de la liquidación de prestaciones sociales, así como de las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 CST, condenas ultra y extra *petita* y agencias en derecho. Como fundamento fáctico, indicó que el 22 de agosto de 2019, inició un contrato laboral a término indefinido con la demandada, para desempeñar el cargo de Coordinador de soporte comercial y SAC, con una asignación salarial de $3.200.000.

Manifestó que, el día 15 de octubre de 2020, su empleador le notificó la terminación unilateral del contrato de trabajo bajo la figura de mutuo consentimiento, en la cual la demandada ejerció presión psicológica y se aprovechó del desconocimiento legal que sobre la materia tenía, indicando que no aceptó firmar el documento denominado *"TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO CONSENTIMIENTO ENTRE LAS PARTES"*, en el que de mala fe su empleador estipuló en la cláusula novena la manifestación de que el acuerdo se encuentra bajo amparo de legalidad; asimismo, dijo que el empleador registró en el formato de liquidación definitiva la anotación *"CONSTANCIA: AL ACEPTAR Y AL RECIBIR LA PRESENTE LIQUIDACIÓN, HAGO CONSTAR QUE AEXPRESS SA QUEDA A PAZ Y SALVO POR CONCEPTO DE PRESTACIONES SOCIALES, YA QUE TODOS LOS DERECHOS ME HAN SIDO RECONOCIDOS OPORTUNAMENTE DE ACUERDO CON LAS DISPOSICIONES LEGALES Y EN CONSECUENCIA FIRMO ANTE TESTIGOS…"*, lo que evidencia la mala fe de la demandada y el desconocimiento de sus derechos ciertos e indiscutibles.

Por último, dijo que a la fecha no ha recibido pago alguno de su empleador, incumpliendo incluso con la propuesta consignada en el acuerdo de terminación. (Pág. 1 a 5 archivo *"01Demanda"*).

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada **AEXPRESS S.A.S.** aceptó las pretensiones primera y cuarta y se opuso a las demás, expresó que son ciertos los hechos de la demanda contenidos en los numerales 1, 2 y 7, parcialmente ciertos los numerales 3 y 8, y no ser ciertos los demás, admitiendo la relación laboral, sus extremos cronológicos, el cargo desempeñado, el salario devengado y el impago de acreencias laborales. Formuló las excepciones previas de habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde y cosa juzgada. (Pág. 2 a 7 archivo *"09CorreccionContestacionDemanda*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 7:30 archivo "*21Audiencia"*)

El 29 de septiembre de 2022, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el señor SANTANDER RODRIGO FERNÁNDEZ TRIANA y la empresa AEXPRESS S.A.S existió un contrato de*

trabajo a término indefinido del 22 de agosto de 2019 al 15 de octubre de 2020, el cual finalizó por mutuo acuerdo entre las partes.
***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada a pagar al ex trabajador la suma de $8.939.333 en razón de la liquidación final de prestaciones sociales y salarios adeudados a la terminación del contrato de trabajo.*
***TERCERO: CONDENAR** a la empresa demandada AEXPRESS S.A.S. a pagar al promotor del juicio a título de sanción moratoria la suma de $44.160.000.*
***CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.*
***QUINTO: ABSOLVER** al demandado de las demás pretensiones incoada en su contra.*
La presente sentencia queda legalmente notificada en ESTRADOS a las partes. (…)".

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar la validez del acuerdo de terminación del contrato por mutuo consentimiento suscrito entre las partes el 15 de octubre de 2020, si existió mala fe de la encartada en el momento de la suscripción del mismo, si como consecuencia de lo anterior, es dable establecer que la terminación de la relación laboral fue sin justa causa imputable al empleador, y en consecuencia, si la demandada debe pagar al demandante las sanciones establecidas en los artículos 64 y 65 CST, así como los valores adeudados por concepto de liquidación final de prestaciones sociales.

Para resolver la Juez indicó que entre las partes no existe discrepancia respecto a la existencia de la relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido del 22 de agosto de 2019 al 15 de octubre de 2020. En relación con la validez del acuerdo de terminación del contrato, refirió que al plenario no se allegaron pruebas que demostraran un vicio en el consentimiento, no se demostró ni error, ni fuerza, ni dolo, pues por el contrario se demuestra que el demandante firmó el acuerdo de terminación en los términos pactados; igualmente, que lo único que se transó en el acuerdo fue la forma de terminación del contrato por mutuo acuerdo y la naturaleza de los pagos cancelados al demandante sobre los que pudiera existir discusión, sin que se evidencie alguna trasgresión a derechos ciertos e indiscutibles, además que los rubros incluidos en la transacción concuerdan con la liquidación definitiva de prestaciones sociales, recalcando que en interrogatorio de parte, el demandante aceptó haber firmado el acuerdo, pero considerándose engañado por no haber recibido los pagos allí acordados, por lo que se advierte que la inconformidad del actor recae en el incumplimiento de lo pactado, asunto que no comporta la invalidez del acuerdo sino el incumplimiento de una obligación que bien

podía ser demandada mediante la acción pertinente, por lo que la transacción goza de plena validez.

En relación con la indemnización por despido sin justa causa, señaló que el contrato finalizó por mutuo acuerdo, por lo que el actor no tiene derecho a la misma. En lo relacionado al pago de acreencias laborales, dijo que los valores reconocidos por las partes coinciden con los cálculos efectuados por el Juzgado, por lo que la condena debe ascender a los mismos. Y por último, con respecto a la indemnización moratoria, señaló que la empresa entró en proceso de reorganización el 09 de diciembre de 2021, esto es, con posterioridad a la terminación del contrato, por lo que no se prueba la buena fe del empleador, procediendo el pago de esta pretensión por un día de salario por cada día de mora desde la fecha de terminación y hasta el 09 de diciembre de 2021.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la **DEMADADA** interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la decisión de primer grado, aduciendo que la misma se contradice y es incongruente y que se ha vulnerado el debido proceso pues la cosa juzgada fue demostrada y goza de legalidad, por cuanto el acuerdo de transacción puso fin al proceso por lo que tiene mérito ejecutivo e hizo tránsito a cosa juzgada, principio que considera la *a quo* desconoció, alegando que la validez del acuerdo conlleva a la improcedencia de la condena impuesta a su representada. Por otra parte, en cuanto a la sanción moratoria del artículo 65 CST, dijo que el acuerdo de transacción absorbió cualquier pago objeto de controversia y que la buena fe quedó acreditada con el auto admisorio del proceso concursal, con el cual se prueba que existió una fuerza mayor (min. 37:34 archivo "*21Audiencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** presentó sus alegatos, solicitando confirmar la sentencia de primer grado. Agotado el término, el apoderado de la parte **DEMANDADA** se abstuvo de efectuar pronunciamiento alguno.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico, le corresponde a la Sala determinar: ***i)*** si se procede el estudio de la excepción de cosa juzgada y, ***ii)*** si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de las condenas objeto de condena.

VII. CONSIDERACIONES

No es motivo de controversia en esta instancia que: ***i)*** el 22 de agosto de 2019, se celebró un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandada **AEXPRESS S.A.S.** en condición de empleador y el demandante **SANTANDER RODRIGO FERNÁNDEZ TRIANA** en calidad de trabajador, para desempeñar el cargo de Coordinador de soporte comercial y SAC; ***ii)*** el último salario devengado por el demandante lo fue por la suma de $3.200.000; ***iii)*** la relación laboral entre las partes finalizó el 15 de octubre de 2020 mediante la suscripción de acuerdo de terminación por mutuo consentimiento y; ***iv)*** el empleador no ha cancelado al demandante las acreencias laborales causadas al finalizar la relación laboral. Fluye lo anterior de lo aceptado en la réplica en punto a tales aspectos y por demás se confirma con la documental aportada al expediente, visible a Pág. 9, 10 y 17 del archivo *"09CorreccionContestacionDemanda".*

- **Sobre el principio de preclusión procesal.**

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ providencias, AL2763 de 2017, SL13791 de 2017 y SL2282 de 2018, indicó que el principio de eventualidad o preclusión en materia laboral, fracciona el proceso en varias etapas, en cada una de las cuales se cumplen ciertos actos o acciones jurídicas, de manera ordenada y clara, distribuyendo lógicamente la actividad de las partes y el Juez, correspondiendo a cada etapa procesal un periodo especifico, las cuales abarcan, en primer lugar, la demanda y su contestación; en segundo, la conciliación; en tercero, la decisión sobre

excepciones previas; en cuarto, el saneamiento y la fijación del litigio; en quinto, el decreto y práctica de pruebas, y por último, la sentencia que le ponga fin al proceso.

A la par, se dijo que las etapas procesales, salvo la de conciliación, son preclusivas, por lo que agotada cada una de ellas no es posible retrotraerse. De manera que, en caso que ello ocurra, se priva de validez o eficacia la actuación por extemporánea, lo cual garantiza la legalidad de la actuación.

Descendiendo al caso *sub examine,* y como quiera que el primer agravio formulado por el apelante se refiere a que la sentencia de primer grado desconoce el principio de cosa juzgada, considerando que ello constituye una vulneración al debido proceso, es menester señalar que lo relacionado con la excepción de cosa juzgada, que por demás fue propuesta por la pasiva en su contestación con el carácter de previa (Pág. 6 a 7 archivo *"09CorreccionContestacionDemanda"*), fue resuelta por la *a quo* en su debida oportunidad, que lo fue en la etapa de resolución de excepciones previas dentro de la audiencia celebrada el 28 de septiembre de 2022, oportunidad en la cual declaró no probado tal medio exceptivo y condenó en costas a la demandada (min. 5:55 archivo *"17Audiencia"*).

Siendo así, y conforme a las anteriores precisiones jurisprudenciales, las gestiones vertidas en el recurso de apelación, tendientes a que en este estadio procesal se efectúe un nuevo estudio de la excepción previa de cosa juzgada resultan totalmente improcedentes en virtud del principio de la preclusión procesal, pues en efecto, la etapa para resolver las excepciones previas formuladas corresponde a la audiencia contemplada en el artículo 77 CPTSS, y por ende, era en ese momento y no en otro, la oportunidad procesal para que las partes objetaran la decisión proferida; luego, si el extremo demandado pretendía insistir en la configuración de la excepción previa de cosa juzgada, debió la parte interesada haber hecho uso de los recursos de ley para impugnar la decisión notificada en estrados, al tenor de lo dispuesto en el artículo 65 *ibidem*, no obstante, una vez revisada la audiencia celebrada el pasado 28 de septiembre de 2022, se vislumbra que concluida por la Juez la etapa correspondiente a la resolución de expresiones previas, interrogó a los apoderados si tenían alguna manifestación al respecto, quienes al unísono señalaron *"no su Señoría"*,

esto es, ninguno de ellos presentó inconformidad alguna (min. 9:24 archivo *"17Audiencia"*).

De manera que, la inconformidad del demandante frente a la decisión notificada en su momento en lo que atañe al resultado adverso de los medios exceptivos invocados, no puede servir en este momento procesal para revivir términos u oportunidades perdidas por el apoderado, en tanto la fase o las fases anteriores ya surtidas dentro de este proceso constituyen, pues, la base para el procedimiento impugnativo subsiguiente y, por supuesto, para lo que puede ser objeto del mismo.

Razones suficientes las expuestas, para colegir que resulta imposible para esta Sala conocer y pronunciarse sobre asuntos no formulados en primera instancia en el momento procesal oportuno y, en consecuencia, es evidente la improcedencia de un nuevo estudio sobre la excepción previa de cosa juzgada.

- **Sobre el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales.**

Considerándose que en primera instancia se dio plena validez al acuerdo de terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento suscrito por las partes el 15 de octubre de 2020, por no encontrarse demostrado ningún vicio de consentimiento que invalidara el acto, sin que tal aspecto haya sido objeto de reproche alguno en sede de apelación, en virtud del principio de consonancia del artículo 66A CPTSS, este Tribunal resolverá la procedencia de imponer la condena de la suma de $8.939.333 por concepto de salarios y prestaciones sociales adeudados a la finalización del contrato.

Pues bien, para resolver basta con recordar que desde la contestación de la demanda la pasiva aceptó adeudar al ex trabajador sus prestaciones sociales, eso sí atribuyendo tal omisión a *"la difícil situación de la empresa en materia financiera…",* acreencias que el empleador liquidó y consignó en el mentado acuerdo de terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento en la suma de $8.939.333, valor que además se comprometió a pagar en diez cuotas mensuales, cada una de $893.933 a partir de la firma de dicho documento; verificándose que la misma comprende: $1.600.000 por 15 días de salario, $240.000 por compensación

de vacaciones, $2.533.333 por auxilio de cesantías, $240.667 por intereses a las cesantías, $933.333 por prima legal y $3.520.000 por bonificación salarial, deduciendo $64.000 por aportes en salud y pensión para un total de $8.939.333 (Pág. 8 a 10 archivo *"09CorreccionContestacionDemanda"*).

Así las cosas, y en la medida que la parte demandada no demostró, como era su obligación procesal, pago alguno al demandante por tales rubros, deben rechazarse los argumentos que al respecto expuso el apoderado de la demandada en el recurso de alzada, resultando avante la condena impuesta por la *a quo* en la suma de $8.939.333 por concepto de liquidación de salarios y prestaciones sociales adeudados a la finalización del contrato de trabajo.

- **Sobre el pago de la sanción moratoria.**

El artículo 65 del CST define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo. Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

De tal manera, en este caso específico, la empresa demandada debió pagar las acreencias laborales del demandante el 15 de octubre de 2020, fecha en la cual finiquitó el contrato de trabajo, sin que así lo hubiera efectuado, por lo que en principio debe presumirse la mala fe en el impago de los salarios y prestaciones sociales, a partir del 16 de octubre de ese mismo año.

Ahora, si bien a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a cargo por cuenta de los créditos laborales

del demandante, tal como así lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, resulta claro que la demandada no estaba incursa en dicha prohibición pues el contrato de trabajo finalizó el 15 de octubre de 2020 y la solicitud de admisión al proceso de reorganización de la sociedad fue admitida mediante Auto No. 2021-01-718064 del 09 de diciembre de 2021 (archivo *"20AutoReorganización"*), por lo que la demandada contó con un tiempo más que prudencial para cancelar el rubro contenido en la liquidación por ella misma efectuada (Pág. 8 archivo *"09CorreccionContestacionDemanda"*).

Se advierte que actos como el haber incluido las acreencias laborales en la calificación de créditos no conlleva a demostrar la buena fe, pues si ello fue así, tal situación ocurrió con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, condiciones que por lo contrario denotan la mala fe de la demandada en su actuar. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las circunstancias de insolvencia del empleador y sus consecuencias, no pueden ser trasladadas al trabajador.

No obstante lo anterior, considera la Sala que una vez en marcha el proceso de reorganización, la sociedad demandada se vio en la imposibilidad de pagar directamente al ex trabajador las acreencias laborales adeudadas, pues con la extinción de las obligaciones se vio sometida al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006, por manera que, a partir de allí sí surgió una justificación legal que impidió el pago, situación que ubica entonces a la demandada en el terreno de la buena fe, pero solo a partir de la fecha en que ocurrió la admisión al proceso, esto es, el 09 de diciembre de 2021.

Es importante mencionar que esta postura que asume la Sala en cuanto a la indemnización moratoria, esta hilada con los pronunciamientos y la postura de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en especial con el proferido en sentencia con radicación No. 37288 del 24 de enero de 2012, en la que se reitera la sentencia con radicado No. 34107 de 05 de mayo de 2009, y que giró en torno a la imposibilidad que tienen los entes que atraviesan un proceso de liquidación de pagar o cumplir con sus obligaciones de tipo laboral, descartando la mala fe en estos específicos casos en los que el empresario pierde el control de los negocios.

Por lo tanto, ciertamente la demandada debe pagar la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 CST, y en ese sentido, una vez efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se obtiene como valor la suma de $44.160.000, así:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA					
Desde	**Hasta**	**Días**	**Salario**	**Salario diario**	**Valor**
16/10/2020	09/12/2021	414	$3.200.000	$106.666,66	**$ 44.160.000**

Rubro establecido por la Juez de primer grado, eso sí aclarándose que en el archivo *"22ActaAudiencia"* se consignó un valor inferior ($44.053.333,33), empero, lo cierto es que la condena por este concepto corresponde a la suma de $44.160.000, razón por la cual se prohijará la sentencia apelada.

Resueltos los puntos de apelación, se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 36-2022-00045-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 23 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a la demandada al pago de la sustitución pensional del señor JESÚS ALFONSO TORRES a partir del 16 de mayo de 2019, junto con intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 06 de marzo de 2021 y declaró no probada la excepción de prescripción (min. 29:00 archivo *"18AudienciaSentenciaReconstruccion20230323"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA.** (Pág. 6 a 16 archivo *"01DemandaAnexos"*).

MARÍA FANNY AROCA DE TORRES solicitó condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge supérstite del señor JESÚS ALFONSO TORRES (q.e.p.d.), a partir de la fecha del deceso, intereses moratorios, o subsidiariamente indexación de las condenas y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que al señor JESÚS ALFONSO TORRES (q.e.p.d.) le fue reconocida una pensión de vejez por parte de **COLPENSIONES** mediante Resolución No. SUB 169150 del 23 de agosto de 2017, con quien contrajo matrimonio por el rito católico el 03 de febrero de 1971 en la Iglesia Parroquial de Flandes – Tolima, inscrito en el tomo 04 del folio 197 de la Registraduría del Estado Civil el 17 de marzo de 2017 bajo el indicativo serial No. 6308982; que convivió con el su cónyuge bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa desde el día de las nupcias por más de 15 años y dependiendo económicamente de aquel, permaneciendo indeleble el matrimonio y la sociedad conyugal hasta el fallecimiento del causante, vínculo del cual procrearon a dos hijas de nombres DANYRIS CLARISSA y ÁNGELA MÓNICA TORRES AROCA, mayores de edad al momento del óbito. Indicó que el señor JESÚS ALFONSO TORRES falleció el 16 de mayo de 2019 en la Ciudad de Cali – Valle, por lo que el día 06 de noviembre de 2020 solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, petición denegada a través de Resolución No. SUB 278357 del 23 de diciembre de 2020 por falta de acreditación de convivencia durante los últimos cinco años de vida del causante, frente a lo cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, desatado mediante Resolución No. SUB 40793 del 17 de febrero de 2021, confirmando en todas sus partes el acto administrativo recurrido y sin que a la fecha de radicación de la demandada **COLPENSIONES** haya resuelto la apelación.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLPENSIONES optó por no contestar la demanda pese a que fue debidamente notificada en los términos del entonces vigente artículo 8º del Decreto 806 de 2020 (archivo *"03NotificacionColpensiones"*), por lo que mediante Auto del 01 de agosto de 2022 se dispuso tener por no contestada la demanda (archivo *"05AutoFijaFecha"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 29:00 archivo *"18AudienciaSentenciaReconstruccion20230323"*)

El 23 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a pagar a la señora MARÍA FANNY AROCA DE TORRES la sustitución pensional del señor JESÚS ALFONSO TORRES, a partir del 16 de mayo del 2019.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MARÍA FANNY AROCA DE TORRES los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 6 de marzo del 2021, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.* ***TERCERO: DECLARAR NO*** *probada la excepción de prescripción.* ***CUARTO:*** *Sin Costas en esta instancia.* ***QUINTO: CONSULTAR*** *la presente sentencia con el Superior a favor de COLPENSIONES, según las reglas que establece del artículo 69 CPTSS. (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si la demandante tiene derecho a la sustitución pensional de su cónyuge, el señor JESÚS ALFONSO TORRES.

Como fundamento de su decisión, indicó que de acuerdo a la fecha de fallecimiento del demandante, 16 de mayo de 2019, la norma aplicable al caso es la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003; que de acuerdo al precedente jurisprudencial, para la cónyuge supérstite la convivencia exigida en la norma puede satisfacerse en cualquier tiempo y no en los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, por lo que el cónyuge puede acceder a la sustitución pensional aun cuando hubiere separación de cuerpos. Concluyó, conforme al material probatorio obrante en el proceso, que la comunidad de vida se mantuvo hasta el fallecimiento del causante, pues si bien ya no vivía en la ciudad de domicilio ello era porque trabajaba en la ciudad de Cali, respondiendo por los gastos de su hogar y visitando a su cónyuge en el municipio de Flandes. Respecto al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, señaló que el legislador previó que la demandada contaba con un término de cuatro meses para reconocer la prestación, por lo que como la solicitud fue radicada el 06 de noviembre de 2020, como se indica en la Resolución SUB 278357 del mismo año, proceden los intereses de mora a partir del 06 de marzo de 2021.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, en razón a que la demandante no tiene derecho a que se le pague la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor JESÚS ALFONSO TORRES, ni al reconocimiento de retroactivo, ni intereses moratorios, por no cumplir el requisito establecido en el literal a del artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, al no haber demostrado convivir con el causante de manera continua por un término no inferior a los últimos cinco años de vida de este, en atención a que el causante y la demandante se encontraban separados desde 1976, cuando el causante decide trasladarse a la ciudad de Cali y la demandante decide vivir de manera permanente en la ciudad de Girardot, por lo que solicita la aplicación taxativa de dicha normatividad y el precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, en donde se ha establecido que el requisito de los cinco años anteriores a la muerte del causante es exigible a los cónyuges o compañeros permanentes supérstites del afiliado o causante fallecido. También solicita la revocatoria del pago de intereses moratorios por no ser procedentes, en razón a que la entidad demandada actuó con el convencimiento de que la demandante no cumplía con los requisitos exigidos por la norma para acceder a la sustitución pensional (min. 46:53 archivo *"18AudienciaSentenciaReconstruccion20230323"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada sustituta de **COLPENSIONES** presentó sus alegatos reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Posteriormente, el abogado Miguel Ángel Ramírez Gaitán, identificado con CC 80.821.257 y TP 86.117 del CSJ, apoderado general de **COLPENSIONES** presentó escrito de renuncia, solicitud que se acepta por cuanto se observa el cumplimiento de los presupuestos del artículo 76 del CGP.

No hubo pronunciamiento de la parte **DEMANDANTE.**

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite y demás pretensiones, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

No es motivo de controversia en esta instancia los siguientes hechos jurídicos: ***i)*** el causante JESÚS ALFONSO TORRES (q.e.p.d.) fue pensionado mediante Resolución No. SUB 169150 del 23 de agosto de 2017 (Pág. 9 a 15 archivo *"11ExpedienteCausante2"*); ***ii)*** el pensionado JESÚS ALFONSO TORRES (q.e.p.d.) falleció el 16 de mayo 2019 (Pág. 20 archivo *"01DemandaAnexos"*); ***iii)*** la demandante **MARÍA FANNY AROCA** y JESÚS ALFONSO TORRES (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el día 03 de febrero de 1971 (Pág. 21 a 22 archivo *"01DemandaAnexos"*); ***iv)*** la

demandante solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y la misma fue negada mediante Resolución SUB 278357 del 23 de diciembre de 2020, decisión confirmada mediante Resolución SUB 40793 del 17 de febrero de 2021 (Pág. 28 a 40 archivo *"01DemandaAnexos"*).

En la sentencia de primera instancia se condenó a la demandada al pago de la sustitución pensional a partir del 16 de mayo de 2019, junto con intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 06 de marzo de 2021. Contra la anterior decisión, la apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

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

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

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

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

Las pensiones de sobrevivientes que se rigen por la Ley 797 de 2003, la cual modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, consagran como beneficiarios de la prestación a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común. Dicha norma consagra al cónyuge y compañero permanente supérstite como beneficiarios de la prestación, siempre y cuando acrediten el periodo mínimo de convivencia de cinco (5) años, sosteniendo la H. CSJ que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo siempre y

cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras.

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

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

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

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

- **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, dado que el causante falleció el 16 de mayo de 2019 (Pág. 20 archivo *"01DemandaAnexos"*), la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que consagra como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al grupo familiar del pensionado fallecido por riesgo común, norma que establece al cónyuge supérstite como beneficiario de dicha prestación, si acredita el periodo mínimo de convivencia de cinco (5) años, pudiendo demostrar tal periodo en cualquier tiempo siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras.

Siendo así, se verifica que la demandante **MARÍA FANNY AROCA DE TORRES** nació el 11 de noviembre de 1946, por lo que a la fecha del

fallecimiento del causante contaba con 72 años de edad (Pág. 19 archivo *"01DemandaAnexos"*) y, celebró matrimonio con el causante el 03 de febrero de 1971 (Pág. 21 a 22 archivo *"01DemandaAnexos"*), no existiendo anotación alguna de disolución o liquidación de la sociedad conyugal, de lo cual puede inferirse razonablemente que tal vinculo permaneció vigente hasta el fallecimiento del señor JESÚS ALFONSO TORRES (q.e.p.d.).

La demandada **COLPENSIONES** alegó en su recurso de apelación que la demandante no acreditó su convivencia con el causante dentro de los 05 años anteriores a su fallecimiento, verificándose por demás que la decisión negativa del reconocimiento de la sustitución pensional implorada, adoptada en Resoluciones SUB 278357 del 23 de diciembre de 2020 y SUB 40793 del 17 de febrero de 2021 (Pág. 28 a 40 archivo *"01DemandaAnexos"*), se basa en los resultados del informe técnico de investigación No. COLCO-275390, realizado por la empresa COSINTE LTDA., el cual concluyó que, del cotejo de la documentación, trabajo de campo y entrevistas, no se acreditó el contenido y veracidad de la solicitud presentada por la demandante, pues no se logró establecer la convivencia con el señor JESÚS ALFONSO TORRES (q.e.p.d.) por el tiempo manifestado por la solicitante, esto es, desde el 03 de febrero de 1971 hasta el 16 de mayo de 2019 y tampoco hubo evidencia que confirmara la convivencia en los últimos 05 años de vida del causante, debido a que la demandante menciona que en el año 2010 su cónyuge se radicó en la ciudad de Cali, donde la visitaba una vez al mes y luego en el año 2015 no la volvió a visitar, que los vecinos del sector indicaron no haber conocido al causante y que existen contradicciones en las versiones de familiares, donde se dijo que no conocieron separaciones entre la pareja, pero no informan el lugar de vivienda del causante, ni el número de teléfono de la familiar que vivía con aquel (Pág. 42 a 46 archivo *"10ExpedienteCausante1"*).

No obstante, al realizar una valoración integral de todos los medios de prueba, en virtud de los principios de necesidad y comunidad de la prueba, consagrados en los artículos 164 y 176 CGP, junto con el principio de libre formación del consentimiento del Juez Laboral y análisis conjunto de las pruebas de los artículos 60 y 61 CPTSS, se

desvirtúa lo planteado en el recurso de apelación de **COLPENSIONES** respecto a que la demandante no acreditó el tiempo de convivencia necesario para hacerse beneficiaria de la sustitución pensional rogada en la demanda.

Lo anterior, por cuanto los resultados del informe técnico de investigación fueron derruidos con los elementos probatorios practicados en el proceso, pues en el *sub lite*, a través de los testimonios de los señores GERMÁN RAMÍREZ y MARÍA CRISTINA LÓPEZ, quedaron demostrados los dichos expuestos por la demandante en su interrogatorio, relacionados a que la convivencia entre esta y el causante nunca cesó.

Esto es así, en tanto del interrogatorio de parte de la demandante se puede extraer que desde el 16 de junio de 1976 el causante se trasladó por trabajo a la ciudad de Cali, en donde residió con su hermana, BLANCA AURORA TORRES, pero continuó visitando a la demandante y a sus dos hijas en su vivienda ubicada en el barrio Triana del municipio de Flandes cada mes o cada 15 días aproximadamente, asimismo siguió asumiendo los gastos familiares (min. 11:05 archivo *"14Audiencia08022022"*).

Del testimonio del señor GERMÁN RAMÍREZ se puede extraer que conoce a la promotora del proceso porque es amiga de las hijas desde los años 70, conoció al esposo JESÚS ALFONSO TORRES (q.e.p.d.), quien vivía en Flandes y para esa época estaba de novio con la demandante, no sabe hasta cuando vivió en Flandes el causante, pero sí conoce que la pareja se casó y tuvieron dos hijas; dijo que vistió a la familia varias veces, quienes vivían en el barrio Triana de Flandes en una casa muy sencilla hasta el año 1976 aproximadamente, cuando el causante se trasladó a Cali porque una hermana le ofreció trabajo ya que en Girardot no estaba trabajando, que el causante visitaba cada mes o cada 15 días a la demandante, quien dependía económicamente del causante, pues le llevaba dinero para arriendo y gastos de sus hijas y hasta que murió asumió los gastos, que la pareja compró una casa financiada desde el año 1985 y las cuotas de la casa las pagaba el causante. (min. 19:28 archivo *"14Audiencia08022022"*).

Y, la testigo MARÍA CRISTINA LÓPEZ manifestó que la demandante y el causante vivieron juntos desde que se casaron, que en el año 1974 el causante se fue a Cali a conseguir trabajo, en donde vivía un hermano, pero frecuentaba a su esposa y permanecía a su lado, que la demandante no viajaba a Cali pero el causante sí iba regularmente a Flandes, que conoció las dos hijas que tuvieron la pareja, que el causante siempre le giraba dinero a la demandante o cuando llegaba a Flandes pagaba todos los gastos de alimentación y vivienda y que la pareja adquirió una casa y siempre fue el causante quien asumió el pago de las cuotas; circunstancias que le constan porque junto con su familia visitaba casi todos los fines de semana a la demandante ya que es tierra caliente (min. 6:55 archivo *"18AudienciaSentenciaReconstruccion20230323"*).

Siendo así, no se equivocó la *a quo* al valorar los testimonios y el interrogatorio de parte rendido por la demandante por cuanto los mismos fueron espontáneos y coincidentes en señalar que si bien el causante se trasladó a la ciudad de Cali en el año 1976, ello obedeció únicamente a que en ese lugar comenzó a laborar, dado que no tenía un trabajo estable en Girardot, empero se desplazaba con frecuencia al municipio de Flandes, lugar en el cual la pareja adquirió una vivienda y en donde reside la demandante, siempre respondiendo económica y afectivamente por su núcleo familiar conformado por su esposa y sus dos hijas comunes.

Se resalta, los declarantes coincidieron en señalar que conocieron de vista, trato y comunicación al causante, señor JESÚS ALFONSO TORRES (q.e.p.d.) manteniendo una convivencia continua, permanente e ininterrumpida con la accionante hasta el día de su muerte, reconociendo a la pareja de esposos como un matrimonio estable y como único núcleo familiar del pensionado fallecido el conformado por la señora **FANNY AROCA DE TORRES**, junto a sus dos hijas DANYRIS CLARISSA y ÁNGELA MÓNICA TORRES AROCA, y si bien el causante trabajaba en la ciudad de Cali, nunca hubo separación entre aquellos.

Al punto, vale recordar, en sentencia SL14237 de 2015, reiterada en SL6519-2017, la CSJ en su Sala Laboral, adoctrinó que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no convivan bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio, reiterándose que en el caso bajo estudio, se pudo constatar que los esposos interrumpieron su cohabitación por lo menos desde el año 1976, empero, especialmente por motivos de trabajo, sin que hayan desaparecido sus lazos afectivos, ni su apoyo espiritual, moral y material, entendiendo la Sala que no fue la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad, debieron cesar su mera unión física.

Así las cosas, para la Sala hay prueba suficiente sobre la convivencia ininterrumpida entre el causante y la demandante, indiscutiblemente acreditando la señora **FANNY AROCA DE TORRES** el requisito de convivencia establecido en el art. 13 de la ley 797 de 2003, como quiera que demostró que hizo vida en común con el causante por un tiempo superior a los 05 años y que dicha unión se mantuvo vigente hasta la fecha de fallecimiento, lo que en definitiva, le otorga el derecho al reconocimiento de la pensión rogada; razones suficientes para derribar el enfoque adoptado por **COLPENSIONES** en los diferentes actos administrativos que negaron el derecho reclamado, pues de forma caprichosa se abstuvo de reconocer la regla jurisprudencial de la H. CSJ de que la cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente puede acreditar los 05 años de convivencia exigidos por la Ley 797 de 2003 en cualquier tiempo.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto al reconocimiento de la pensión de la

sustitución pensional a favor de la demandante, en porcentaje del 100%, a partir del día 19 de mayo de 2019, fecha de fallecimiento.

- **Sobre los intereses moratorios**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del Sistema de pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados, y tratándose de la primera de ellas la mora se entiende ocurrida cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho contados desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes. Para pensiones de sobrevivientes el plazo es de dos (2) meses, pues así lo dispone el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 y así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL1810-2022, SL1714-2022, SL1386-2022).

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

En este caso, es claro que **COLPENSIONES** a la fecha de presentación de la solicitud pensional, 06 de noviembre de 2020, tenía

conocimiento de la jurisprudencia de antaño en la cual se ha establecido como requisito para acreditar la calidad de beneficiaria como cónyuge sobreviviente es de 05 años en cualquier tiempo, situación que logró establecer la demandada en el trámite administrativo y, a pesar de ello, decidió negar la prestación económica. Por ende, al no existir una causal de excepción a la imposición de los intereses moratorios los mismos son procedentes.

De acuerdo con la Resolución SUB 278357 del 23 de diciembre de 2020, la demandante solicitó la pensión de sobrevivientes el 06 de noviembre de 2020, mediante radicado 2020_11290509, y la misma fue negada, por lo que en este caso procede el reconocimiento de este estipendio sobre cada una de las mesadas adeudadas, a partir de los dos meses, esto es, desde el 06 de enero de 2021; no obstante, como este asunto se conoce en virtud del recurso de apelación impetrado por la demandada, así como del grado jurisdiccional de consulta a su favor, no es dable hacer más gravosa la situación de la **COLPENSIONES**; razón por la cual también se prohijará la sentencia apelada en este aspecto.

No obstante, se adicionará el fallo en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud de la beneficiaria, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1190 de 2022, entre otras.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta y los aspectos apelados por la demandada, procediendo la adición de la sentencia en el sentido de autorizar el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado por la demandante y la confirmación en lo demás.

Sin costas en esta instancia.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes al sistema de seguridad social en salud a cargo de la **DEMANDANTE**.

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

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento parcial de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

DEMANDANTE: MARIA FANNY AROCA DE TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO: 11001 31 05 036 2022 00045 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Con el debido respeto se expone las razones del salvamento parcial de voto.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 787-2013 de 6 de noviembre de 2013, radicación 43602, moderó la aplicación de la posición jurisprudencial sobre la imposición de los intereses moratorios "*para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradores de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora 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 no les compete y les es imposible predecir*".

Postura que ha sido reiterada en sentencias SL 3087- 2014 de 12 de marzo de 2014, radicación 44526; SL 3594-2014 de 19 de marzo de 2014, radicación 45312; SL12018-2016 de 27 de julio de 2016, radicación 65746, SL 5673-2021, radicación 84517, entre otras.

En el presente caso, la entidad actuó ajustada a derecho, en la medida que el reconocimiento de la pensión obedece a la aplicación de la jurisprudencia, por lo que al encontrarse que la actuación de la administración se enmarca en una de las causales señaladas por la jurisprudencia para la morigeración de la aplicación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, expresadas en las sentencias proferidas en los procesos identificados con las radicaciones 43602, 44526, 45312 y 84517, esto es, cuando la actividad de la administración se debe a la aplicación estricta de la ley, es dable concluir que en el presente caso la entidad demandada no se constituyó en mora y por ende no había lugar a la imposición de los intereses moratorios.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.36-2020-00227-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 18 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la demandada al reconocimiento del retroactivo pensional a partir del 25 de junio de 2017, junto con intereses moratorios y costas procesales *(min. 43:20, archivo "02. Audiencia 2020-227 Luz Marina Mancipe Vs Colpensiones-20220218_145614-Grabación de la reunión1")*.

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

LUZ MARINA MANCIPE CONTRERAS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se declare que la demandada incumplió la obligación de actualizar su historia laboral, la hizo incurrir en error y continuar cotizando con posterioridad al 24 de junio de 2017 y, en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 24 de junio de 2017 y el 31 de enero de 2020 o en subsidio los perjuicios materiales

causados con su negligencia, junto con intereses moratorios, facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 24 de junio de 1960 y cumplió 57 años de edad en 2017; que laboró para la Universidad Piloto de Colombia desde el 23 de mayo de 1983, quien desde el comienzo la afilió y aportó al ISS hoy COLPENSIONES; sin embargo, que en la historia laboral del 24 de enero de 2005, ratificada en reportes de semanas de los años 2016, 2017 y 2018 le certificaron que dicho empleador solo había efectuado afiliación y pago de aportes a partir del 1° de enero de 1995; que por tal razón elevó diversas solicitudes de corrección ante el fondo de pensiones, las cuales fueron negadas, haciéndola incurrir en error sobre la densidad de semanas realmente cotizadas, por lo que dice que se vio obligada a continuar cotizando bajo la creencia que le faltaban semanas para acceder a la pensión.

Indicó que, ante una nueva solicitud, la demandada accedió a la corrección de la historia laboral según oficio del 28 de enero de 2020, pasando de contar con 1.272 semanas a 1.988 semanas cotizadas; que, si la entidad hubiese cumplido su obligación de tener debidamente actualizada la historia laboral, habría podido solicitar su pensión de vejez a partir del 24 de junio de 2017, fecha para la cual ya contaba con 57 años de edad y 1.300 semanas de cotización.

Manifestó que el 30 de enero de 2020, solicitó la pensión de vejez, la cual le fue reconocida mediante Resolución SUB 61244 de 2020, con efectividad a partir del 1° de febrero de 2020, en aplicación del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de $10.435.404, con un IBL de $14.437.471 y una tasa de reemplazo de 72.28% y, que su status pensional era el 24 de junio de 2017, decisión contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación solicitando el retroactivo desde el año 2017, los cuales fueron resueltos de manera negativa; que el 06 de junio de 2020 radicó reclamación administrativa para el reconocimiento y pago de los perjuicios causados (*pág. 3 a14, archivo "01. Demanda*").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, las certificaciones e historias laborales con afiliación del empleador a partir del 1° de enero de 1995, las reclamaciones presentadas, el reconocimiento pensional y los actos administrativos expedidos. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de causa para pedir*, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios e indexación, buena fe de Colpensiones, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (*pág. 1 a 11, archivo "02. Contestación Colpensiones").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 43:20, archivo "02. Audiencia 2020-227 Luz Marina Mancipe Vs Colpensiones-20220218_145614-Grabación de la reunión1")

El 18 de febrero de 2022, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(…) ***PRIMERO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para reconocer y pagar a la demandante LUZ MARINA MANCIPE CONTRERAS, identificada con C.C. No.39.527.076, el retroactivo pensional correspondiente por las mesadas pensionales ordinarias y adicionales adeudadas a partir del 25 de junio de 2017 y hasta el 31 de enero de 2020, atendiendo a lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído, junto con los correspondientes reajustes de ley.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales causadas desde el 25 de octubre de 2017 y hasta que se verifique su pago.* ***TERCERO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones de falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, prescripción e improcedencia de los intereses moratorios, y abstenerse de pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos.* ***CUARTO:*** *Se condena en costas a COLPENSIONES.* ***QUINTO: CONSÚLTESE*** *con el Superior la presente sentencia, a favor de COLPENSIONES, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S. (…)*

Como sustento de la decisión la Juez expresó que la actora solicitó la corrección de su historia laboral el 12 de agosto de 2016; 11

de octubre de 2017 y 8 de febrero de 2018, peticiones que fueron negadas y que solo hasta enero de 2020 se realizó la corrección de las semanas cotizadas, por lo que la demandante hasta el momento en que se actualizó la historia laboral dejó de realizar aportes, las cuales efectuó por un error imputable a **COLPENSIONES** quien no tenía corregida ni actualizada la historia laboral, por lo que la negativa a la corrección se dio sin fundamento, lo que ocasionó que la misma no pudiera acceder al reconocimiento pensional desde el año 2017, motivo por el cual ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez y el retroactivo desde el 24 de junio de 2017, junto con los correspondientes intereses moratorios causados a partir del 25 de octubre de 2017.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que en la historia laboral de la demandante se reporta la última cotización para el 31 de enero de 2020, por lo que la prestación de vejez reconocida por medio de la Resolución SUB61244 de 2020 se encuentra ajustada a derecho al haberse reconocido a partir del día siguiente, 1° de febrero de 2020. Señaló que para la fecha en que se hizo la reclamación administrativa tendiente al reconocimiento, no reportaba novedad de retiro o desafiliación del sistema, en los términos de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990. En cuanto a los intereses moratorios considera que no proceden, pues la reclamación de la prestación se realizó el 30 de enero de 2020 y fue reconocida en marzo siguiente, por lo que no habían transcurrido los 4 meses de que habla la norma. Finalmente, insiste que la historia laboral de la demandante presentaba inconsistencias, por lo que Colpensiones no podía extralimitarse reconociendo una prestación sin el lleno de los requisitos legales (*min. 45:07, archivo "02. Audiencia 2020-227 Luz Marina Mancipe Vs Colpensiones-20220218_145614-Grabación de la reunión1")*.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la doctora Karen Julieth Nieto Torres, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.023.932.298 y T.P. No. 280.121 del C.S. de la J., allegó documental que la faculta para actuar como apoderada de **COLPENSIONES** y en el escrito de alegatos reiteró los argumentos elevados en la alzada. el apoderado de la demandante solicitó la revocatoria de la sentencia y, en su lugar, se ordene el reconocimiento del retroactivo de la pensión de vejez. La parte actora solicitó la confirmación de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **LUZ MARINA MANCIPE CONTRERAS** tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 24 de junio de 2017, junto con intereses moratorios.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **LUZ MARINA MANCIPE CONTRERAS** nació el 24 de junio de 1960 (*pág. 19,*

archivo "01. Demanda"); ***ii)*** que luego de diferentes reclamaciones para la actualización de la historia laboral, **COLPENSIONES** en comunicación del 28 de enero de 2020 le informó a la afiliada que los periodos desde 1° de mayo de 1983 al 31 de diciembre de 1994 se encuentran acreditados en la historia laboral (*pág. 15 y 16, archivo "01. Demanda*"); ***iii)*** la demandante cotizó durante toda su vida laboral un total de 1.992,86 semanas *(pág. 12 a 15, archivo "02. Contestación Colpensiones"); **iv)*** la afiliada presentó solicitud de reconocimiento pensional el 30 de enero de 2020 *(pág. 113, archivo "01. Demanda"); **v)*** **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB61244 del 02 de marzo de 2020 reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2020, en cuantía mensual de $10,435,404 (*pág. 113 a 118, archivo "01. Demanda"); **vi)*** contra el citado acto administrativo la accionante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación el 13 de marzo de 2013, los cuales fueron resueltos de forma desfavorable en resoluciones SUB78402 del 24 de marzo de 2020 y DPE6518 del 22 de abril de 2020 (*pág. 22 a 33 y 124 a 130, archivo "04Anexos").*

- **Sobre la fecha de disfrute del derecho pensional**

Por regla general la pensión de vejez debe pagarse a partir del día siguiente a la fecha del último periodo cotizado al sistema, en cumplimiento del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ante situaciones especiales y excepcionales, que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema, esto es, que se pueda reconocer a partir de la calenda en que se cumplió con los requisitos que la ley exige para acceder a esta, aunque no se hubiera reportado la desafiliación, como cuando se demuestra que la verdadera voluntad del trabajador era la de retirarse del sistema, sin que así lo hubiera podido hacer, o porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez, o por la actitud asumida por la administradora de pensiones al no reconocer la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de requisitos *(SL2662 de 2020, SL 2607 de 2021, SL2061-2021 y SL 414 de 2022).*

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio y conforme con la documental incorporada en el expediente, se tiene que **LUZ MARINA MANCIPE CONTRERAS** adquirió su estatus pensional el 24 de junio de 2017, en virtud de la Ley 797 de 2003, fecha para la cual cumplió 57 años de edad (*pág. 19, archivo "01. Demanda*") y tenía más de 1.300 semanas cotizadas al sistema pensional *(pág. 12 a 15, archivo "02. Contestación Colpensiones")*. Igualmente, que la última cotización fue la correspondiente al periodo enero de 2020 (*pág. 15, archivo "02. Contestación Colpensiones")*.

Por lo anterior, en aplicación del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, incorporado al Sistema General de Pensiones, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en principio si bien la pensión se causó en el año 2017 (24 de junio) tan solo su disfrute podía materializarse desde el momento de la desafiliación de dicho Sistema o desde la última cotización, caso en el cual no se podía disponer cuestión diferente.

Sin embargo, no se puede olvidar que la única solicitud de reconocimiento pensional presentada por la demandante **MARIA ROCIO DAZA HOYOS** lo fue para el 30 de enero de 2020, fecha para la cual ya tenía cumplido los requisitos para ser beneficiaria de la prestación por vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que se debe corroborar su situación particular para determinar si se aplica el citado precedente jurisprudencial que le permita acceder a la prestación en una fecha diferente a la establecida en el citado Acuerdo.

Al respecto, encuentra la Sala que la demandante no demostró su voluntad de no seguir vinculada al régimen pensional y tampoco hubo algún error de la administración que la privara injustificadamente de acceder a la pensión de vejez al cumplimiento de su estatus pensional, pues no se presentó comportamiento conducente a negar dicha prestación.

En efecto, pese a que para la fecha de causacion del derecho pensional en la historia laboral de la afiliada le reportaban un total 1.178,14 semanas cotizadas (pág. 67 y 68, archivo "*01. Demanda"*, por cuanto no aparecían reflejados los tiempos laborados con el empleador Corporación Universidad Piloto de Colombia desde el 1° de mayo de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1994, aspecto que el fondo de pensiones solo lo vino a corregir en el año 2020, atendiendo las diferentes reclamaciones presentadas (*pág. 21, 22, 120 a 122, archivo "01. Demanda")*, dicha situación no le impedía a la demandante presentar la solicitud de reconocimiento pensional, pues en este caso tan solo el 30 de enero de 2020 exteriorizó su voluntad de acceder a dicha prestación. En las restantes reclamaciones anteriores en ningún momento ejerció este derecho.

Debe recordarse que a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la solicitud de pensión de vejez obliga al fondo de pensiones a revisar la situación de la afiliada en el Sistema General de Pensiones, a verificar la cantidad semanas cotizadas e incluso validar los tiempos de servicios prestados no cotizados, aspecto que una vez resuelto determina el reconocimiento del derecho o da vía libre para para que la afiliada agote los recursos en vía administrativa o presenté las acciones legales pertinentes que permitan dilucidar la controversia.

Por tal motivo, en este caso el hecho de que el fondo de pensiones no haya actualizado la historia laboral de forma oportuna, aspecto que se reprocha dado que es una de sus obligaciones como administrador de régimen pensional, en nada limitaba el derecho de **LUZ MARINA MANCIPE CONTRERAS** de presentar la solicitud de reconocimiento pensional una vez cumplidos los 57 años de edad y tampoco de ejercer todas aquellas acciones administrativas que dieran fe de que su real intención era la de retirarse del sistema pensional. De las peticiones presentadas por la demandante antes del 30 de enero de 2020 **COLPENSIONES** no podía deducir dicha intención. Es más, la demandante en ningún momento dejó de cotizar, continúo vinculada a través de la Corporación Universidad Piloto de Colombia (*pág. 31 a 43,*

archivo "04Anexos") realizando aportes de forma ininterrumpida. De lo que se deduce que dichas cotizaciones no se realizaron con ocasión o como consecuencia de decisiones de la administración, sino de la voluntad de la afiliada de seguir aportado para financiar su prestación pensional, las cuales, en todo caso, le sirvieron para incrementar el ingreso base de liquidación y acreditar una mayor densidad de semanas y por ende mayor tasa de reemplazo, en beneficio del monto pensional que le fue reconocido.

Tampoco hay elementos probatorios adicionales que demuestren la necesidad o urgencia del retiro formal o presuntivo del sistema que permitiera realizar un análisis distinto. Ahora, el trámite administrativo adelantado por **COLPENSIONES** no truncó el derecho pensional de la demandante, no le generó algún perjuicio, o por lo menos no se demostró en este juicio, y para la fecha de reconocimiento (1° de febrero de 2020), no se configuraron elementos suficientes que permitan establecer una fecha de disfrute pensional diferente a la señalada en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por la potísima razón que la afiliada nunca presentó solicitud de pensión de vejez a **COLPENSIONES** antes del 30 de enero de 2020, fecha de la última cotización al Sistema General de Pensiones.

En tal sentido, el acto propio[1] de la accionante (realizar cotizaciones y no presentar oportunamente la solicitud de reconocimiento pensional), no puede ser utilizado a su favor para edificar la existencia de un perjuicio que, se reitera, en este caso no se materializó.

Bajo el anterior análisis, no se dan los presupuestos para reconocer el retroactivo pensional en la forma solicitada, motivo por el cual se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absolverá a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

[1] CSJ SL4537-2019, SL965-2021 y SL4771-2021, entre otras.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte actora y deberán ser tasadas por el *a quo*.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **LUZ MARINA MANCIPE CONTRERAS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

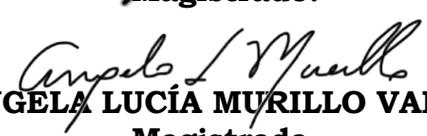
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte demandante. Tásense.

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

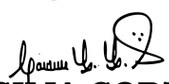
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 36-2022-00551-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **COLFONDOS**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 21 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y a **COLPENSIONES** a recibir las sumas trasladadas y a actualizar la historia laboral (*min. 36:59, archivo "25 AudienciasArts77Y80*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

LUZ CRISTINA RODRIGUEZ MALAVER llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado a **COLFONDOS** y, en consecuencia, que se ordene a **PROTECCIÓN** a devolver a RPM todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras, se ordene a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a actualizar la historia laboral, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 09 de junio de 1965 y cotizó al ISS desde el inicio de su vida laboral; que ante una campaña de desinformación de las AFP en general, firmó formulario de traslado de régimen pensional con destino a la AFP **COLFONDOS**, sin que recibiera información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen; que fue trasladada a **PROTECCIÓN** el 28 de julio de 2004 sin haber recibido ninguna información sobre características, ventajas, consecuencias de los regímenes pensionales y que faltando 10 años para alcanzar la edad de 57 años, las AFP no le informaron que tenía plazo para iniciar los trámites tendientes a retornar al RPM, (*pág. 1 a 16,archivo "03Demanda*").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación al ISS. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*; inexistencia de la causal de nulidad o ineficacia del traslado; 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); buena fe de Colpensiones; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 y la innominada o genérica (*pág. 2 a 25, archivo "06ContestacionColpensiones"*).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación a esa AFP, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; la innominada o genérica; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; y aplicación del precedente

sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (*pág. 3 a 24, archivo "07ContestacionDemandaProteccion")*.

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora y señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (*pág. 3 a 21, archivo "08ContestacionDemandaColfondos")*.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 36:59, archivo "archivo "25AudienciasArts77Y80"")*

El 21 de junio de 2023, el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"…**PRIMERO. - DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por LUZ CRISTINA RODRIGUEZ MALAVER con destino a la AFP Colfondos SA, el 31 de mayo del año 2000; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión. **SEGUNDO.- ORDENAR a la AFP Protección S.A.** 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 esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Protección S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. **TERCERO. - ORDENAR** a la AFP Colfondos S.A. el traslado de los dineros descontados 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 indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Colfondos SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. ***CUARTO. - CONDENAR a COLPENSIONES*** *a recibir los valores referidos en los ordinales anteriores y a mantener la afiliación de LUZ CRISTINA RODRIGUEZ MALAVER como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral.* ***QUINTO. - DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas.* ***SEXTO. - CONDENAR*** *en costas de esta instancia a Colpensiones y a las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un smlmv a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.* ***SÉPTIMO. - REMÍTASE*** *el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta."*

Como sustento de su decisión la Juez expresó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el deber de información recae en los fondos de pensiones, y que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que efectivamente la AFP **COLFONDOS** al momento de acoger como afiliada a la actora le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información en los términos señalados en la jurisprudencia, por lo que concluyó que era viable declarar la ineficacia de dicho traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que al realizar el traslado del RPM al RAIS, **COLFONDOS** debió cumplir con el deber de información conforme al Decreto 720 de 1994; invocó el artículo 13 de la Ley 100 para señalar que la afiliada no puede trasladarse de régimen pensional faltando 10 años o menos para cumplir la edad pensional; y que

Colpensiones no tiene nada que ver con los contratos celebrados por la demandante al realizar el traslado ni mucho menos con la obligación que tenía la actora de informarse acerca de los requisitos para realizar el mismo (m*in. 40:29, archivo "25AudienciasArts77Y80*").

El apoderado de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación en lo relacionado al retorno de los rubros del RAIS al RPM. Para ello citó el Decreto 2555 de 2010 y los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 para hacer referencia a los gastos de administración y a la financiación de la pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que considera que no tiene la obligación de devolver dichos conceptos. (*min. 42:40, archivo "25 AudienciasArts77Y80*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. No hubo intervención de **COLPENSIONES**, **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS**.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los

artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.** así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **LUZ CRISTINA RODRIGUEZ MALAVER** nació el 09 de junio de 1965 y se afilió al RPM a partir de junio de 1985 (*pág. 21 y 22, archivo "03Demanda*" y *pág. 26, archivo "06ContestacionDemandaColpensiones"*); ***ii)*** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** el 31 de mayo del 2000, con efectividad a partir del 1° de julio siguiente (*pág. 34, archivo "07ContestacionDemandaproteccion*"); ***iii)*** y posteriormente realizó traslado horizontal en el RAIS a ING hoy **PROTECCIÓN.** el 28 de julio de 2004, donde permanece afiliada actualmente (*pág. 33 a 35, archivo "07ContestacionDemandaproteccion"*).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal

b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **COLFONDOS** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación, que no fue aportado por dicho fondo pero tampoco desconocida su existencia por quien acciona, no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida

AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que los asesores de la AFP le informaron que el ISS se iba a acabar y que las nuevas formas de pensión era con las AFP, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

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

Y la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de

2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará esta parte de la sentencia.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por

las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ CRISTINA RODRIGUEZ MALAVER
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2022 00551 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 37-2021-00182-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados por la parte pasiva, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 21 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a **INCOLBEST** a pagar las cotizaciones adicionales por actividades de alto riesgo causadas desde el 12 de septiembre de 1994 al 28 de febrero de 2000 y a **COLPENSIONES** a pagar la pensión de vejez por actividades de alto riesgo a partir del 15 de abril de 2021, en cuantía de $1.148.764, retroactivo indexado y costas procesales *(min. 26:27, audio 3, enlace archivo "15ActaAudiencia").*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

RICARDO CHAVARRIA FORERO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a **INCOLBEST S.A.** con el fin de que se declare que **INCOLBEST** no ha pagado las cotizaciones adicionales de alto riesgo desde septiembre de 1994 a abril de 2000 y, en consecuencia, se

condene a dicha empresa a pagar las cotizaciones y a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión especial de vejez de alto riesgo desde el 15 de abril de 2021, con una tasa de reemplazo del 90%.

Como fundamento factico indicó que nació el 15 de abril de 1971, ingresó a laborar con la empresa **INCOLBEST** el 12 de septiembre de 1994, desempeñando el cargo de auditor de calidad y durante toda la relación laboral ha estado expuesto a asbesto crisolito; que, según la historia laboral, **INCOLBEST** pago cotización de alto riesgo a partir de octubre de 2003; advirtió que desde abril de 2000 a octubre de 2003 estuvo afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, tiempo durante el cual no se realizaron cotizaciones adicionales; que si se acreditan toda las semanas de alto riesgo, tendría más de 1.300 semanas, por lo que podría pensionarse a los 50 años; que por tal razón el 04 de marzo de 2021 radicó ante **COLPENSIONES** actualización de la historia laboral y la pensión de alto riesgo (*pág. 3 a 13, archivo "01DemandaAnexos"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

INCOLBEST S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo con el demandante y expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa*, buena fe, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y la innominada o genérica *(pág. 3 a 17, archivo "04ContestacionDemandaIncolbestSA").*

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, el no pago de cotizaciones de alto riesgo desde el año 1994 a 2000 y la solicitud presentada ante esa entidad. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no

debido, buena fe y la innominada o genérica *(pág. 4 a 16, archivo "08ContestacionDemandaColpensiones").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 26:27, audio 3, enlace archivo "15ActaAudiencia")

El 21 de noviembre de 2022, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(…) ***PRIMERO: CONDENAR*** *a INCOLBEST a reconocer y pagar a favor del demandante señor RICARDO CHAVARRIA FORERO, el valor adicional que le correspondía en los términos de la norma que resulte aplicable por las labores realizadas en actividades de alto riesgo por el periodo comprendido del 12 de septiembre de 1994 al 28 de febrero de 2000. Para ello, se establece como obligación de hacer, una vez ejecutoriada la presente decisión que COLPENSIONES deberá realizar la respectiva liquidación en un término de 15 días hábiles; una vez realizada la respectiva liquidación, corresponde a INCOLBEST realizar el pago efectivo de la obligación ante la entidad, razón por la cual se le concede un término de 15 días para que proceda frente a ello.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante señor RICARDO CHAVARRIA FORERO en los términos establecidos en esta providencia, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2090 de 2003, a partir del 15 de abril de 2021 teniendo como mesada inicial para su reconocimiento el valor de $1.148.764.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES para que reconozca a favor del señor RICARDO CHAVARRIA FORERO por concepto de retroactivo pensional la suma equivalente a $21.897.739, que corresponde a las mesadas pensionales causadas del 15 de abril de 2021 al 30 de octubre de 2022, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad; liquidación que se realiza sobre 13 mesadas anuales. De este valor se autoriza a COLPENSIONES para que realice los descuentos que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud.* ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a COLPENSIONES para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMMLV. Sin costas frente a INCOLBEST.* ***QUINTO:*** *Se ordena surtir el grado jurisdiccional de consulta de la presente decisión a favor de COLPENSIONES, razón por la cual se ordena remitir el presente proceso ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* ***(…)***

Como sustento de la decisión el Juez expresó que no fue objeto de discusión las funciones desarrolladas por el demandante al interior

de **INCOLBEST**, dado que fue la misma empresa quien aceptó que las actividades desarrolladas por el trabajador estaban calificadas como de alto riesgo. No obstante, advirtió que, al revisar la historia laboral para los periodos de septiembre de 1994 al mes de febrero del año 2000, aunque fueron debidamente cotizados, los pagos de aportes no reflejan el incremento adicional por actividades de alto riesgo, por lo que dedujo que la demandada no cumplió con dicha obligación. Por tanto, tuvo por acreditadas 1.197 semanas laboradas en actividades de alto riesgo. Sobre el periodo de marzo de 2000 a septiembre de 2003 advirtió que no hacia ningún pronunciamiento en la medida en que esos periodos fueron cotizados al RAIS, régimen donde no existe la obligación de realizar pago adicional.

Por otra parte, precisó que el actor cumple los requisitos previstos en el Decreto Ley 2090 de 2003, al acreditar un total de 1.197 semanas en actividades de alto riesgo y cumplir con las semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, y atendiendo la densidad de semanas, dispuso conceder la prestación pensional a partir del cumplimiento de 50 años de edad, 15 de abril de 2021, en cuantía mensual de $1.148.764, teniendo en cuenta el IBL de toda la vida laboral por ser más favorable. Advirtió que, si bien el actor continúa realizando cotizaciones, lo fue justamente por la falta de reconocimiento de la prestación que está dirigida a separarlo del riesgo por la exposición a sustancias cancerígenas, que en últimas es el fin perseguido por el reconocimiento de la pensión especial.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia solicitando la revocatoria de la condena por costas. Su inconformidad radica en que, si bien fueron vencidos en juicio, la prestación no se reconoció debido a una omisión de la empresa empleadora en el pago de los aportes

adicionales, lo que afectó el reconocimiento pensional vía administrativa; que las actuaciones de la entidad se encuentran fundamentadas en los principios de legalidad y buena fe, y que el retroactivo pensional no se hubiese causado si **INCOLBEST** hubiera realizado los aportes en término (*min. 29:27, audio 3, enlace archivo "15ActaAudiencia").*

La apoderada de **INCOLBEST** presentó recurso de apelación parcial con el fin de que se revoque la condena al pago de los aportes. Al efecto, solicitó se revise la exactitud de la información obtenida de las planillas de pago de aportes allegadas; que ni el trabajador ni **COLPENSIONES** manifestaron reparo u objeción alguna sobre la forma, porcentajes y valores en los cuales estaban haciendo las cotizaciones y en particular no hicieron ninguna objeción respecto de los aportes pagados entre el año 1994 y el mes de febrero del año 2000, por lo que considera que **INCOLBEST** actuó de buena fe; que esas cotizaciones no resultan determinantes para configurar el derecho pensional del actor, porque incluso con las cotizaciones que están acreditadas al momento en que se prefiere la sentencia, el derecho a la pensión de vejez por alto riesgo ya se encuentra configurado (*min. 32:58, audio 3, enlace archivo "15ActaAudiencia").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

Los apoderados de las demandadas solicitaron la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandada **INCOLBEST** acreditó el pago de la cotización adicional por actividades de alto riesgo entre el 12 de septiembre de 1994 al 28 de febrero de 2000, si el demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo junto con su correspondiente retroactivo e indexación y la viabilidad de la condena en costas en contra de **COLPENSIONES**.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **RICARDO CHAVARRIA FORERO** nació el 15 de abril de 1971 *(pág. 32, archivo "01DemandaAnexos");* ***ii)*** **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB200824 del 29 de julio de 2022 negó la pensión especial de vejez al demandante *(archivo "14NegacionPension");* ***iii)*** el actor labora para **INCOLBEST S.A.** desde el 12 de septiembre de 1994 y ocupa el cargo

de auditor de procesos *(pág. 31, archivo "01DemandaAnexos", y aceptado por la demandada en la contestación al hecho 4 y 5 de la demanda);* ***iv)*** y para el momento en que **COLPENSIONES** expidió el acto administrativo que negó la pensión especial, el accionante había cotizado un total de 1.442 semanas *(archivo "14NegacionPension").*

- **De la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo**

La pensión especial por actividades de alto riesgo ampara a las personas que por su actividad, oficio o profesión están expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud al punto de generar una menor expectativa de vida o que estén enfrentados a un mayor nivel de siniestralidad *(CSJ SL 890 de 2021).*

El artículo 2° del Decreto Ley 2090 de 2003, define de manera clara aquellas actividades que tienen la connotación de ser de alto riesgo, así:

> "*Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes: 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos. 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional. 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes. 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas. 5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes*".

Los artículos 3° y 4° del mismo Decreto, señalan que para acceder a la pensión especial de vejez se requiere un mínimo de 700 semanas de cotización especial, haber cumplido 55 años de edad y una densidad de semanas igual a las exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, disminuyéndose en un año la edad de pensión por cada 60 semanas

de cotización especial adicionales a las exigidas en el Sistema General de Pensiones, sin que ésta pueda ser inferior a 50 años.

El mencionado Decreto fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-853 de 2013. En esta providencia, la Corte Constitucional precisó que:

> *"La inserción de una actividad en la clasificación de alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003, debe obedecer a un criterio técnico y objetivo que verifique que la labor desempeñada conduce a una degradación en la calidad de vida y la salud del trabajador, parámetro que puede variar dependiendo de las circunstancias sociales, los avances de la tecnología y el mismo desarrollo en la prestación del servicio"* (subraya la Sala).

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que el trabajador que aspira a acceder a una pensión especial de alto riesgo debe demostrar que prestó sus servicios expuestos o desempeñando alguna de las actividades catalogadas como de alto riesgo. También ha reiterado que si el trabajador acredita que la actividad cumplida pertenece a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, no puede ser el trabajador quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez, sin perjuicio de que ésta pueda reclamarle al empleador que no cumplió la obligación del aporte especial, el cubrimiento de ese faltante en los términos que prevea la ley (*SL 398 de 2013, SL 9013 de 2017, SL999 de 2020, entre otras*).

Así mismo, ha adoctrinado el máximo órgano de cierre que no basta con que en la empresa demandada se desarrollen actividades de alto riesgo, o que la empleadora misma esté calificada como tal, pues lo realmente relevante de cara a obtener la prestación pensional

especial es que el trabajador particularmente considerado haya estado realmente expuesto a ese tipo de sustancias comprobadamente cancerígenas *(SL 035 de 2021 y SL 2884 de 2022).*

Ahora bien, sobre las cotizaciones especiales conviene precisar, que para sufragar los costos que implica el anticipo de este tipo de prestaciones, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 dispuso a cargo del empleador el pago de un porcentaje adicional del 6% en las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, monto que a partir del 28 de julio de 2003 quedó en el 10% por aplicación del Decreto Ley 2090 de 2003.

CASO CONCRETO

Al descender al caso bajo estudio se tiene que **RICARDO CHAVARRIA FORERO** nació el 15 de abril de 1971 *(pág. 32 "archivo "01DemandaAnexos"),* por lo cual la norma aplicable es el Decreto Ley 2090 de 2003 que exige para acceder a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo 1.300 semanas cotizadas y de éstas un mínimo de 700 con cotización especial por actividades de alto riesgo.

Es importante recordar que le correspondía a la parte demandante probar la prestación efectiva del servicio y que durante dicho interregno estuvo expuesto a actividades catalogadas como de alto riesgo. Con esa aclaración, procede la Sala a valorar los medios de prueba existentes en el proceso para verificar si el actor estuvo laborando en actividades expuestas a sustancias comprobadamente cancerígenas durante la relación laboral.

En cuanto a eso, fue el propio empleador quien mediante certificación expedida el 11 de octubre de 2019 aceptó que **RICARDO CHAVARRIA FORERO** desde su ingreso a la compañía, 12 de septiembre de 1994, se ha desempeñado en el área de *dirección fricción américas* "*estando en exposición a el uso de materiales de asbesto crisotilo, siendo esta una actividad de alto riesgo según el Decreto 2090 de 2003, por ser un trabajo a exposición a sustancias cancerígenas*",

realizando roles y funciones en las áreas de mezclado, horneado, perforado, remachado, corte, entre otros, circunstancia que no es objeto de controversia en segunda instancia. En ese mismo documento, **INCOLBEST** aclara que realizó los aportes a **COLPENSIONES** para pensión especial de vejez por alto riesgo con el porcentaje adicional exigido en el Decreto 2090 de 2003 (*pág. 31, archivo "DemandaAnexos*").

Por tal razón, al estar acreditado que el demandante laboró en actividades de alto riesgo, expuesto a sustancias cancerígenas, surge la obligación del empleador de pagar los aportes con cotización especial para cubrir dicho riesgo. En este caso, el *a quo* ordenó a **INCOLBEST** a pagar el referido aporte adicional por el periodo comprendido entre el 12 de septiembre de 1994 al 28 de febrero de 2000, inconformidad sobre la cual radica la alzada el empleador.

Para resolver este aspecto, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, estableció que la tasa de cotización para la pensión de vejez es del 8% en 1994, 9% en 1995 y del 10% a partir de 1996, calculado sobre el ingreso base, más un 3.5% para pagar la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes y los gastos de administración del sistema.

A su vez, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994, dispuso que el monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más seis (6) puntos adicionales a cargo del empleador.

Con el fin de acreditar su obligación, **INCOLBEST** allegó con la contestación soportes de pago a seguridad social a nombre del demandante a partir del 1° de enero de 1995 (*pág. 34 a 203, archivo* "*04ContestacionDemandaIncolbestSA*"). Al verificar dichos pagos en la historia laboral del 07 de diciembre de 2021, expedida por **COLPENSIONES** (*pág. 209 a 223, archivo "08ContestacionDemandaColpensiones*"), encuentra la Sala que, si bien

INCOLBEST realizó pagos superiores al aporte legal durante el ejercicio de actividades peligrosas adelantadas por el trabajador, las mismas no corresponden al porcentaje adicional para cubrir dicho riesgo. A modo de ejemplo, se presenta la situación del año 1995:

PERIODO	IBC REPORTADO	COTIZACIÓN PAGADA	%APORTE + COTIZACIÓN ADICIONAL	VALOR QUE DEBIÓ PAGARSE	DIFERENCIA
1/01/1995	$ 193.288,00	$ 28.000,00	18,5	35.758,28	7.758,28
1/02/1995	$ 233.299,00	$ 33.300,00	18,5	43.160,32	9.860,32
1/03/1995	$ 206.592,00	$ 28.200,00	18,5	38.219,52	10.019,52
1/04/1995	$ 211.118,00	$ 32.300,00	18,5	39.056,83	6.756,83
1/05/1995	$ 201.516,00	$ 28.200,00	18,5	37.280,46	9.080,46
1/06/1995	$ 250.679,00	$ 30.900,00	18,5	46.375,62	15.475,62
1/07/1995	$ 212.963,00	$ 29.700,00	18,5	39.398,16	9.698,16
1/08/1995	$ 208.780,00	$ 29.200,00	18,5	38.624,30	9.424,30
1/09/1995	$ 203.327,00	$ 28.400,00	18,5	37.615,50	9.215,50
1/10/1995	$ 242.716,00	$ 34.000,00	18,5	44.902,46	10.902,46
1/11/1995	$ 435.539,00	$ 61.600,00	18,5	80.574,72	18.974,72
1/12/1995	$ 342.863,00	$ 49.800,00	18,5	63.429,66	13.629,66

Lo mismo ocurrió para los años subsiguientes, motivo por el cual le corresponde a **INCOLBEST** pagar los montos por cotización adicional que determine **COLPENSIONES** en la forma ordenada por el *a quo*, en la medida en que para financiar este tipo de prestaciones debe concurrir el empleador al pago del aporte adicional, independiente que sean o no necesarias para causar el derecho puesto que corresponden a dineros del Sistema General de Pensiones, lo que descarta los planteamientos de la recurrente, motivo suficiente para confirmar la sentencia en este aspecto.

Teniendo en cuenta que el no pago de cotizaciones adicionales por actividades del alto riesgo, no impide al trabajador acceder a la pensión especial de vejez, a continuación, la Sala verificará si **RICARDO CHAVARRIA FORERO** acredita el cumplimiento de los requisitos mínimos de dicha prestación (artículos 3 y 4 del Decreto Ley 2090 de 2003).

En la Resolución SUB200824 del 29 de julio de 2022 *(archivo "14NegacionPension")* **COLPENSIONES** reportó como semanas cotizadas por **RICARDO ECHEVERIA FORERO** un total de **1.442** semanas hasta el 30 de junio de 2022, de las cuales encontró que 940 semanas corresponden a laboradas en desempeño de actividades de alto riesgo con cotización especial.

Al revisar la historia laboral del 07 de diciembre de 2021 (*pág. 209 a 223, archivo "08ContestacionDemandaColpensiones*"), junto con las semanas que fueron objeto de estudio en el citado acto administrativo, el accionante prestó servicios en actividades de alto riesgo con derecho a cotización adicional desde el 12 de septiembre de 1994 al 28 de febrero de 2000, 1.969 días, y desde el 1° de octubre de 2003 al 30 de junio de 2022, equivalentes a 6.750 días, para un total de 8.719 días o 1.245,57 semanas.

Los tiempos cotizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no fueron objeto de alzada, por lo que la Sala se revela de su estudio, en aplicación del principio de consonancia.

En tal sentido, el demandante acredita el cumplimiento de 700 semanas cotizadas con aporte adicional (artículo 3 Decreto Ley 2090 de 2003) y el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, esto es, 1.300 semanas. Respecto de la edad, **RICARDO CHAVARRIA FORERO** nació el 15 de abril de 1971 *(pág. 32, archivo "01DemandaAnexos"),* por lo que cumpliría los 55 años el mismo día y mes del año 2026.

No obstante, debe recordarse que el artículo 4 del Decreto Ley 2090 de 2003, señala que la edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Frente al alcance de esta disposición, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó lo siguiente:

> "*el régimen especial de pensiones por actividades de alto riesgo prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional, de modo que la reducción de la edad solo es posible cuando se ha superado la base mínima de cotizaciones exigida en el sistema general de pensiones" (*CSJ SL1353-2019 y SL1258-2023*).*

Pues bien, en el asunto bajo estudio tan sólo 142 semanas con cotización especial exceden las 1.300 semanas mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones (Ley 797 de 2023), lo que habilita al demandante a reducir el requisito de edad en dos años, es decir, para ser beneficiario de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo **RICARDO CHAVARRIA FORERO** debe haber cumplido 53 años de edad, presupuesto que se desvanece en este caso en la medida en que el actor tiene la expectativa de llegar a esa edad el próximo 15 de abril de 2024, no siendo posible disponer su reconocimiento de forma anticipada dado que la edad en este caso constituye un elemento integral de la causación del derecho.

Y aunque en el interrogatorio rendido por **RICARDO CHAVARRIA FORERO** el 21 de noviembre de 2022 (*min. 35:30, audio 1, enlace archivo "15ActaAudiencia")* manifestó que continúa prestado el mismo servicio a favor de **INCOLBEST**, si se sumaran esas semanas adicionales por el tiempo transcurrido entre el 1° de julio de 2022 a la referida fecha, el monto no le alcanzaría para disminuir un año adicional de edad. Y con los medios probatorios incorporados en el juicio, no es posible deducir ni la continuidad en la prestación del servicio ni la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas después del 21 de noviembre de 2022.

Bajo ese escenario, el demandante no cumple los requisitos mínimos para ser beneficiario de pensión especial de vejez, razón suficiente para revocar los ordinales segundo, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a **COLPENSIONES** del reconocimiento pensional deprecado.

Con todo, se advierte a **RICARDO CHAVARRIA FORERO** que una vez cumpla la edad de 53 años o un mayor número de semanas con cotización especial que le permitan reducir la edad mínima, puede iniciar nuevamente el trámite administrativo a fin de obtener su reconocimiento directamente en el fondo de pensiones.

Y frente al recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, la Sala se releva de su estudio dada la revocatoria de la condena en costas impuesta en el trámite de primer grado.

Sin costas en las instancias.

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

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

RESUELVE

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

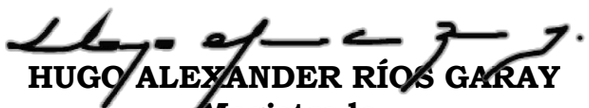
SEGUNDO: REVOCAR los ordinales segundo, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES del reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo reclamada por **RICARDO CHAVARRIA FORERO**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: SIN COSTAS en las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 38 2021 00132 01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo de pensiones público, contra la sentencia del 06 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** a pagar el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 1985 y el 30 de julio de 1992, a **COLPENSIONES** a elaborar dicho cálculo, a actualizar la historia laboral por los tiempos reportados por INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION hoy **CARBONES DE CERREJÓN** por el periodo comprendido entre el 01 de febrero y el 30 de julio de 1985 y por los tiempos a validar con el respectivo cálculo y una vez a ello a estudiar la reliquidación de la pensión del demandante y, de ser el caso, a pagar las diferencias pensionales a que hayan lugar *(min. 01:08:05, archivo "20GrabaciónAudienciaFallo20220906").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

CARLOS ERNESTO MATEUS VELASCO, llamó a juicio a OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC hoy **SIERRACOL ENERGY**

ARAUCA LLC, INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION (INTERCOR) hoy **CARBONES DE CERREJON LIMITED** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare que **CARBONES DE CERREJON y SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** son responsables del pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social por los periodos laborados a su favor y, en consecuencia, se ordene a dichas empresas a pagar los correspondientes cálculos actuariales y a **COLPENSIONES** a corregir la historia laboral, a reliquidar la pensión de vejez y al pago de las diferencias adeudadas, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico señaló que trabajó desde el 11 de enero de 1982 al 04 de agosto de 1985 con INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION (INTERCOR) hoy **CARBONES DE CERREJON LIMITED**, como operario de computador, con un salario de $59.800 y que el empleador no pagó aportes pensionales; que laboró desde el 18 de agosto de 1985 hasta el 30 de julio de 1992 al servicio de OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC, hoy **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC**, con una asignación mensual de $660.400, y durante ese periodo la empresa tampoco realizó aporte alguno a pensión; que el 25 de febrero de 2014, luego de presentar una acción de tutela, **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** en respuesta a un derecho de petición le indicó que las empresas petroleras antes de la Ley 100 de 1993 no tuvieron llamamiento obligatorio a inscripción pensional.

Manifestó que las funciones para ambas demandadas fueron realizadas en la ciudad de Bogotá, por lo que en el año 2014 le solicitó a **COLPENSIONES** realizar el cobro coactivo para obtener el pago de aportes pensionales; que mediante Resolución SUB 08876 del 18 de mayo de 2020 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2020, en cuantía de $2.222.468; y finalmente, que el no pago y reconocimiento de semanas por parte de sus empleadores le ocasionan un perjuicio irremediable puesto que un mayor número

de semanas mejorarían el monto de su mesada pensional (*pág. 1 a 16 archivo "01DemandaOrdinaria", subcarpeta "01Demanda20210319").*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó las respuestas emitidas a peticiones del actor, la presentación de la acción de tutela y el reconocimiento pensional. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica *(pág. 2 a 15, archivo "07ContestacionColpensiones20211021").*

SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo y el salario devengado, señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación*, carencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y abuso del derecho *(pág. 1 a 20, archivo "SIERRACOL_RAD. 2021-00132 CONTESTACIÓN CARLOS ERNESTO MATEUS radj", subcarpeta "08ContestacionSierracol20211022").*

CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la existencia del contrato de trabajo con el demandante, expreso que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido*, inexistencia absoluta del derecho y de la obligación, prescripción, compensación, falta de causa para pedir y la innominada o genérica *(pág. 1 a 10, archivo "Contestación Cerrejón demanda de*

Carlos Ernesto Mateus Velasco", subcarpeta "09ContestacionCerrejon20211022").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:08:05, archivo "20GrabaciónAudienciaFallo20220906")

El 06 de septiembre de 2022, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que, entre CARLOS ERNESTO MATEUS VELASCO y la demandada INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION hoy CARBONES DE CERREJÓN, existió un contrato de trabajo vigente en el lapso comprendido entre el 11 de enero de 1982 y el 04 de agosto de 1985. **SEGUNDO: DECLARAR** que, entre CARLOS ERNESTO MATEUS VELASCO, y la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC hoy SIERRA ENERGY ARAUCA LLC, existió un contrato de trabajo vigente entre el 16 de agosto de 1985 y el 31 de julio de 1992. **TERCERO: DECLARAR** que la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC hoy SIERRA ENERGY ARAUCA LLC en su calidad de empleador de CARLOS ERNESTO MATEUS VELASCO no efectuó cotizaciones al Sistema de Pensiones en el periodo laborado comprendido entre el 16 de agosto de 1985 y el 30 de julio de 1992. **CUARTO: DECLARAR** que OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC hoy SIERRA ENERGY ARAUCA LLC en su calidad de empleador de CARLOS ERNESTO MATEUS VELASCO debe asumir el valor del cálculo actuarial que por el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 1985 y el 30 de julio de 1992 elabore la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, utilizando para dicho cálculo en los términos señalados en la parte motiva de la presente sentencia, la relación de salarios que fue allegada por esta convocada a juicio y que obra en el presente trámite procesal. Lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que ese cálculo actuarial no podrá incluir como variable intereses de mora en la forma en que tradicionalmente se establecen este tipo de operaciones. **QUINTO: CONDENAR** a la sociedad demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC hoy SIERRA ENERGY ARAUCA LLC a pagar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial que se ha elaborado en las condiciones reseñadas en la presente sentencia respecto de CARLOS ERNESTO MATEUS VELASCO. **SEXTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a CORREGIR la historia laboral de CARLOS ERNESTO MATEUS VELASCO, incluyendo en ella los tiempos reportados por INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION hoy CARBONES DE CERREJÓN para el periodo comprendido entre el 01 de febrero y el 30 de julio de 1985 por 180 días, correspondientes a 25.71 SEMANAS, teniendo en cuenta los salarios acreditados en las planillas*

que fueron allegadas para demostrar las cotizaciones de los ciclos correspondientes. Así mismo para que una vez normalizada la historia laboral del accionante, proceda a realizar un nuevo estudio de la prestación pensional de vejez del incoante de la acción y, si hay lugar a ello, proceda a realizar los ajustes correspondientes y a pagar las diferencias de mesadas pensionales a que haya lugar conforme a los tiempos acreditados por CARBONES DE CERREJÓN y en su momento con ocasión del pago del cálculo actuarial por parte de SIERRA ENERGY ARAUCA LLC. ***SÉPTIMO: ABSOLVER*** *a la demandada INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION hoy CARBONES DE CERREJÓN de las pretensiones de la demanda instauradas en su contra, al haberse acreditado el cumplimiento de sus obligaciones de carácter pensional para con el accionante* ***OCTAVO: EXCEPCIONES*** *dadas las resultas del juicio el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y frente a la absolución producida el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.* ***NOVENO: COSTAS*** *lo serán a cargo de OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC hoy SIERRA ENERGY ARAUCA LLC. En firme la presente providencia, por secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1'000.000 en favor del demandante* ***DÉCIMO:*** *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el Superior, esto en la medida en que se han impuesto cargas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES."* SIC.

Como sustento de la decisión el Juez expresó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2014 ha señalado que los empleadores que no afilian a sus trabajadores por la falta de cobertura no están exentos de responsabilidad de cara al sistema general de pensiones pues esos tiempos no pueden perderse o dejar de ser valorados dado que en dichos períodos el empleador debía garantizar la cobertura respectiva frente al riesgo de vejez y solo con el pago al ISS puede liberarse de la carga que le correspondía por las obligaciones contractuales existentes entre las partes, independientemente de que el contrato estuviera o no vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Por tal motivo, dedujo que al estar acreditada la existencia de la vinculación contractual laboral entre el demandante y Occidental de Colombia hoy Sierracol Energy le corresponde a está accionada pagar el cálculo actuarial que para el efecto elabore COLPENSIONES para el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 1985 al 30 de julio de 1992, teniendo en cuenta la relación de salarios allegada como

elemento probatorio en la contestación de la demanda, sin aplicar intereses moratorio alguno, haciendo la claridad que no es posible que el trabajador asuma una parte del cálculo actuarial dado que en su momento no se le podían hacer descuentos de su ingreso mensual.

Frente a **CARBONES DEL CERREJON** expresó que para los periodos del 1° de febrero de 1985 y el 4 de agosto de 1985, con la contestación de la demanda se allegó el formulario de afiliación al Instituto de Seguros Sociales y planillas de pago que dan cuenta que el empleador cumplió con su obligación de realizar las cotizaciones, siendo procedente ordenar a COLPENSIONES a tener en cuenta en la historia laboral los tiempos reportados. Y que, una vez normalizada la historia laboral del actor, COLPENSIONES deberá proceder a hacer el estudio de la historia laboral, con miras a determinar si hay lugar a una eventual reliquidación, pagando las diferencias que se hayan causado desde el cumplimiento de los requisitos legales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia o en su lugar se ordene el pago de los aportes indexados. Adujo que el hecho de que la empresa no hubiera afiliado y llevado a cabo aportes al trabajador no fue por una omisión de la empresa, sino porque no había llamamiento a inscripción dado que el contrato estuvo vigente entre el 16 de agosto de 1985 hasta el 30 de julio de 1992, habiendo finalizado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que deduce que el empleador no tenía la obligación de pagar los respectivos aportes para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y dichas prestaciones se regían por lo dispuesto en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que el actor cumpliera con los requisitos allí establecidos. En tal sentido, considera que no existe disposición alguna que obligue al empleador a constituir títulos que convaliden dichos aportes. Sin embargo, que en caso de que se confirme que el demandante tiene derecho a que se le valide el tiempo para efectos pensionales lo único que sería

procedente es el pago de las cotizaciones actualizadas de manera compartida entre la empresa y el trabajador, y no el cálculo actuarial dado que esta figura fue creada por la Ley 100 de 1993 y no se le pueden dar efectos retroactivos.

Señaló que la sentencia recurrida omitió realizar un análisis a fondo que permita concluir si el demandante a través de la condena que se impuso en efecto puede acceder a una pensión de vejez, en la medida en que el actor ya se encuentra pensionado por vejez por COLPENSIONES desde el año 2020, por lo que si la finalidad del cálculo es financiar una pensión de vejez en el presente caso sería improcedente. Además, que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 70562, señaló que cuando el trabajador no tiene la posibilidad de acceder a una pensión de vejez, no es viable impartir condena alguna. Igualmente, que la Corte Constitucional en casos similares ha condenado al empleador a pagar el 75% de los aportes, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral y el restante 25% a cargo del trabajador *(min. 01:14:14, archivo "20GrabaciónAudienciaFallo20220906").*

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia, en especial el ordinal 6°. Para el efecto, precisó que la única obligación en este caso para COLPENSIONES es expedir el cálculo actuarial y posterior a eso realizar el estudio de la reliquidación pensional, pero no la actualización de la historia laboral por los periodos laborados por el demandante en la empresa CARBONES DEL CERREJON de febrero a julio de 1985 dado que aparece la novedad de retiro del sistema para el 31 de enero de 1985 *(min. 01:26:06, archivo "20GrabaciónAudienciaFallo20220906").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las apoderadas de **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** y **COLPENSIONES** solicitaron la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada. La parte actora solicitó la confirmación de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si existe la obligación de la demandada **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** de pagar el pago del cálculo actuarial en un 100% o aportes pensionales indexados, si **COLPENSIONES** debe actualizar la historia laboral y estudiar la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales y jurisprudenciales para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hubo controversia en los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** **CARLOS ERNESTO MATEUS VELASCO** laboró al servicio de INTERNATIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION hoy **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** entre el 11 de enero de 1982 hasta el 04 de agosto de 1985 (*pág. 4, archivo "02Anexos", subcarpeta "01Demanda20210319");* ***ii)*** **CARLOS ERNESTO MATEUS VELASCO** laboró al servicio de OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC hoy **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** entre el 16 de agosto de 1985 hasta el 30 de julio de 1992 (*pág. 43, archivo "SIERRACOL_RAD. 2021-00132 CONTESTACIÓN CARLOS ERNESTO MATEUS radj", subcarpeta "08ContestacionSierracol20211022");* ***iii)*** la demandada **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** no pagó aportes a favor del demandante al sistema de seguridad social en pensiones durante el término comprendido entre el entre el 16 de agosto de 1985 hasta el 30 de julio de 1992; ***iv)*** y **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB108876 del 18 de mayo de 2020 le reconoció pensión de vejez al actor a partir del 02 de marzo de 2020 en cuantía de $2.222.468, teniendo en cuenta un total de 9.102 días cotizados y una tasa de reemplazo del 63.51% (*pág. 13 a 20, archivo "02Anexos", subcarpeta "01Demanda20210319"*).

- **Sobre la procedencia del cálculo actuarial.**

Para resolver la controversia la Sala seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico como juez de casación laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide. En la sentencia de fecha 16 de julio de 2014, radicación N° 41745 (SL9856-2014), y copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad, esa Corporación dispuso la responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no hubo cobertura de los riesgos de Invalidez Vejez o Muerte por parte del

extinto Instituto de Seguros Sociales, máxime cuando se tratan de períodos en que aquellos riesgos estaban a su cargo y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente (SL5790-2014, SL4072-2017, SL14215-2017, SL1342-2019, SL5109-2019, SL1551-2021, entre otras).

Bajo este lineamiento jurisprudencial el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en la medida que no fue objeto de controversia en el proceso la prestación de servicios del actor en favor de OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC hoy **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** bajo contrato de trabajo, entre el entre el 16 de agosto de 1985 hasta el 30 de julio de 1992 (*pág. 43, archivo "SIERRACOL_RAD. 2021-00132 CONTESTACIÓN CARLOS ERNESTO MATEUS radj", subcarpeta "08ContestacionSierracol20211022")* y que dicha sociedad no afilió al trabajador al sistema de pensiones durante la totalidad de dicho lapso por no existir obligación de afiliación a cargo de las empresas del sector petrolero (ISS Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993). Se resalta que estos tiempos laborados por el demandante no pueden ser desconocidos para su disfrute pensional pues el hecho de que **COLPENSIONES** le haya reconocido ya una prestación por vejez no lo limita para reclamar los periodos que deben ser computados a través de cálculo actuarial, puesto que le pueden representar un mayor beneficio al incrementar la tasa de reemplazo y, por ende, el valor de su mesada pensional, siendo este un derecho irrenunciable e imprescriptible, no pudiendo el empleador beneficiarse o exonerarse de dicho pago por estar ya causado el derecho pensional del actor.

Precisa la Sala, para responder el argumento de apelación planteado por la parte demandada, que la aplicación del precedente jurisprudencial antes citado no implica la aplicación retroactiva de las normas, pues desde la Ley 90 de 1946 se definió para los empleadores la obligación de hacer las provisiones necesarias para el cubrimiento de las pensiones de sus trabajadores o para una subrogación posterior del riesgo de invalidez, vejez y muerte, luego aun cuando no existía la

obligación de afiliación si estaba la de hacer las provisiones para cubrir o financiar el futuro derecho pensional en proporción del tiempo servido por un trabajador.

Además, debe recordarse que el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que el cálculo actuarial es el mecanismo por antonomasia para validar los periodos en los que la prestación del servicio estuvo a cargo de los empleadores, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura (CSJ SL1342-2019, SL1551-2021 y SL2263-2022, entre otras), en la medida en que la ley que regula las consecuencias por la falta de afiliación es la vigente al momento de la consolidación del derecho pensional y no la que regulaba el pago de los aportes durante el tiempo en que se prestó el servicio (SL14388-2015, SL1041-2021, SL3470-2022, entre otras). En este caso, la causación del derecho pensional se generó en vigencia de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual no es viable en este tipo de asuntos ordenar el pago de los aportes indexados como lo reclama el empleador recurrente, sino el pago del cálculo actuarial que debe expedir el respectivo fondo de pensiones teniendo en cuenta los salarios devengados por el trabajador durante el tiempo objeto de validación.

Ahora bien, para resolver el argumento referido a que solo debe ordenarse el cálculo actuarial en la proporción de la cotización correspondiente al empleador, en principio dicha alegación estaría fundada, como quiera que los afiliados al Instituto de Seguros Sociales desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, tenían a su cargo la obligación de asumir un porcentaje de la cotización para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Sin embargo, este aspecto ya ha sido descantando por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia quien ha precisado que de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 es el empleador quien debe trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de

un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de estos dineros (SL3154-2022, SL3847-2022 y SL1493-2023, entre otras).

En consecuencia, el pago del cálculo actuarial con ocasión de la falta de afiliación del trabajador al ISS corresponderá en un todo al empleador, sin que sea posible exigir contribución alguna al accionante, por lo que esta decisión también será confirmada.

Al no ser objeto de reproche la forma en que se ordenó realizar el cálculo y no afectar los derechos del fondo de pensiones público, también se confirmará, en la medida en que el factor intereses moratorios no hace parte del cálculo actuarial que debe realizar **COLPENSIONES**, en los términos señalados en los artículos 2.2.4.4.1 y siguientes del Decreto 1833 de 2016.

Sobre la obligación impuesta a **COLPENSIONES** de actualizar la historia laboral por los periodos cotizados por el empleador INTERNATIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION hoy **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED**, la misma será confirmada puesto que entre el °1 de febrero y el 30 de julio de 1985 se acreditó la efectiva prestación de servicio por parte de **CARLOS ERNESTO MATEUS VELASCO** y fueron reportados oportunamente por el empleador al ISS, sin que aparezcan relacionados en el conteo de semanas (*archivo "GRP-SCH-HL-66554443332211_2100-20211011080328", subcarpeta "07ContestacionColpensiones20211021"*), y tampoco se tuvieron en cuenta en el acto administrativo de reconocimiento pensional. Y aunque con los soportes allegados (*09ContestacionCerrejon20211022*), no se puede tener certeza que se pagaron los respectivos aportes, lo cierto es que tampoco el fondo de pensiones ejerció acciones de vigilancia y control respecto de estos periodos para obtener cualquier saneamiento en caso de existir deuda.

Por otra parte, la decisión de convalidar los tiempos dejados de cotizar, por falta de cobertura, a través del cálculo actuarial, conlleva que sea viable el estudio de la reliquidación pensional. En efecto, al concederse la pensión de vejez bajo los presupuestos de la Ley 797 de 2003, conforme lo reconoció **COLPENSIONES** en la Resolución SUB108876 del 18 de mayo de 2020 donde concedió la pensión de vejez al actor a partir del 02 de marzo de 2020 en cuantía de $2.222.468, teniendo en cuenta un total de 9.102 días cotizados y una tasa de reemplazo del 63.51% (*pág. 13 a 20, archivo "02Anexos", subcarpeta "01Demanda20210319*"), y al convalidarse aproximadamente 7 años como tiempo efectivamente laborado a cargo de **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC**, que al ser sumadas a las que tuvo en cuenta **COLPENSIONES** en su momento para ordenar el pago de la pensión, le representa al pensionado la posibilidad de incrementar la tasa de reemplazo y, por ende, el valor de su primera mesada pensional, a partir del 02 de marzo de 2020.

No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que dicho estudio solo será procedente cuando **COLPENSIONES** reciba a satisfacción los dineros provenientes del cálculo actuarial y en caso de que se reconozcan diferencias a favor del pensionado, deberá descontarse el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Finalmente, sobre la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, la misma no es procedente en atención a que en el presente asunto la condena en contra de dicha entidad es por la expedición del cálculo actuarial, la actualización de la historia laboral y el estudio de la reliquidación pensional, una vez se realice el pago del título pensional, por lo que, al tratarse de aportes pensionales, estos tienen el carácter de irrenunciables e imprescriptibles, conforme con el artículo 48 Constitucional. Además, es imprescriptible el pago del

cálculo actuarial a transferirse, tal y como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL941-2018, SL738-2018 y SL2340-2022), toda vez que el citado pago hace parte de los aportes que formarán el capital indispensable para un posible incremento de la mesada pensional del demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal sexto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que el estudio de la reliquidación de la pensión de vejez del demandante solo será procedente cuando **COLPENSIONES** reciba a satisfacción los dineros provenientes del cálculo actuarial a cargo de **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** y en caso de que se reconozcan diferencias a favor del pensionado, deberá descontarse lo que corresponda por aportes a salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme

el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 38-2021-00164-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 22 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió de todas las pretensiones *(min.02:56:40, enlace archivo "29ActaFallo20230322").*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

MONICA DIAZ DIAZ llamó a juicio al **FONDO NACIONAL DE AHORRO – FNA** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo como trabajadora oficial del 04 de abril de 2016 al 11 de noviembre de 2020 y, en consecuencia, que se condene al pago de las acreencias convencionales denominadas beneficio de alimentación, prima técnica, prima de servicios, prima extraordinaria, prima de vacaciones, estimulo de recreación, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación especial de recreación, cesantías, reajustes salariales, así como indemnización moratoria, intereses moratorios, sanción moratoria, indemnización por despido sin justa causa, ultra y extra *petita*, indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico indicó que laboró al servicio del **FONDO NACIONAL DE AHORRO** desde el 04 de abril de 2016 al 11 de noviembre de 2020, suscribiendo varios contratos sucesivos e ininterrumpidos con la intermediación de la empresa de servicios temporales **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.** el 4 de abril de 2016 al 12 de noviembre de 2019, con un salario de $4.861.000; que desempeñó el cargo de *profesional junior grado 1*, desempeñando funciones inherentes a un funcionario del FNA; luego celebró contrato con la empresa de servicios temporales **SERVIOLA S.A.S.** desde el 12 de noviembre de 2019 al 11 de noviembre de 2020, sin que las funciones y el salario sufrieran modificaciones, aunque se le cambió la denominación del cargo como *director punto empresarial*; que las funciones desempeñadas en el **FONDO NACIONAL DE AHORRO** son de carácter permanente, entidad que era la que proporcionaba las herramientas de trabajo y demás instrucciones para la ejecución del contrato.

Manifestó que intentó hacer parte del sindicato mayoritario SINDEFONAHORRO, pero como no era funcionaria le negaron la solicitud; que el 11 de diciembre de 2020 presentó petición ante el **FNA** para que le reconocieran la condición de trabajadora oficial y el pago de los derechos convencionales (*pág. 3 a 20, archivo "05SubsanacionDemanda20210727*").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

El **FONDO NACIONAL DE AHORRO** se opuso a las pretensiones. Aceptó la vinculación de la demandante con las empresas de servicios temporales, la fecha de finalización del contrato, la vinculación con **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.**, el cargo de *profesional junior grado 1*, las funciones desempeñadas durante la vigencia del vínculo contractual, la radicación de la petición y la existencia del sindicato SINDEFONAHORRO. Expresó que los demás hechos no le constaban y propuso como previa la excepción de *falta*

de integración de litisconsorte necesario y como de mérito las excepciones de *falta de cumplimiento de los requisitos para ser beneficiaria de la convención colectiva*; falta de legitimación en causa por pasiva; inexistencia de obligación a cargo del FNA; cobro de lo no debido; prescripción; inexistencia de relación laboral; pago; buena fe; innominada o genérica; imposibilidad legal del FNA para contratar laboralmente y legalidad de la contratación (*pág. 13 a 30, archivo "13ContestacionFNA20211119").*

Mediante providencia del 12 de mayo de 2022 se dispuso la integración de **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.** y **SERVIOLA S.A.S.** como litisconsortes necesarios *(archivo "14Autovincula20220512").*

SERVIOLA S.A.S. se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las excepciones de *prescripción;* pago; compensación; inexistencia de las obligaciones reclamadas en juicio; buena fe y la innominada o genérica *(pág.1 a 26, archivo "17ContestacionServiola20220607").*

S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó la vinculación de la demandante como trabajadora en misión para el FNA, la fecha de inicio del vínculo contractual, la celebración de multiplicidad de contratos, el desempeño en el cargo de *profesional I*, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de las obligaciones demandadas*; cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral; prescripción; buena fe y la innominada o genérica *(pág. 12 a 22, archivo "18ContestacionDemanda20220608").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.02:56:40, enlace archivo "29ActaFallo20230322")

El 22 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO:** ABSOLVER a la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante MONICA DIAZ DIAZ. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO:** ABSTENERSE de imponer alguna carga a S&A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S y SERVIOLA S.A.S en los términos que ya se han reseñado. **TERCERO:** EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. **CUARTO:** Sin costas en la instancia. **QUINTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia consúltese con el Superior".*

Como sustento de la decisión el Juez encontró acreditado que la demandante prestó sus servicios como trabajadora en misión a favor del FNA para atender incrementos en la prestación de servicios, mediante la celebración de 6 contratos laborales con las empresas de servicios temporales. Sin embargo, del interrogatorio a la demandante, los testimonios rendidos y las pruebas documentales dedujo que este tipo de vinculación superó el término de contratación previsto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, como quiera que la labor fue continua e ininterrumpida.

Por tal razón, señaló que, al haber transcurrido el primer año de vinculación, se entiende que esas actividades desempeñadas no serían de carácter temporal sino de carácter permanente al servicio del FNA, ya que con la celebración continua de contratos lo que se demostró es que se requería mantener el personal para desempeñar cada uno de los cargos de manera permanente. Además, que, aunque las vinculaciones se suscribieron con las empresas de servicios temporales, se generaron dos vínculos contractuales con dos empleadores distintos. Para el primer año de servicios, el empleador fue la empresa de servicios temporales **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.**, y desde el primer día del segundo año el empleador directo fue el FNA. De esta manera, concluyó que no era posible declarar probada la existencia de una única relación laboral en la forma pretendida en el libelo introductorio, siendo pertinente señalar que esta circunstancia impide derivar una condena segmentada en la existencia de un único vínculo laboral que no se acreditó, ya que en la realidad lo que se evidencia es la existencia de

dos vínculos contractuales laborales con extremos temporales diversos y con empleadores diferentes.

Esto para destacar que si lo pretendido en la demanda hubiera sido la declaratoria de existencia de las 2 vinculaciones contractuales que se pueden deducir en juicio o la declaratoria de una de las 2 individualmente consideradas y la revisión de los efectos legales frente a las mismas así debió haberse planteado, en la acción ordinaria, sin que sea procedente modificar el querer de la parte actora cuando reclamó la existencia de una única relación contractual entre la demandante y el FNA, ya que mal podría emitir algún pronunciamiento respecto de relaciones contractuales que no fueron aducidas en el libelo introductorio.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación. Adujo que está en desacuerdo con el fallo proferido en primera instancia puesto que la demanda iba dirigida a declarar la existencia de un único vínculo contractual como trabajadora oficial entre la demandante y el FNA, sin solución de continuidad y conforme a ello, se reconozca el pago de las mismas prestaciones a que tienen derecho los trabajadores oficiales del FNA, conforme con la convención colectiva y la indemnización moratoria, dado el abuso en la utilización de la figura de trabajador en misión; que las funciones de la demandante durante los 4 años nunca fueron modificadas y no se demostró el incremento de los servicios (*min. 02:57:37, enlace archivo "29ActaFallo20230322"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandante solicitó revocar la decisión proferida por el *a quo* reiterando los argumentos elevados en la alzada.

Los apoderados del **FONDO NACIONAL DE AHORRO** y **SERVIOLA S.A.S.** solicitaron la confirmación de la decisión de primera

instancia. No hubo pronunciamiento por parte de **S&A SERVICIOS y ASESORIAS.**

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es viable la declaratoria de existencia de contrato de trabajo entre **MONICA DIAZ DIAZ** y el **FONDO NACIONAL DE AHORRO**, el reconocimiento de derechos convencionales y la indemnización moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

- **Sobre la figura del trabajador en misión.**

El artículo 71 de la Ley 50 de 1990, define la empresa de servicios temporales como aquella que contrata la prestación de servicios con terceros, a quienes colabora temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor de personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, frente a quienes ostenta la calidad de empleador. Por su parte, el artículo 73 *ibídem* establece que se denomina usuario a la persona natural o jurídica que contrata los servicios de la empresa de servicios temporales.

Ahora bien, el artículo 74 de la Ley 50 de 1990 define a los trabajadores en misión como aquellos a los que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. A su vez, el artículo 77 *ibídem* limita la contratación de empresas de servicios temporales únicamente a 03 eventos: ***i)*** cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias conforme el artículo 6 CST, ***ii)*** cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia o en incapacidad por enfermedad o maternidad y, ***iii)*** para atender incrementos en la

producción, transporte, ventas, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 06 meses prorrogable hasta por 06 meses más, plazo declarado exequible por la sentencia C-330 de 1995.

Sobre la figura del trabajador en misión, la H. CSJ ha señalado que las empresas de servicios temporales no se pueden instrumentalizar para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, por cuanto su finalidad es atender las actividades excepcionales y temporales señaladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y la infracción de dicha norma conlleva que el trabajador en misión se repute como trabajador directo de la usuaria, vinculado con contrato de trabajo a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que el real empleador tiene previsto a favor de sus asalariado, fungiendo la empresa de servicios temporales como un simple intermediario, tal y como indicó en las sentencias SL3520-2018, SL467-2019, SL2710-2019 y SL4330-2020, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio, de los elementos probatorios se acredita que el FNA usó de forma irregular, la figura del trabajador en misión para suplir, de manera permanente en el tiempo, las necesidades propias del giro de los negocios del **FONDO**, alejándose de la finalidad excepcional y limitada de dicho tipo de contratación.

En efecto, se acredita que **MONICA DIAZ DIAZ** celebró los siguientes contratos de trabajo con las empresas temporales **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.** y **SERVIOLA S.A.S.**:

Página – archivo	**#**	**Empresa de Servicios Temporales**	**Fecha inicio**	**Fecha terminación**
23 a 24 (18ContestacionDemanda20220608)	1	S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS	04/04/2016	10/07/2016
25 a 26 (18ContestacionDemanda20220608)	2	S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS	11/07/2016	21/08/2017

Página – archivo	#	Empresa de Servicios Temporales	Fecha inicio	Fecha terminación
27 a 28 (18ContestacionDemanda20220608)	3	S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS	22/08/2017	21/03/2018
29 a 30 (18ContestacionDemanda20220608)	4	S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS	22/03/2018	21/03/2019
30 a 31 (18ContestacionDemanda20220608)	5	S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS	22/03/2019	11/11/2019
27 a 30 (17ContestacionServiola20220060)	6	SERVIOLA S.A.S	12/11/2019	11/11/2020

Revisados todos los contratos antes relacionados, se advierte que **MONICA DIAZ DIAZ** siempre fue destinada a funciones del área comercial en el **FNA**, pese a que hubo cambio en la denominación del cargo, aspecto que fue corroborado por las testigos Blanca Deicy Pineda (*min.29:56, enlace archivo "29ActaFallo20230322*") y Luz Cuartas (*min.01:13:15, enlace archivo "29ActaFallo20230322*"), es decir, que fue vinculada para atender la demanda del área comercial en lo relacionado al estudio de créditos, comercialización de productos del fondo, cuentas de ahorro, crédito hipotecario, traslado de cesantías, entre otros, y su cargo estaba destinado para atender la demanda de productos y servicios de la entidad pública las cuales, en todo caso, corresponden a las actividades ordinarias y continuas del giro ordinario de sus negocios.

Así las cosas, si bien cinco de los contratos de trabajo suscritos entre la **DEMANDANTE** y las empresas de servicios temporales no superaron el periodo máximo de vigencia del trabajo temporal consagrado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la Sala no puede limitarse a un análisis reducido de las circunstancias sometidas a juicio, llamando la atención de como el **FNA** mantuvo, de forma sostenida en el tiempo, el disfrute del servicio de la trabajadora en misión para el desarrollo de las mismas funciones a lo largo de 04 años, en una actividad que no se puede considerar ocasional como lo

era toda la parte del área comercial, estudio de créditos, apertura de cuentas de ahorro y crédito hipotecario.

Resulta relevante considerar que la H. Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de analizar la conducta del **FNA** en el sucesivo requerimiento de trabajadores en misión a través de multitud de contratos de trabajo por medio de empresas de servicios temporales y en la sentencia SL4330 de 2020 concluyó que la primacía de la realidad sobre las formas permite concluir que dicha entidad acudió a vinculaciones defraudatorias a fin de exteriorizar la aparente pero falsa realidad de que nunca superó el término legal de vinculación del trabajador en misión para atender incrementos en la producción, para enmascarar el abuso de dicha figura por medio de relaciones de muchos años dirigidas al cumplimiento de actividades misionales y permanentes, con el único propósito de evadir la vinculación directa del trabajador en misión.

En efecto, en la precitada providencia se concluyó que la necesidad de la actividad contratada, su real duración a lo largo de años y la ausencia de variación en la labor demuestran, sin lugar a dudas, la instrumentalización de la figura de la empresa de servicios laborales para evadir derechos laborales, en un evidente fraude a la ley a través de intermediación ilegal pasando por alto que la figura del trabajador en misión es la de satisfacer una actividad excepcional y temporal a través de un tercero.

Acogiendo el precitado criterio jurisprudencial y aplicando la sanción descrita en las sentencias SL3520-2018, SL467-2019, SL2710-2019 y SL4330-2020, entre otras, que no es otra que declarar a la empresa usuaria real empleador ante el mal uso del trabajo temporal y observando la total ausencia de pruebas de que en efecto el **FNA** hubiera atravesado un incremento de los servicios que presta de forma temporal y constatado que se perduró por varios años la vinculación de la **DEMANDANTE** a través de maniobras engañosas, no

queda opción distinta que declarar la existencia de un único contrato de trabajo entre la **DEMANDANTE** y el **FNA**,

Ahora, se advierte que la Sala de Casación Laboral de la Corte Corporación ha reiterado que los jueces del trabajo deben procurar desentrañar de los medios probatorios los extremos temporales de la relación laboral, que se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular o conceder los derechos laborales o sociales que legalmente le correspondan al trabajador (CSJ SL rad. 25580 de 2006, SL42167 de 2012, SL905 de 2013 y SL14032 de 2016, entre otras). Por ello, fue desacertado el análisis realizado por el *a quo* pues, aunque en la parte motiva estableció la existencia del contrato de trabajo con el FNA, solo que, con un extremo temporal inicial diferente al reclamado en la acción, dicho aspecto en nada limitaba que hiciera el estudio de las pretensiones económicas puesto que los periodos establecidos se encontraban dentro del rango reclamado por la parte actora, siendo su obligación estudiar conceder los derechos laborales a que hubiera lugar.

En tal sentido, se revocará la sentencia y, en su lugar, se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre **MONICA DIAZ DIAZ** con el **FONDO NACIONAL DE AHORRO** desde el 04 de abril de 2016 hasta el 11 de noviembre de 2020.

Y pese a que la consecuencia de la declaratoria de contrato conllevaría a imponer responsabilidad solidaria a las empresas de servicios temporales, en aplicación del artículo 35 del CST, no fue una pretensión invocada en la demanda.

- **Sobre la aplicación de beneficios convencionales**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio conviene precisar que la convención colectiva de trabajo conforme el

artículo 467 del CST corresponde al acuerdo celebrado entre el empleador o asociaciones patronales y entre uno o más sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia.

A su vez, el artículo 469 del CST establece que la convención debe celebrarse por escrito y debe ser depositada necesariamente ante el Ministerio de Trabajo a más tardar dentro de los 15 días siguientes al de su firma so pena de no producir efectos. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la carencia de la nota de depósito impide asignar efectos jurídicos a la convención colectiva de trabajo aportada a juicio, salvo que no exista controversia entre las partes relativa a su validez, tal y como señaló en las sentencias de Rad. 37.572 del 22 de agosto de 2012, SL4792 de 2019, entre otras.

La misma Corporación ha sostenido que si bien las convenciones colectivas de trabajo se aportan como una prueba al proceso, ello no desdice su carácter de fuente formal del derecho y, por tanto, los jueces tienen el deber de interpretar sus enunciados normativos conforme a las máximas y principios de hermenéutica jurídica laboral, dentro de los cuales se encuentra el principio protector en sus modalidades de favorabilidad, *in dubio pro operario* y condición más beneficiosa, tal y como indicó en las sentencias SL4934-2017, SL1886-2020, SL131-2022, SL579-2023, entre otras.

Y aunque por disposición del artículo 471 del CST, cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de trabajadores de la empresa, los beneficios convencionales se aplican a los todos los trabajadores, estén o no sindicalizados, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha insistido en que son las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las llamadas a determinar el campo de aplicación del acuerdo convencional (CSJ SL4102-2020, SL2062-2021, SL3241-2021 y SL4089-2022), aspecto que se armoniza con lo señalado en el

Convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo, en especial el artículo 2°, incorporado a nuestra legislación según la Ley 524 de 1999.

Además, la misma Corte ha precisado que la declaración judicial de la existencia de una relación laboral implica que la persona debe beneficiarse de los derechos legales y extralegales a los que hubiese accedido de ser vinculado por contrato de trabajo, especialmente cuando las relaciones de empleo en la empresa se rigen por una convención colectiva de trabajo (CSJ SL rad. 33759 de 2009 y SL3436-2021).

En el presente asunto, la parte actora aportó Convención Colectiva de trabajo suscrita entre el **FONDO NACIONAL DE AHORRO** y su sindicato de trabajadores SINDEFONAHORRO el 08 de marzo de 2012 con la correspondiente constancia de depósito, cuya vigencia inicial fue para los años 2012 a 2014 (*pág. 20 a 48, archivo "05SubsanacionDemanda20210727*"). Al revisar su contenido, en el artículo 3° se estableció su campo de aplicación, cláusula que se encuentra vigente en la medida en que no se probó que existan acuerdos convencionales posteriores o que haya sido objeto de denuncia, por lo que su contenido conserva plena validez (artículo 478 del CST) (*pág. 7, archivo "1998-1999 almacafe-sintrafec*).

La referida norma convencional se encuentra redactada en los siguientes términos:

> *ARTICULO 3. – CAMPO DE APLICACIÓN. - La presente Convención Colectiva de Trabajo se aplicará a los trabajadores oficiales que laboral al servicio del Fondo Nacional del Ahorro…"*

Por tal motivo, en aplicación de dicha cláusula, para que **MONICA DIAZ DIAZ** pueda ser considerada beneficiaria de la convención colectiva de trabajo el único requisito que debió acreditar es haber celebrado contrato de trabajo con el **FONDO NACIONAL DE AHORRO**, sin que se exija la demostración de la afiliación al sindicato,

o el pago de las cuotas sindicales o si el sindicato es mayoritario o minoritario, pues la única condición para ser sujeto de la aplicación de lo convenido, es pertenecer a la empresa, lo que descarta la teoría del caso expuesta en la contestación por parte del FNA. Contrario *sensu*, para que dicha entidad se exonere de cualquier reconocimiento, debió demostrar que la trabajadora renunció expresamente a estos beneficios.

Pues bien, en el proceso ha quedado demostrado que la demandante fue trabajadora del **FONDO** demandado, 04 de abril de 2016 hasta el 11 de noviembre de 2020. Al revisar los demás medios de persuasión no hay constancia de que la actora haya renunciado expresamente a los beneficios de la convención colectiva. Además, se advierte que en este caso está vigente la convención colectiva de trabajo, no hay constancia de su denuncia o que se haya celebrado una convención diferente después del 31 de diciembre de 2014 y el hecho de que la trabajadora se haya incorporado con posterioridad a la celebración del acuerdo convencional y a su vigencia inicial no le impide, por regla general, acceder a las prestaciones que reconoce la norma convencional, puesto que no existe ningún condicionamiento con ese propósito.

Establecida la calidad de la demandante como beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, previo a revisar la procedencia de las acreencias laborales que le corresponden a la trabajadora con ocasión de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo y la aplicación a su favor de la norma convencional, es necesario estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, en concordancia con los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, disponen que las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben

transcurridos tres (3) años desde su exigibilidad, término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador.

Así las cosas, y dado que la demandante presentó reclamación administrativa la entidad pública el día 11 de diciembre de 2020 (*pág. 75 a 77, archivo "05. SubsanacionDemanda20210727*"), y la demanda fue presentada en reparto el 08 de abril de 2021 (*archivo "03Secuencia5175*"), los derechos laborales causados con anterioridad al 11 de diciembre de 2017 se encuentran prescritos.

- **Reajustes salariales**

Esta pretensión no tiene vocación de prosperidad en la medida en que el artículo 31 de la Convención Colectiva de Trabajo (*pág. 46, archivo "05Subsanacion20210727*") solo reguló el aumento salarial para los años 2013 y 2014, y la parte actora no acreditó cuál fue la tabla salarial que se aplicó a partir del año 2016, por lo que los salarios que se tendrán en cuenta para todos los efectos serán los cancelados por las empresas de servicios temporales.

Tampoco se acreditó una remuneración diferencial entre la demandante y otro trabajador del **FONDO NACIONAL DE AHORRO**, pues, aunque las testigos mencionaron que la accionante cumplía la misma función que Jesús Pérez, la calidad de la referida persona no quedó claramente determinada, menos su remuneración.

- **Subsidio de alimentación**

La cláusula convencional que contiene dicho beneficio se encuentra redactada en los siguientes términos:

> "*ARTÍCULO 24 – SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN*
>
> *A partir de la vigencia de la presente Convención, la Empresa reconocerá un subsidio mensual de alimentación, para los cargos que a 31 de diciembre de 2001 tenían una asignación básica mensual de hasta setecientos treinta mil setecientos dos pesos ($730.702) moneda corriente, una suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente. El valor reconocido en este artículo tendrá un factor*

salarial y prestacional equivalente al diez por ciento (10%) de la asignación básica mensual sin que en ningún momento supere el valor mensual de dicho subsidio.

En caso que el valor a pagar dé una suma resultante en cientos mayor a quinientos un peso ($501.oo) ésta se aproximará al mil siguiente y en caso de resultar igual o menor a quinientos pesos ($500.oo), se aproximará al mil anterior." (*pág. 42, archivo "05Subsanacion20210727*").

Teniendo en cuenta que el artículo 24 Convencional dispone el reconocimiento de un subsidio de alimentación para aquellos trabajadores vinculados a 31 de diciembre de 2001 (*pág. 42, archivo "05Subsanacion20210727*"), no es posible impartir condena alguna por este concepto en la medida en que **MONICA DIAZ DIAZ** comenzó a prestar sus servicios al FNA a partir del año 2016.

- **Prima técnica**

La prima técnica convencional se regula así:

"*ARTÍCULO 25 – PRIMAS AUXILIO Y BONIFICACIONES*

(…) C. Prima técnica: El Fondo Nacional del Ahorro ha venido reconociendo y pagando este emolumento a los funcionarios que reunieron los requisitos de Ley. La empresa Fondo Nacional del Ahorro continuará pagándola mensualmente, en los mismos porcentajes que lo ha hecho, a todos los trabajadores del FNA, que en la actualidad lo poseen". (pág. 43, archivo "05Subsanacion20210727")

Conforme con la literalidad de esta cláusula convencional su pago sólo es procedente para aquellos trabajadores que estaban vinculados con contrato de trabajo al momento en que se firmó la convención colectiva (08 de marzo de 2012), circunstancia que no ocurre en el presente asunto en la medida en que la demandante se vinculó con el FNA en el año 2016. Además, la norma no precisa la forma de su cuantificación.

- **Prima de servicios**

"ARTÍCULO 25 – PRIMAS AUXILIO Y BONIFICACIONES

(…) D. Prima de servicios: El Fondo Nacional del Ahorro ha venido pagando a todos sus trabajadores en la primera quincena de junio de cada año una prima de servicios que corresponde a quince

(15) días de salario, por el periodo laborado del primero (1o) de enero al treinta (30) de junio de cada año, equivalente a seis doceavas parte del salario, entendido por tal el integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, incremento por antigüedad, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta el 10% de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, y todo aquello que la Ley determina. La empresa Fondo Nacional de Ahorro continuará reconociendo y pagando esta Prima de Servicios a todos sus trabajadores; en caso de no haber laborado el periodo completo se reconocerá y pagará proporcionalmente".

En este caso es procedente su reconocimiento y el único factor salarial a tener en cuenta es la asignación básica mensual, la cual se constata en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (*pág. 61 a 72, archivo "05Subsanacion20210727*"), por lo que al realizar la respectiva operación y descontando los valores pagados por este concepto por parte de las empresas de servicios temporales, no existe ninguna diferencia a favor de la accionante, según la siguiente tabla:

PRIMA DE SERVICIOS CONVENCIONAL			
Año	**Prima Junio**	**Valor pagado**	**Diferencia**
2016	Prescrita		
2017	Prescrita		
2018	$ 2.214.000	$ 2.119.000	$ 95.000
2019	$ 2.280.000	$ 2.144.617	$ 135.383
2020	$ 1.027.818	$ 1.892.971	-$ 865.154
Total	**$5.521.818**	**$6.156.588**	**$ -**

- **Prima extraordinaria convencional**

"ARTÍCULO 25 – PRIMAS AUXILIO Y BONIFICACIONES

(…) E. Prima Extraordinaria: El Fondo Nacional del Ahorro ha venido reconociendo una prima extraordinaria a todos sus trabajadores en el mes de diciembre de cada año, consistente en 15 días de salario, por el periodo laborado del primero (1o) de julio al treinta (30) de diciembre de cada año, equivalentes a seis doceavas de salario, entendido por tal el integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, incremento por antigüedad, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta el 10% de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, y todo aquello que la Ley determina. La Empresa Fondo Nacional del Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta misma Prima Extraordinaria a todos sus trabajadores en las mismas condiciones. En

caso de no haber laborado el periodo completo se reconocerá y pagará proporcionalmente. (pág. 43, archivo "05Subsanacion20210727").

En los términos de la norma convencional, se reconocerá a favor de la trabajadora por prima extraordinaria quince (15) días de salario, equivalente a seis doceavas partes del salario devengado en diciembre de cada año y para el año 2020 se toma en consideración el salario de noviembre de esa anualidad y se calcula la fracción, por lo cual le corresponde a la demandante la suma de $7.790.264, así:

PRIMA EXTRAORDINARIA CONVENCIONAL		
Año	**Salario**	**Prima extraordinaria**
2016	Prescrita	
2017	$ 3.960.000	$ 1.980.000
2018	$ 4.076.200	$ 2.038.100
2019	$ 4.118.270	$ 2.059.135
2020	$ 4.111.270	$ 1.713.029
Total		**$7.790.264**

- **Prima de vacaciones convencional, estimulo de recreación y bonificación especial de recreación.**

Estas prestaciones convencionales se encuentran redactadas en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 25 – PRIMAS AUXILIO Y BONIFICACIONES

(…) F.- Prima de Vacaciones: El Fondo Nacional de Ahorro de acuerdo a la Ley ha venido reconociendo a todos sus trabajadores, una Prima de Vacaciones consistente en quince (15) días de salario, entendido por tal el integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, incremento por antigüedad, prima técnica, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta un 10% de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, 1/12 de la prima de servicios y de la extraordinaria, y todo aquello que la ley determina, por cada año de servicio, prima que se paga dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación de las vacaciones. La Empresa Fondo Nacional de Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta Prima de Vacaciones a los Trabajadores que tengan derecho a la misma, igualmente habrá lugar a esta prima de vacaciones cuando se reconozcan las vacaciones en dinero.

G.- Estímulo de Recreación: El Fondo Nacional de Ahorro ha venido reconociendo y pagando a sus trabajadores un estímulo de

recreación consistente en diez (10) días de salario, a la fecha en que se le liquiden y paguen sus vacaciones, entendiendo por salario el integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, incremento por antigüedad, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta un 10% de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, prima técnica, 1/12 de la prima de servicios y de la extraordinaria, y todo aquello que la Ley determina. La Empresa Fondo Nacional de Ahorro seguirá reconociendo y pagando este estímulo de recreación por cada período causado de vacaciones, a los trabajadores que salgan a disfrutar de sus vacaciones o le sean reconocidas en dinero.

J. Bonificación especial de recreación: El Fondo Nacional del Ahorro pagará una Bonificación Especial de Recreación en cuantía de tres (3) días de la asignación básica a todos los trabajadores que adquieren el derecho de vacaciones. La empresa Fondo Nacional del Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta Bonificación Especial por Recreación, a todos los trabajadores dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de vacaciones. Igualmente habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se reconozcan en dinero". (pág. 44, archivo "05Subsanacion20210727").

Por ende, independiente que la demandante haya o no disfrutado de sus vacaciones o que las mismas fueran compensadas en dinero, su calidad de trabajadora del FNA la hace beneficiaria de estas prestaciones, por cada periodo causado, así:

PRIMA DE VACACIONES, ESTÍMULO A LA RECREACIÓN Y BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN								
Año	**Desde**	**Hasta**	**Asignación básica**	**1/12 prima de servicios**	**1/12 prima extraordinaria**	**Prima de vacaciones**	**Estímulo a la educación**	**Bonificación especial de recreación**
2017	4/04/2016	3/04/2017	Prescrita					
2018	4/04/2017	3/04/2018	$5.160.000	$ -	$165.000	$2.662.500	$1.775.000	$516.000
2019	4/04/2018	3/04/2019	$3.960.000	$184.500	$169.842	$2.157.171	$1.438.114	$396.000
2020	4/04/2019	3/04/2020	$4.111.271	$85.651	$171.595	$2.184.259	$1.456.172	$411.127
Total						**7.003.929**	**$4.669.286**	**$1.323.127**

- **Prima de navidad**

"ARTÍCULO 25 – PRIMAS AUXILIO Y BONIFICACIONES

(…) H. Prima de navidad: De acuerdo a la ley, el Fondo Nacional del Ahorro ha venido reconociendo y pagando a todos sus funcionarios, una prima de navidad equivalente a un mes de salario, entendido por tal el integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual,

correspondiente al cargo desempeñado al 30 de noviembre de cada año, incremento por antigüedad, prima técnica, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta un 10% de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, una doceava de la prima de servicios y de la extraordinaria, 1/12 de la prima de vacaciones y todo aquello que la ley determina, prima esta que se paga en la primera quincena del mes de diciembre. La empresa Fondo Nacional del Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta prima de navidad a sus trabajadores, en caso de no haber laborado el periodo completo se reconocerá y pagará proporcionalmente. (pág. 44, archivo "05Subsanacion20210727").

Según la Convención Colectiva, el FNA reconoce a cada trabajador una prima de navidad equivalente a un mes de salario, por cada año de servicio, teniendo en cuenta el salario devengado a 30 de noviembre de cada año, o de forma proporcional, según el tiempo de servicio a esa fecha, por lo que se condenará al FNA a pagar a la demandante la suma de **$14.297.640**, en los siguientes términos:

PRIMA DE NAVIDAD CONVENCIONAL					
Año	**Asignación básica**	**1/12 prima de servicios**	**1/12 prima extraordinaria**	**1/12 prima de vacaciones**	**Prima de navidad**
2016	Prescrita				
2017	$3.960.000		$165.000	Prescrita	$4.125.000
2018	$4.698.800	$184.500	$169.842	$221.875	$5.275.017
2019	$4.460.613	$85.651	$171.595	$179.764	$4.897.623
2020	No se causó				
Total					**$14.297.640**

- **Bonificación por servicios prestados**

"ARTÍCULO 25 – PRIMAS AUXILIO Y BONIFICACIONES

(…) Bonificación por servicios prestados: El Fondo Nacional del Ahorro ha venido reconociendo y pagando a sus trabajadores, una Bonificación por Servicios Prestados, equivalente al 50% o 35% del valor resultante de la suma de la asignación básica más los incrementos por antigüedad y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, dependiendo de los niveles establecidos en el decreto de incremento salarial para empleados públicos, siempre y cuando el trabajador cumpla un año de labores en la Entidad. La empresa Fondo Nacional del Ahorro seguirá reconociendo y pagando la Bonificación por Servicios Prestados a todos sus trabajadores" (*pág. 44 y 45, archivo "05Subsanacion20210727*").

Teniendo en cuenta que la demandante no acreditó la forma de su cuantificación dado el condicionamiento a los niveles establecidos en el decreto de incremento salarial para empleados públicos, siendo su carga probatoria, no es posible impartir condena por este concepto.

- **Cesantías y sanción por su no consignación**

Se reclama el pago de las cesantías por la totalidad del tiempo servido, bajo los requisitos del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y normas complementarias. Al respecto, ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que el citado Decreto rige para los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas de orden nacional, más no para las empresas industriales y comerciales del estado (CSJ SL rad. 22.027 de 2004, SL rad. 39.202 de 2013), como es el caso del **FONDO NACIONAL DE AHORRO** (Ley 432 de 1998). Por tal motivo, no es procedente su reconocimiento, en los términos reclamados, más aún cuando se acreditó en el juicio que las empresas de servicios temporales le pagaron este concepto a la trabajadora y tampoco se reclamó el pago de sus diferencias.

Y frente a la sanción por la no consignación de las cesantías prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dicha sanción está contemplada para quienes se desempeñan en el sector privado y no aplica a los trabajadores oficiales, así lo expresó la Sala de Casación Laboral de la CSJ en las sentencias CSJ SL2051-2017, CSJ SL4771-2021 y CSJ SL2614-2021, entre otras.

- **Indemnización por despido sin justa causa convencional**

Ante la declaratoria de existencia de una vinculación contractual laboral con el **FONDO NACIONAL DE AHORRO**, en las que las EST fungieron como simples intermediarias, se entiende que la vinculación de la trabajadora debió ser mediante contrato de trabajo a término

indefinido, por lo que surge procedente la indemnización por despido sin justa causa.

Atendiendo que el contrato de trabajo que existió entre la demandante y el FNA estuvo vigente de 04 de abril de 2016 al 11 de noviembre de 2020, en total 1.658 días, y que la remuneración final de la accionante fue de $4´111.270, resulta aplicable la tabla indemnizatoria prevista en el artículo 10° de la norma convencional, donde se excluyó la aplicación del plazo presuntivo (51 Decreto 2127 de 1945):

"…. b. *Si el trabajador tuviere más de un año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año y quince (15) días de salario por cada uno de los de servicio adicionales al primero, y propiciamente por fracción…*"

En consecuencia, el **FONDO** demandado deberá pagar a la actora la suma de **$13´578.611.19** por concepto de indemnización por despido convencional, calculado de la siguiente manera:

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO CONVENCIONAL			
Desde	**Hasta**	**Días**	**Salario diario**
4/04/2016	3/04/2017	45	$ 137.042
4/04/2017	3/04/2018	15	
4/04/2018	3/04/2019	15	
4/04/2019	3/04/2020	15	
4/04/2020	11/11/2020	9,08	
TOTAL		**99,08**	**$ 13.578.611,19**

- **Sobre la Indemnización moratoria**

Conforme con la declaratoria de contrato de trabajo, el FNA adeuda a la **DEMANDANTE** prima extraordinaria, prima de vacaciones, estimulo de recreación, bonificación especial de recreación, prima de navidad e indemnización por despido injusto, lo cual permite el disfrute de los derechos convencionales ordenados.

Así las cosas, la H. CSJ ha concluido que la sanción moratoria consagrada en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 no es de imposición automática, por cuanto debe analizarse el móvil subjetivo del empleador al momento de incurrir en la mora para establecer si hay razones justificativas atendibles que permitan inferir la buena fe del moroso, tal y como se indicó en las sentencias SL Rad 39.186 del 08 de mayo de 2012, SL8216-2016, SL16884-2016, SL694-2019, SL4330-2020, entre otras.

En el caso particular, advierte la Sala que no existe elemento de prueba que permita inferir que el FNA, durante los 04 años de duración de las distintas vinculaciones de la DEMANDANTE en el desarrollo de actividades misionales permanentes, haya actuado de buena fe, todo lo contrario, se evidencia que mediante la tergiversación de la figura del trabajador en misión pretendió eludir la vinculación directa del trabajador, desconociendo en la realidad la finalidad y término máximo de vigencia de dicha figura conforme el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006.

En consecuencia, esta Sala comparte la posición de la H. CSJ en la sentencia SL4330-2020, en la cual se analizó si el FNA actuó de buena fe en un caso similar al aquí analizado, oportunidad en la que la Alta Corte concluyó:

"(…) Nótese que para el juzgador no era creíble que el FNA no se percatase de la ilicitud de su conducta; por el contrario, señaló que la evidencia recopilada llevaba a pensar que actuó con ánimo torticero y pleno conocimiento de tal irregularidad, pues solo así se explicaba que el actor fuera vinculado en 8 ocasiones, para la misma labor, mediante contratos de duración de obra, que se prolongaron más de 6 años y 28 días y que entre cada contrato trascurriera un mínimo o ningún margen de espera para celebrar el siguiente, siendo evidente que lo que se pretendía era dar una fachada de legalidad y «burlar la necesidad de las funciones y su permanencia en el tiempo», especialmente si se tiene en cuenta que el actor laboró de manera continua.

Todo este abuso sistemático y prolongado de la figura del servicio temporal demostró que el FNA no actuó desprevenidamente, sino que su intención fue la de encubrir una necesidad permanente en el desarrollo

de sus actividades bajo la apariencia de la temporalidad, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales del demandante. Esta instrumentalización de una figura legítima para esconder y llevar a lo más recóndito verdaderas relaciones de trabajo directas con los empleados, constituye un fraude a la ley, circunstancias a partir de las cuales el juzgador descartó un actuar de buena fe.

Tal inferencia, no se desvirtúa por el hecho de que el FNA estuviera en imposibilidad de ampliar su planta de personal, (…)"

Así las cosas, se condenará al FNA al pago de la indemnización moratoria equivalente al último salario diario devengado, fijado en la suma de $137.042, por cada día de mora en el pago de las acreencias reconocidas (SL986-2019, SL4537-2019, SL3397-2020).

Es preciso advertir que conforme el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado por el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, el computo de la indemnización moratoria inicia tras el vencimiento del plazo de gracia de 90 días calendario siguientes a la terminación del contrato de trabajo, contado día a día, periodo que inició el 12 de noviembre de 2020 y finalizó el 11 de febrero de 2021, por ende, la liquidación de la indemnización moratoria inicia desde el 12 de febrero de 2021.

Como la indemnización moratoria contrarresta la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el tiempo, no resulta viable la indexación de las condenas.

Y finalmente, las demás excepciones planteadas por las demandadas no encuentran prosperidad dado el resultado del estudio del derecho en litigio.

Sin costas en la segunda instancia. Las de primera instancia estarán a cargo del **FONDO NACIONAL DE AHORRO** y deberán ser tasadas por el *a quo*.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre **MONICA DIAZ DIAZ**, como trabajadora, y el **FONDO NACIONAL DE AHORRO**, como empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el día 04 de abril de 2016 hasta el 11 de noviembre de 2020, periodo en el cual las empresas **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.** y **SERVIOLA S.A.S**. actuaron como simples intermediarias, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR al **FONDO NACIONAL DE AHORRO** a pagar a la demandante **MONICA DIAZ DIAZ**, las siguientes sumas de dinero:

a. Prima extraordinaria convencional: **$7.790.264.**
b. Prima de vacaciones convencional: **$7.003.929.**
c. Estímulo a la educación: **$4.669.286.**
d. Bonificación especial de recreación: **$1.323.127.**
e. Prima de navidad: **$14.297.640.**
f. Indemnización por despido sin justa causa convencional: **$13.578.611.19.**
g. Indemnización moratoria: **$137.042** diarios a partir del 12 de febrero de 2021 y hasta cuando se haga efectivo el pago de las condenas, conforme la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia**.**

QUINTO: ABSOLVER al **FONDO NACIONAL DE AHORRO** de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: SIN COSTAS en segunda instancia. Las de primera instancia estarán a cargo del **FONDO NACIONAL DE AHORRO**. Tásense.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento parcial de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

DEMANDANTE: MONICA DIAZ DIAZ
DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO
RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2021 00164 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

De manera respetuosa presentó salvamento parcial de voto respecto de la decisión de imponer la sanción moratoria por no pago por las siguientes razones:

Respecto de la indemnización moratoria, punto de apelación, lo primero que se ha de indicar es que la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que para imponer dicha sanción se debe estudiar si el actuar el empleador fue carente o no de buena fe.

En el presente caso, no se desconoce que el Fondo incumplió con la previsión legal de que no se puede contratar los servicios de las empresas temporales para una misma actividad por el término superior a un año, de conformidad con el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006. Pero tampoco se puede desconocer en este proceso que las entidades públicas no pueden a su arbitrio aumentar la planta de personal y que dado el aumento de productividad de la entidad fue menester la contratación de dicho personal como se puede constatar en los diferentes informes de gestión que se refieren a dicho incremento año a año que obran en el expediente a folios 93 y siguientes.

La anterior circunstancia hace que se desvirtúe un actuar carente de buena fe por parte de la entidad que por Ley está obligada a cumplir las funciones asignadas y atender a sus usuarios cumpliendo los principios de la función pública.

Si bien no se desconoce el precedente contenido en la sentencia SL4330-2020, se debe señalar que en el presente proceso obra los informes de gestión que permite colegir que para el cumplimiento de ese incremento se requería personal de apoyo que por demás el de planta fue disminuido en el año 2005.

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38-2022-00371-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última contra el fallo del 28 de junio de 2023, declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó a las demandadas adelantar las gestiones administrativas y financieras para que la demandante retorne al RPM y devolver el saldo de la CAI debidamente indexado, ordenó a **COLPENSIONES** a que una vez normalizada la historia laboral de la demandante realice el estudio de la pensión de vejez y condenó en costas a **PORVENIR** (min. 1:15:17 archivo *"23ActaSentencia20230608"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 17 archivo "*01DemandaOrdinaria20220829*").**

DAISY ESTHER MIRANDA MEZA solicitó declarar nula e ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI sin descuentos, reactivar su afiliación en el RPM, reconocer y pagar la pensión de vejez, intereses moratorios, o subsidiariamente, el pago de indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 09 de febrero de 1956; que se afilió al ISS desde el 16 de junio de 1984, donde acumuló un total de 105.71 semanas; que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el 12 de agosto de 1997, cuando contaba con 41 años de edad, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría parcializada. Aseguró que elevó ante **COLPENSIONES** solicitudes de reconocimiento de pensión de vejez y traslado al RPM, peticiones que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos los hechos de la demanda y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (Pág. 2 a 18 archivo "*09EscritoDeContestacionDEDemandaPorvenir20221202*").

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante. Indicó que el acto jurídico de afiliación se realizó completamente libre, siendo este totalmente valido y eficaz, formulando así las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica. (pág. 3 a la 30 archivo *"10EscritoDeContestacionDeDemandaProteccion20221207").*

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos e invocó las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vivía el consentimiento, prescripción, cobro de lo

no debido, buena fe e innominada o genérica (Pág. 3 a 27 archivo "*13EscritoDeContestacionDeDemandaColpensiones20230113*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:15:17 *archivo "23ActaSentencia20230608"*).

El 28 de junio de 2023, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia de la afiliación verificada por la señora DAISY ESTER MIRANDA MESA con destino a la AFP PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación del 12 de agosto de 1997. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.* ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con la totalidad de los recursos girados por cuenta de la actora con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculada a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico que corresponde al valor de los recursos girados mensualmente con destino al RAIS por cuenta de la actora igual al valor indexado, debiéndose tomar como índice inicial el del mes en que se verificó el giro de recursos integrales correspondientes, y como índice final el del momento que se efectué el traslado de los mismos con destino al RPM. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar tal procedimiento, resaltándose que el pago respectivo, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, deberán ser sufragados con cargo a los recursos propios con de las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en proporción al tiempo en que la accionante estuvo afiliada la demandante a cada una de estas administradoras, sin lugar de descuento alguno. Lo anterior, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que en el evento de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, por anotado en la parte considerativa.* ***TERCERO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES que, una vez normalizada la historia laboral de la demandante DAISY ESTER MIRANDA MESA, proceda a hacer el estudio correspondiente con el fin reconocerle, liquidarle y pagarle la pensión de vejez, a que tiene*

derecho, en el marco de las previsiones del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003, fijando la prestación en los términos de lo establecido en el artículo 34 de la misma normatividad y con base en el artículo 21 ibídem para efectos de determinar el ingreso base de liquidación; y a pagarle las mesadas pensionales que se hayan causado y no se encuentren afectadas por el fenómeno de la prescripción, a partir del momento del retiro del sistema o a partir del retiro servicio y en todo caso, a partir del mes siguiente a aquel en que se verifique la última cotización por cuenta de la actora, debiendo sufragar las respectivas mesadas debidamente indexadas tomando para el efecto el IPC que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, de acuerdo con la fórmula, índice final sobre índice inicial por valor histórico que corresponde al valor de la mesa pensional a la que tiene derecho la demandante igual al valor indexado, debiéndose tomar como índice inicial el del mes de causación de la respectiva mesada pensional indexada no prescrita y como índice final el de la fecha en que se verifique el pago por parte de COLPENSIONES. Autorizando a COLPENSIONES a descontar del retroactivo de mesadas pensionales indexadas no prescritas, en el porcentaje que en derecho corresponda, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud. ***CUARTO: EXCEPCIONES*** *Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.* ***QUINTO: COSTAS****. Lo serán a cargo de la demandada A.F.P. PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1´000.000, en favor de la demandante.* ***SEXTO:*** *Si no fuere apelada la presente sentencia consúltese con el Superior. (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia de los traslados al RAIS que realizó el demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a COLPENSIONES en el RPM; y si hay lugar al reconociendo de la pensión de vejez.

Para resolver, indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, y teniendo en cuenta el caso en concreto, no se cumplió con el deber de información desde la institución de la ineficacia, siendo esta la consecuencia jurídica ya que la afiliación no ha sido consentida de manera informada, por lo que para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho a la accionante en su deber de información, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna nulo e ineficaz. Con respecto a la solicitud

de reconocimiento pensional, señaló que la demandante no cumple con los presupuestos del artículo 36 de la ley 100 de 1993 para estimar que sea beneficiaria del régimen de transición, por lo que el análisis debe realizarse bajo los parámetros del artículo 33 *ibídem,* modificado por la ley 797 de 2003, que para el caso requiere 57 años de edad y 1.300 semanas cotizadas, presupuestos que la demandante sí cumple, por lo que ordena a **COLPENSIONES** que una vez normalizada la historia laboral de la accionante, proceda a hacer el estudio de la prestación pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpone recurso, respecto a que se declare nulo el fallo, argumentando que la **DEMANDANTE** realizó su afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, lo cual afirma en el interrogatorio de parte. Pide sea revocada la sentencia de primera instancia. (min. 1:35:45 *archivo "23ActaSentencia20230608")*

PORVENIR S.A. interpone recurso parcial, respecto a los pagos administrativos, argumentado que los rendimientos y aportes fueron remitidos a **PROTECCIÓN S.A.** Solicita la revocatoria de sentencia de primera instancia y sea tenida en cuenta la figura de prescripción (min. 1:37:48 *archivo "23ActaSentencia20230608").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el termino de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, el apoderado especial de la parte **DEMANDANTE** solicita se proceda a confirmar el fallo de primera instancia.

A su turno, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la ley 797 de 2003.

Por último, el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.**, en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo y absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la condena a la AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante la permanencia de la afiliada, conforme a los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **DAISY ESTHER MIRANDA MEZA** nació el 09 de febrero de 1956 (Pág. 22 archivo "*01DemandaOrdinaria20220829*"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS el 16 de junio de 1984, en donde acumuló 218 semanas de cotización (Pág. 64 a 72 archivo

"*13EscritoDeContestacionDeDemandaColpensiones20230113*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A** a través de formulario de vinculación del 12 de agosto de 1997 (Pág. 29 archivo *"01DemandaOrdinaria20220829"*), efectivo a partir del 01 de octubre de 1997, luego se trasladó a **PROTECCIÓN**, mediante formulario de afiliación No. 5277568 del 12 de septiembre de 2000, efectivo a partir del 01 de noviembre de 2000, AFP en donde se encuentra actualmente vinculada y cuenta con 1.429,43 semanas cotizadas a diciembre de 2022 (Pág. 39 a 84 archivo *"10EscritoDeContestacionDeDemandaProtección"*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó a las demandadas adelantar las gestiones administrativas y financieras para que la demandante retorne al RPM y devolver el saldo de la CAI debidamente indexado, ordenó a **COLPENSIONES** a que una vez normalizada la historia laboral de la demandante realice el estudio de la pensión de vejez y condenó en costas a **PORVENIR.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo milita en el expediente el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **PROTECCIÓN** que no probó el deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque siempre se le aseguró que el ISS estaba en riesgo de desaparecer y que tendría las mismas condiciones en el RAIS a las que tenía en el RPM, pero que con más beneficios, manifestación que no beneficia a las demandadas, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo

obligación de las AFP accionadas acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las **AFP DEMANDADAS** deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADAS** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual

reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del

traslado realizado por la demandante **DAISY ESTER MIRANDA MESA** con **PORVENIR S.A.** a través de formulario de vinculación del 12 de agosto de 1997, efectivo a partir del 01 de octubre de 1997, así como del posterior traslado horizontal a **PROTECCIÓN**, mediante formulario de afiliación No. 5277568 del 12 de septiembre de 2000, efectivo a partir del 01 de noviembre de 2000.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. Asimismo, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** deberán devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

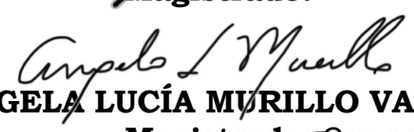
SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme

el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DAISY ESTHER MIRANDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2022 00371 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.41-2021-00449-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 06 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la demandada al pago del retroactivo pensional causado entre el 16 de abril de 2019 al 30 de septiembre de 2019, junto con intereses moratorios y costas procesales *(min. 15:47, archivo "38GrabacionAudiencia")*.

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

JOSE ORLANDO GOMEZ CASASBUENAS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se condene al pago del retroactivo de la pensión de vejez a partir del 16 de abril de 2019 hasta el 30 de septiembre de 2019, junto con intereses moratorios, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico indicó que cotizó al ISS hoy **COLPENSIONES** un total de 1.436 semanas hasta el 31 de agosto de

2018 y cumplió 62 años de edad el 16 de abril de 2019; que el 21 de junio de 2019 solicitó la pensión de vejez, prestación que fue reconocida por **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB271657 del 02 de octubre de 2019, a partir del 1° de octubre de 2019; sin embargo, que al realizar cotizaciones efectivas hasta el 31 de agosto de 2018, reclamó el pago del retroactivo pensional en escrito del 17 de diciembre de 2020, petición que fue negada a través de la Resolución SUB25950 del 04 de febrero de 2021, bajo el argumento de que no aparece la novedad de retiro (*pág. 2 a 5, archivo "01EscritoDemanda*").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó todos los hechos, salvo el relacionado en el numeral 9° del acápite respectivo de la demanda, sobre la fecha del disfrute de la pensión de vejez, y propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación*; buena fe; prescripción; imposibilidad de condena en costas; cobro de lo no debido; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, indexación o reajuste alguno; compensación y la innominada o genérica (*pág. 4 a 12, archivo "09ContestacionDemandaColpensiones").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 15:47, archivo "38GrabacionAudiencia")

El 06 de junio de 2023, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(…) ***PRIMERO: CONDENAR*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante JOSÉ ORLANDO GÓMEZ CASASBUENAS la suma de $14.948.367, por concepto del retroactivo pensional causado entre el 16 de abril de 2019 y el 30 de septiembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante JOSÉ ORLANDO GÓMEZ CASASBUENAS los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 22 de octubre de 2019 y hasta cuando se efectué el pago del retroactivo pensional objeto de condena. Así mismo, se autoriza a COLPENSIONES a descontarse los aportes a salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, del retroactivo reconocido.*

TERCERO: CONDENAR *en costas, incluidas las agencias en derecho, a COLPENSIONES en la suma única de $1.160.000 y a favor del demandante.* ***CUARTO: ABSOLVER*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES de las demás pretensiones elevadas por el demandante JOSÉ ORLANDO GÓMEZ CASASBUENAS.* ***QUINTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones invocadas por la parte demandada.* ***SEXTO: REMITIR*** *copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.* ***SÉPTIMO:*** *En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones (…).*

Como sustento de la decisión el Juez indicó que no hubo discusión en la calidad de pensionado del demandante, el régimen aplicable y el valor de la mesada pensional; precisó que **JOSE ORLANDO GOMEZ CASASBUENAS** efectuó cotizaciones hasta el 31 de agosto de 2018, sin que se haya reportado la novedad de retiro, por lo que debía entenderse que su intención fue la acceder a dicha prestación económica a partir del cumplimiento de los 62 años edad, es decir, desde el 16 de abril de 2019, según la postura de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1810 de 2020, motivo por el cual concluyó que era viable el pago del retroactivo pensional, junto con los correspondientes intereses moratorios a partir del 22 de octubre de 2019.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que el demandante no tiene derecho a que se le reconozca y pague el retroactivo pensional puesto que no se evidencia reporte de novedad de retiro en la historia laboral a través de su empleador, Estudios Inversiones Médicas S.A., ya que no se suspendió de manera definitiva las cotizaciones con posterioridad a ese periodo; que se debe tener en cuenta la sentencia T 626 de 2014 de la Corte Constitucional, sobre la fecha del disfrute del derecho pensional; que la entidad se encuentra en una imposibilidad jurídica de llevar a cabo reconocimiento y pago de la prestación pensional toda vez que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, mediante sentencia 13425 el 24 de marzo del 2000 expresó que el requisito de la desafiliación debe exigirse, porque

con él se pone límite al ejercicio del derecho de cotizar, y que en este caso el actor aún se encuentra vinculado laboralmente con la empresa empleadora, no se ha reportado la novedad de retiro y continuó cotizando para pensión como dependiente de la misma empresa para los periodos de abril a septiembre del 2019, es decir, no suspendió de manera definitiva sus contribuciones al sistema pensional, por lo que considera que la fecha de disfrute pensional es a partir del 1° de octubre del 2019, es a decir, a corte de nómina (*min. 15:47, archivo "38GrabacionAudiencia")*.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia. No hubo pronunciamiento de **COLPENSIONES**.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **JOSE ORLANDO GOMEZ CASASBUENAS** tiene derecho al reconocimiento y pago del

retroactivo pensional desde el 16 de abril de 2019 hasta el 30 de septiembre de 2019, junto con intereses moratorios.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **JOSE ORLANDO GOMEZ CASASBUENAS** nació el 16 de abril de 1957 (*archivo "GEN-DDI-AF-2019_12979966-20190925041417", carpeta "11.1ExpedienteAdministrativo*") y cotizó un total de 1.436 semanas *(archivo "GEN-REQ-IN-2019_8384616-20190928073303", carpeta "11.1ExpedienteAdministrativo"); **ii)*** el demandante presentó solicitud de reconocimiento pensional el 21 de junio de 2019 *(pág. 13, archivo "01EscritoDemanda"); **iii)*** **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB271657 del 02 de octubre de 2019 reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2019, en cuantía de $2.717.885 (*pág. 13 a 20, archivo "01EscritoDemanda"),* decisión contra la cual el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos de manera desfavorable en resoluciones SUB347505 de 18 de diciembre de 2019 y DPE18354 del 03 de febrero de 2020, y posteriormente el 17 de diciembre de 2020 elevó solicitud de revocatoria directa, petición que fue negada en Resolución SUB25950 de 04 de febrero de 2021 *(pág. 38 a 46, archivo "01EscritoDemanda");*

- **Sobre la fecha de disfrute del derecho pensional**

Por regla general la pensión de vejez debe pagarse a partir del día siguiente a la fecha del retiro del sistema pensional, en cumplimiento del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ante situaciones especiales y excepcionales, que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema, esto es, que se pueda reconocer a partir de la calenda en que se cumplió con los requisitos que la ley exige para acceder a esta, aunque no se hubiera reportado la desafiliación, como cuando se demuestra que la verdadera voluntad

del trabajador era la de retirarse del sistema, sin que así lo hubiera podido hacer, o porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez, o por la actitud asumida por la administradora de pensiones al no reconocer la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de requisitos *(SL2662 de 2020, SL 2607 de 2021, SL2061-2021 y SL 414 de 2022).*

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio y conforme con la documental incorporada en el expediente, se tiene que **JOSE ORLANDO GOMEZ CASASBUENAS** adquirió su estatus pensional el 16 de abril de 2019, en virtud de la Ley 797 de 2003, fecha para la cual cumplió 62 años de edad y tenía reportadas más de 1.300 semanas cotizadas al sistema pensional (*pág. 21 a 34, archivo "01EscritoDemanda*"), aspecto que fue reconocido por **COLPENSIONES** en la Resolución SUB271657 del 02 de octubre de 2019 (*pág. 13 a 20, archivo "01EscritoDemanda").* Igualmente, la última cotización que se acreditó en el plenario fue la correspondiente al periodo agosto de 2018, teniendo como empleador a la empresa Estudios e Inversiones Medicas S.A. ESIMED. (*pág. 24, archivo "01EscritoDemanda*").

Por lo anterior, en aplicación del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, incorporado al Sistema General de Pensiones, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en principio si bien la pensión se causó en el año 2019 (16 de abril) tan solo su disfrute podía materializarse desde el momento de la desafiliación de dicho Sistema, caso en el cual no se podía disponer cuestión diferente.

Sin embargo, no se puede olvidar que el demandante **JOSE ORLANDO GOMEZ CASASBUENAS** presentó su primera solicitud pensional el 21 de junio de 2019, fecha para la cual ya tenía cumplido los requisitos para ser beneficiario de la prestación por vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que se debe corroborar su situación particular para determinar si se aplica el citado

precedente jurisprudencial que le permita acceder a la prestación en una fecha diferente a la establecida en el citado Acuerdo.

Al respecto, encuentra la Sala que el demandante a pesar de que su empleador le reportó el último periodo cotizado para agosto de 2018, la vinculación laboral subordinada tan solo cesó el 07 de junio de 2019, por renuncia voluntaria, conforme con certificación expedida por la empresa ESIMED el 18 de julio de 2019 que reposa en el expediente administrativo allegado por el fondo de pensiones (archivo "GEN-ANX-CI-2019_14109413-20191018115937", *carpeta "11.1ExpedienteAd.").* Y si bien el periodo entre 1° de septiembre de 2018 al 07 de junio de 2019 no aparecen cotizados, le corresponde a **COLPENSIONES** ejercer las correspondientes acciones de cobro, en caso de que no las haya realizado, aspecto que no fue objeto de controversia en la presente litis.

Por lo anterior, para la Sala hay correspondencia entre el retiro del demandante del mercado laboral con la intención de acceder a la pensión de vejez, aspecto que se materializó el día 21 de junio de 2019, cuando le reclamó a la demandada el derecho pensional, por lo que en este caso **COLPENSIONES** debió tener en cuenta dicha situación fáctica, aspecto que no ocurrió, motivo suficiente para concluir que al accionante le asiste el derecho al pago del retroactivo pensional pero solo el generado entre la fecha de radicación de la solicitud pensional (21 de junio de 2019) y la fecha anterior a la inclusión en nómina de pensionados, que corresponde al 30 de septiembre de 2019.

En tal sentido, el análisis realizado por al *a quo* fue desacertado en la medida en que, si bien **JOSE ORLANDO GOMEZ CASASBUENAS** cumplió el status pensional el 16 de abril de 2019, para ese periodo estaba laborando al servicio de ESIMED y no le había mostrado la intención a la administración de retirarse del sistema pensional para acceder a la protección por vejez, razón suficiente para modificar la decisión de primer grado.

Partiendo de la base que el monto de la mesada pensional no fue objeto de controversia y que se fijó en un salario de $2.717.885, se obtiene como retroactivo:

AÑO	VALOR MESADA PENSIONAL	NÚMERO DE MESADAS	TOTAL
2019	$2.717.885,00	3,33	$9.050.557,05
		TOTAL	**$9.050.557,05**

Bajo el anterior escenario, y al ser inferior el valor al reconocido por el *a quo* por concepto de retroactivo, se modificará la sentencia en este aspecto, advirtiendo que la entidad de seguridad social deberá descontar el porcentaje que corresponda por concepto de aportes a salud a cargo del pensionado, como bien lo dispuso el juzgado de origen.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras).

Por su parte, el artículo 9[1] de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994[2], establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

Para el efecto, se advierte que el demandante solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la pensión desde el 21 de junio de 2019 *(pág. 13, archivo "01EscritoDemanda")*, fecha para la cual tenía causado el derecho como se dijo en precedencia, por ello los intereses procedían en principio a partir del 21 de octubre de 2019 (cuatro meses después de presentada la solicitud), por cada una de las mesadas en mora y hasta cuando se efectúe su pago. Sin embargo, al concederse en primera instancia los intereses a partir del 22 de octubre de 2019, se confirmará en este aspecto la sentencia, al ser **COLPENSIONES** la única apelante y para no hacer más gravosa su situación.

- **Sobre la excepción de prescripción:**

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

Al respecto, y teniendo en cuenta que entre la Resolución SUB271657 del 02 de octubre de 2019, por medio de la cual

[1] "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte"

[2] Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez (*pág. 13 a 20, archivo "01EscritoDemanda")*, y la presentación de la demanda, 1° de diciembre de 2021 *(archivo "03ActaReparto*"), no trascurrieron los tres años aludidos, las mesadas reconocidas no se encuentran afectadas por prescripción, por lo que no prospera este medio exceptivo. Y por el resultado de la controversia, tampoco son de recibo las demás excepciones invocadas por la demandada.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a **JOSÉ ORLANDO GÓMEZ CASASBUENAS** la suma de $9.050.557,05 por concepto del retroactivo pensional causado entre el 21 de junio de 2019 y el 30 de septiembre de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.03-2019-00764-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la curadora *ad-litem* del demandado **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ** contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2022 por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato de trabajo, condenó a **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ** al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo y costas procesales (*min. 01:33:32,* archivo "*08VideoSentenciaPrimeraInstancia20221013"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

MIGUEL ANTONIO ALONSO ARIZA llamó a juicio a **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ**, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Auto Spa 3030, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo y que dicho contrato fue terminado por causa imputable al empleador y, en consecuencia, que se condene al demandado a pagar prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por

despido, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, horas extras , condenas ultra y extra *petita,* costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que 15 de abril de 2015 acordó un contrato verbal con **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ**, en su condición de propietario del establecimiento de comercio Auto Spa 3030, con el objetivo de desempeñar la actividad de lavado de vehículos en dicho establecimiento; señaló que recibió órdenes directas del demandado, percibiendo un monto cercano al salario mínimo legal mensual vigentes, dividido en dos quincenas, en relación proporcional al valor total de la venta del servicio de lavado de autos; que no fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social, no le reconocieron vacaciones ni compensación en dinero de las mismas, no le pagaron prestaciones sociales, horas extras y no le suministraron dotación.

Manifestó que realizó sus labores bajo la subordinación continua de su jefe, cumpliendo horario de lunes a domingo de 7 de la mañana a 7 de la noche, utilizando herramientas de propiedad de la empresa, con clientes de la empresa, recibiendo remuneración habitual por el trabajo realizado; que el 08 de agosto de 2018, solicitó permiso al jefe de patios para dirigirse a un centro hospitalario, permiso que fue negado, motivo por el cual se vio obligado a ausentarse pero que al buscar servicios de salud le fue negado por falta de afiliación, por lo que consultó al farmaceuta para salvaguardar su vida; que al día siguiente la compañera sentimental del demandado lo despidió por no justificar el abandono del puesto de trabajo con una incapacidad médica; finalmente, que el 26 de febrero de 2019 citó a **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ** a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, la cual resultó fracasada dada la no comparecencia del demandado (*pág. 3 a 8 , 23 y 24, archivo "01ExpedienteScaneado* ").

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante providencia del 25 de febrero de 2022, el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá ordenó el emplazamiento y

nombramiento de curador ad-litem de **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ** (*archivo "02AutoOrdenaEmplazamiento*").

La curadora *ad-litem* de **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ** se opuso a las pretensiones, aceptó la citación al Ministerio de Trabajo, expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación* y prescripción (*pág. 2 a 10, archivo "04ContestacionCuradorAdLitemDocumentos20220418*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:33:32,* archivo "*08VideoSentenciaPrimeraInstancia20221013"*)

El 13 de octubre de 2022, el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el demandante MIGUEL ANTONIO ALONSO ARIZA y el demandado FABIO ERNESTO MOLINA BOHÓRQUEZ en calidad de propietario del Establecimiento de Comercio AUTO SPA 3030 existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 7 de diciembre del año 2017 y finalizó el 9 de agosto del año 2018, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *al demandado FABIO ERNESTO MOLINA BOHÓRQUEZ en calidad de propietario del Establecimiento de Comercio AUTO SPA 3030 en favor del demandante MIGUEL ANTONIO ALONSO ARIZA al pago de las sumas y los conceptos que a continuación se relacionan: auxilio de cesantías la suma de $524.436, intereses sobre las cesantías la suma de $35.086, primas de servicios la suma de $524.436, vacaciones la suma de $263.669.* ***TERCERO: CONDENAR*** *al demandado FABIO ERNESTO MOLINA BOHÓRQUEZ en calidad de propietario del Establecimiento de Comercio AUTO SPA 3030 en favor del demandante MIGUEL ANTONIO ALONSO ARIZA al pago de la suma de $4.547.245 por concepto de indemnización por no consignación de las cesantías.* ***CUARTO: CONDENAR*** *al demandado en favor del demandante al pago de la suma diaria de $26.041,40 a partir del 09 de agosto de 2018 y hasta la fecha en la cual se cancele la totalidad de los pagos por concepto de prestaciones sociales al demandante.* ***QUINTO: ABSOLVER*** *al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.* ***SEXTO: CONDENAR*** *al demandado al pago de las costas y agencias en derecho en esta instancia, las cuales se tasan en la suma de $1.500.000 (…)".*

Para resolver el Juez indicó que, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso – CGP y 24 del Código Sustantivo del Trabajo – CST, le correspondía al demandante demostrar únicamente la

prestación personal del servicio para invertir la carga de la prueba al demandado de demostrar que esa prestación personal del servicio se hizo de forma autónoma e independiente o en virtud de un contrato distinto al de naturaleza laboral. Advirtió que para esos fines no era posible tener en cuenta el interrogatorio rendido por el actor y las órdenes de trabajo incorporadas en la demanda.

Señalo que se allegó certificado de matrícula de persona natural expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el día 17 de octubre de 2019, en donde consta que Fabio Ernesto Molina Bohórquez es propietario del establecimiento de Comercio Auto Spa 3030 y que de acuerdo con lo no narrado por el testigo Guillermo Alejandro Villabona Ariza, quien manifestó que laboró en el Auto Spa desde el 07 de diciembre de 2017 hasta noviembre de 2018, quien reconoció que el propietario de dicho establecimiento es Fabio Ernesto Molina Bohórquez, tuvo por demostrada la prestación del servicio del demandante desde el 07 de diciembre de 2017 y por tanto que era viable la aplicación de la presunción de subordinación del artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada, pues el demandado no compareció personalmente al juicio, y su representación se llevó a cabo a través de curador ad-litem.

Estableció que el extremo inicial reclamado en la demanda no se logró demostrar, por lo que declaró la existencia del contrato de trabajo desde el desde el 07 de diciembre de 2017 al 09 de agosto de 2018, teniendo como monto devengado el salario mínimo legal mensual vigente, reconoció prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías a un fondo e indemnización moratoria, y absolvió de indemnización por despido y trabajo suplementario.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La curadora *ad-litem* de **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ** presentó recurso de apelación de forma parcial por las condenas impartidas, solicitando su revocatoria. Adujo que, si bien para declarar la existencia del contrato y los extremos temporales se tuvo en cuenta el testimonio recaudado, con esa misma declaración considera que si se desvirtuó la subordinación pues al preguntársele si presenció algún

llamado de atención este manifestó que no, que solamente el día que despidieron al demandante; que el testigo refirió que había un tercero que le daba órdenes, persona que no aparece en la demanda, no mencionó al demandado ni a su cónyuge y que al existir tan poco material probatorio, las condenas se dieron con ocasión de los dichos del testigo, el cual no merece credibilidad, por lo que no se demuestra la relación laboral por lo extremos señalados en la sentencia; respecto de la sanción moratoria, indicó que el demandante no reclamó salarios adeudados, por lo que se debe tener en cuenta dichos pagos como actos de buena fe del demandado, además que en la demanda se señaló que MIGUEL ANTONIO laboraba todos los días, cuando el testigo mencionó que se descansaba un día a la semana *(min. 01:37:33,* archivo "*08VideoSentenciaPrimeraInstancia20221013"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la parte demandante solicitó la ratificación de la sentencia. Por su parte, la curadora ad-litem reiteró los argumentos en la alzada con el fin de que se revoque la decisión de primer grado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante acreditó los elementos mínimos para declarar la existencia del contrato de trabajo y si procede o no la indemnización y sanción moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

- **Acerca de la existencia del contrato de trabajo**.

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural

se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

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

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

Y finalmente, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que para configurar la existencia de un contrato de trabajo no es indispensable la demostración plena de los tres elementos denominados esenciales en el referido artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues bastaría la demostración efectiva de la prestación del servicio para que el contrato de trabajo se presuma. Situación diferente

es que para impartir condena en concreto las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden, tales como los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral y el tiempo suplementario si se alega, y demás hechos que se enarbolen como causa de las pretensiones demandadas (SL Rad.42167 y SL3126 de 2021).

Bajo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre **MIGUEL ANTONIO ALONSO ARIZA**, como trabajador, y **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ**, como empleador, conforme se explica a continuación.

Para resolver la inconformidad planteada en la alzada por la curadora *ad-litem*, basta escuchar el testimonio rendido por Guillermo Alejandro Villabona Ariza para tener plena certeza que el demandante cumplió con la carga procesal que le incumbía de acreditar la prestación del servicio (*min. 01:33:32,* archivo "*08VideoSentenciaPrimeraInstancia20221013"*). En efecto, el mencionado testigo fue claro en indicar que cuando él ingresó a prestar el servicio en el establecimiento de comercio Auto Spa 3030, de propiedad del demandado, estaba allí laborando **MIGUEL ANTONIO ALONSO ARIZA;** explicó las funciones que cumplía el actor, la forma en que prestaba el servicio como operario de lavado, el horario, la forma de pago, así como las personas que le daban órdenes al accionante, entre ellos el demandado, la cónyuge del demandado y el jefe de patios a quien identificó como Sebastián; también comentó lo que sucedió el 09 de agosto de 2018 frente al llamado de atención que le hicieron al demandante y la posterior orden de retiro del establecimiento de comercio.

Y si bien es la única prueba allegada para demostrar la teoría del caso expuesta en la demanda, lo cierto es que ella es suficiente para acreditar la prestación del servicio de **MIGUEL ANTONIO ALONSO ARIZA**, por lo que le correspondía a **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ** no sólo desvirtuar la veracidad de las afirmaciones del testigo, sino revertir la presunción de subordinación aplicable según el

artículo 24 del CST, a través de medios persuasivos que condujeran a determinar que el servicio fue prestado con total autonomía e independencia o que se trató de otro vinculo diferente al laboral. No obstante, estos elementos no aparecen acreditados en el juicio dado que el demandado no compareció personalmente al proceso.

Debe recordarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los jueces del trabajo deben procurar desentrañar de los medios probatorios los extremos temporales de la relación laboral, que se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular o conceder los derechos laborales o sociales que legalmente le correspondan al trabajador (CSJ SL rad. 25580 de 2006, SL42167 de 2012, SL905 de 2013 y SL14032 de 2016, entre otras).

Por ello y pese a que en el caso bajo estudio la parte actora no logró demostrar el extremo inicial de la relación laboral reclamado en la demanda (15 de abril de 2015), el testigo Guillermo Alejandro Villabona Ariza da fe que por lo menos para la fecha en que éste ingresó a prestar el servicio como lavador de autos, 07 de diciembre de 2017, **MIGUEL ANTONIO ALONSO ARIZA** ya estaba prestando sus servicios personales a favor del demandado, siendo suficiente para establecer dicho extremo y de esta forma calcular las prestaciones a que tiene derecho el trabajador.

Así, contrario a lo afirmado por la curadora *ad-litem*, **MIGUEL ANTONIO ALONSO ARIZA,** cumplió la carga de la prueba prevista en el artículo 167 del CGP, la cual fue suficiente para que se declarara la existencia del contrato laboral, sin que le fuera exigible la presentación de supuestos facticos adicionales, lo que descarta los planteamientos de la recurrente y, por el contrario, conlleva a la confirmación de la sentencia en este aspecto.

Frente a los montos reconocidos y pese a que la curadora ad-litem manifestó que apelaba la sentencia respecto de todas las condenas, en su argumentación no presentó inconformidad alguna con los valores obtenidos y ordenados por el juzgado de primera instancia por concepto

de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, por lo que en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del CPTSS) la Sala de abstiene de su revisión.

- **Sobre la indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.**

El artículo 65 del CST, define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo. Por su parte, el inciso 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece que cuando el empleador no consigne las cesantías a un fondo de pensiones en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora. Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

En el presente asunto, **FABIO ERNESTO MOLINA BOHORQUEZ** no acudió a juicio y, por tanto, no demostró razones serias para exonerarse de estas sanciones. Y por el solo hecho de remunerar los servicios del trabajador, como lo sostuvo la curadora *ad-litem* en la alzada, no son suficientes para exonerarlo del pago de estas condenas, en la medida en que el pago de salario es una de las obligaciones que acarrea la existencia del contrato de trabajo. Por tanto, no hay elementos que justifiquen la mora o la sustracción en el pago de los salarios y prestaciones sociales, así como la no consignación de cesantías a un fondo, por parte del empleador, por lo que se confirmarán estas condenas.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 03-2021-00332-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **SKANDIA S.A**. y **COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta de a favor de esta última, contra el fallo del 23 de mayo de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, condenó a **SKANDIA S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el saldo de la Cuenta de Ahorro Individual, a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** a trasladar los descuentos efectuados, reactivó su vinculación en el RPM, absolvió a la llamada en garantía **MAPFRE** y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (min. 2:38:43 archivo *"25VideoSentenciaPrimeraInstancia20230523")*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 32 archivo "*01Demanda*").**

YOLANDA FIGUEREDO DOMINGUEZ solicitó declarar nulo o ineficaz la vinculación al RAIS, así como los posteriores traslados horizontales efectuados, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de la Cuenta de Ahorro Individual sin descuentos, condenas ultra y extra *petita* y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 16 de marzo de 1964, se afilió al ISS desde septiembre de1988 hasta junio de 1995,

periodo en el que cotizó un total de 311,71 semanas, se trasladó al RAIS desde el mes de septiembre de 1995 mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Posteriormente, en el mes de julio de 2008 se trasladó horizontalmente a la AFP OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, luego a **PORVENIR S.A** en enero de 2010, y finalmente se volvió a vincular a **SKANDIA S.A**., AFP donde se encuentra actualmente. Aseguró que radicó solicitud a las **DEMANDADAS** para retornar al RPM, peticiones que fueron rechazadas por **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES,** y que cuenta con más de 1600 semanas cotizadas**.**

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad y que la **DEMANDANTE** agotó la reclamación administrativa. Expresó no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES** en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (Pág. 2 a 23 archivo "*07ContestaciónDemandaColpensiones*").

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**. se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la solicitud radicada por la **DEMANDANTE** a la AFP. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones, la genérica, inexistencia

de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de la totalidad de los aportes a **PORVENIR** (Pág. 3 a 24 archivo "*09ContestaciónDemandaProteccion*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó no ser ciertos o no constarle los hechos y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 3 a 35 archivo "*13ContestaciónDemandaPorvenir*").

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad, la primera vinculación de la demandante a esa AFP, las semanas cotizadas tanto en el ISS como en el RAIS. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (pág. 02 a 28, archivo *"10ContestacionDemandaSkandia"*). Llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A** (pág. 99 a 108, archivo *"10ContestacionDemandaSkandia"*), petición que fue admitida en providencia del 03 de febrero de 2023 (archivo *"17AutoTieneContestadaLlamadaMapfreSeñalaFecha"*).

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A no se opuso ni se allanó a las pretensiones incoadas. Expresó no constarle los hechos y formuló las excepciones del llamamiento en garantía realizado a **MAPFRE** es improcedente por cuanto **SKANDIA S.A**. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte **DEMANDANTE**, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP **SKANDIA, MAPFRE** no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la

llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a **MAPFRE** no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP **SKANDIA**, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones (pág. 2 a 26, archivo *"16ContestacionDemandaLlamadaGarantiaMapfre"*)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:38:43 archivo *"25VideoSentenciaPrimeraInstancia20230523")*

El 23 de mayo de 2023, el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de* ***YOLANDA FIGUEREDO DOMINGUEZ,*** *del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el 10 de julio de 1995, así como la ineficacia de los traslados horizontales que se efectuaron con posterioridad de* ***PROTECCIÒN S. A.*** *a* ***SKANDIA S.A,*** *quien reemplazo a* ***OLD MUTUAL,*** *y* ***OLD MUTUAL*** *hoy* ***SKANDIA S. A.*** *a* ***PORVENIR S. A.,*** *y finalmente de* ***PORVENIR S. A.*** *a* ***SKANDIA S. A.,*** *para entender válidamente vinculada a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por* ***COLPENSIONES.*** ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a* ***SKANDIA S. A.,*** *a trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*** *todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la accionante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, en caso de que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá trasladar a* ***COLPENSIONES*** *todos los descuentos que hubiese efectuado durante el tiempo de permanencia en esas dos oportunidades, a la Demandante por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme a la parte considerativa.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a la* ***PROTECCIÒN S. A.*** *y* ***PORVENIR S. A.,*** *a trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *todos los descuentos que se hubiese efectuado a la demandante durante el tiempo de permanencia en cada uno de los dos fondos de pensiones, por concepto de gastos de administración, de primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, conforme a la parte considerativa.* ***CUARTO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE***

PENSIONES *-* ***COLPENSIONES*** *a que acepte y reciba esos dineros provenientes de* ***PROTECCIÒN, PORVENIR,*** *y* ***SKANDIA S. A.,*** *para que proceda a activar la afiliación de la actora, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo le actualice su historia laboral en semanas cotizadas.* ***QUINTO: ABSOLVER*** *a la Llamada en Garantía* ***MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A.*** *de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de pretensiones del llamamiento en garantía, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.* ***SEXTO****:* ***DECLARAR NO PROBADA*** *la excepción propuesta por* ***COLPENSIONES*** *que denomino principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, de igual manera se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por todas y cada una de las demandadas, conforme a la parte considerativa.* ***SEPTIMO: CONDENAR*** *en costas, junto con las agencias en derecho a todas las Demandadas, las que se tasan en esta misma diligencia en la suma de un millón quinientos mil ($1.500.000) pesos, para cada una de ellas, de igual manera se condena a la demandada* ***SKANDIA S.A*** *en costas y agencias en derecho, en favor de* ***MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S. A*** *Llamada en Garantía, en la suma de UN MILLÓN ($1.000.000) de pesos.* ***OCTAVO:*** *en caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada* ***COLPENSIONES*** *consúltese con el superior en los términos del artículo 69 C.P.T.S.S (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y procedencia de las demás pretensiones

Para resolver, el Juez indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso no se acredita que las AFP hubieran satisfecho a la accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte de la demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACION

La apoderada de **SKANDIA S.A.** presentó recurso de apelación. Para sustentar, indicó que el traslado de la **DEMANDANTE** a **SKANDIA S.A**. se hizo de manera libre y voluntaria. Pide que en el evento en que se confirme la ineficacia declarada en primera instancia, se revoque lo relativo al traslado de gastos de administración y las sumas de los seguros previsionales, toda vez que estos conceptos no hacen parte de la financiación de la pensión, por ende, su traslado sería un enriquecimiento sin causa por parte de **COLPENSIONES**.

Adicionalmente, manifiesta que no sería posible la devolución de los rendimientos ya que estos fueron gestionados en su debida forma durante el tiempo que estuvo vinculada a la AFP, y se estaría beneficiando de estos **COLPENSIONES** quien no hizo gestión alguna con esos dineros, asimismo, solicita se condene a **MAPFRE** a pagar las sumas de seguros previsionales, ya que estos dineros están en su poder (min. 2:43:56 archivo *"25VideoSentenciaPrimeraInstancia20230523").*

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES,** interpone recurso de apelación en contra de la condena en costas, argumento que la entidad se ciñó a la ley, toda vez que la demandante está inmersa en una prohibición legal de edad, por lo que mal haría la entidad de hacer caso omiso a esta ley, además la afiliada demostró un ánimo de permanecer en el RAIS al realizar varios traslados horizontales. (min. 2:49:17 archivo *"25VideoSentenciaPrimeraInstancia20230523").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** solicitaron revocar el fallo. Por su parte, la firma apoderada de **SKANDIA. S.A**, sustituyó poder al doctor Daniel Francisco Gómez Cortes con CC 1.019.133.337 y TP 389.914 del CSJ, quien solicitó revocar la sentencia con base en los argumentos presentados en su alzada.

La apoderada de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A** y el apoderado de la **DEMANDANTE**, solicitaron confirmar la sentencia de primera instancia. Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el

grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.,** la procedencia de la condena a la AFP **SKANDIA S.A**. de trasladar las sumas por concepto de rendimientos, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y la absolución del llamamiento en garantía, así como la procedencia de condena en costas a **COLPENSIONES,** conforme a los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **YOLANDA FIGUEREDO DOMINGUEZ** nació el 16 de marzo de 1964 (Pág. 35 archivo "*01Demanda*"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS desde septiembre de1988 hasta junio de 1995, periodo en el que cotizó un total de 311,71 semanas (Pág. 159 a 162 archivo "*07ContestaciónDemandaColpensiones*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación No. 0482646 del 10 de julio de 1995, efectivo a partir de agosto de 1995; posteriormente, el 01 de julio de 2008 se trasladó horizontalmente a la AFP OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, luego a **PORVENIR S.A** el 01 de enero de 2010, y finalmente se volvió a vincular a **SKANDIA S.A**. el 01 de febrero de 2020, AFP donde se encuentra actualmente, fondos privados en los que cotizó más de 1.600

semanas (Pág. 33 a 34 archivo "*09ContestaciónDemandaProteccion* y pág. 73 a 75 y 85 a 92, archivo *"10ContestacionDemandaSkandia"*); ***iv)*** la **DEMANDANTE** radicó solicitud a las **DEMANDADAS** para retornar al RPM, petición que fue rechazada por **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES** (Pág. 36 a 48 archivo "*01Demanda"* y pág. 93 a 96, archivo *"10ContestacionDemandaSkandia"*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, condenó a **SKANDIA S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el saldo de la Cuenta de Ahorro Individual, a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** a trasladar los descuentos efectuados, reactivó su vinculación en el RPM, absolvió a la llamada en garantía **MAPFRE** y condenó en costas a las **DEMANDADAS.** Contra la anterior decisión **SKANDIA** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó

la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la

perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

- Sobre el llamamiento en garantía.

El artículo 64 CGP consagró la figura del llamamiento de garantía, a favor de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio o el reembolso total o parcial del pago que haga como resultado de la sentencia en el proceso que promueva o se le promueva, o que según la ley sustancia tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. Por su parte, el artículo 65 CGP indica expresamente que la demanda por la cual se llame en garantía debe cumplir los requisitos exigidos en el artículo 82 CGP y demás normas aplicables, a su vez, el artículo 66 CGP establece el trámite del llamamiento en garantía.

La H. CSJ ha analizado la figura del llamamiento en garantía, indicando en la sentencia AL2622 de 2020, que tal figura consagrada en el artículo 64 CGP, permite incorporar al debate un tercero, que por vinculo legal o contractual, en caso de que el convocante sea hallado responsable frente al promotor del litigio, deba asumir la condena a reembolsar a éste lo pagado; adicionalmente, en providencia AC2900-2017, reiteró las reglas adoptadas en las sentencias SC Rad. 200-00276-01 del 16 de diciembre de 2006 y SC5885 de 2016, afirmando que ésta figura tiene fundamento en una relación material de garantía de tipo personal, por la cual el llamante puede pedir que se transfieran al citado las consecuencias pecuniarias desfavorables previstas para el convocante en el litigio y que resulten ordenadas en el fallo

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de

afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación similar ocurrió con las AFP **SKANDIA** y **PORVENIR** que no probaron el deber de información a la demandante en sus traslados horizontales.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio, manifestó que la persona que estuvo al momento que firmó el formulario se limitó a señalar que el ISS se iba acabar y que con los fondos se podía pensionar con cierta cantidad de semana sin mirar el requisito de la edad, manifestación que no beneficia a las AFP **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las **AFP DEMANDADA** deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

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

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

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

En otro giro, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto absolvió a **MAPFRE** del llamamiento en garantía. En este caso, no se comparte el argumento de **SKANDIA S.A.** porque no se acredita siquiera de forma sumaria una relación material de garantía, pues si bien OLD MUTUAL S.A. hoy **SKANDIA S.A**. celebró contrato de seguro previsional con **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados de la AFP, del contenido de las pólizas aportadas se advierte que el único riesgo cubierto por la aseguradora fue la suma adicional para financiar las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin incluir ningún amparo de las consecuencias pecuniarias derivadas de la declaración judicial de ineficacia del traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados entre AFP (pág. 29 a 30, archivo *"16ContestacionDemandaLlamadaGarantiaMapfre"*)

Las pólizas aportadas no acreditan que la compañía aseguradora se obligará a cubrir el riesgo pecuniario de la devolución de gastos administrativos cobrados al afiliado durante su permanencia a la AFP ante la ineficacia del traslado al RAIS por omisión de las obligaciones de información y buen consejo, por tanto, dicho riesgo no lo trasladó el tomador al asegurador en los términos señalados en los artículos 1037,

1045, 1054, 1056 CCO, por lo cual no hay ningún mérito para acceder al llamamiento en garantía reclamado.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los efectos patrimoniales de la ineficacia del traslado pensional por omisión de las obligaciones de información y buen consejo los debe asumir la AFP con cargo a sus propios recursos. Así las cosas, es la AFP y no la compañía de seguros quien debe asumir con cargo a sus propios recursos el perjuicio económico de retornar el afiliado al RPM, sin que dicho riesgo haya sido transferido contractualmente a la aseguradora.

Por último, frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA S.A** y a **PROTECCION S.A,** según corresponda, a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual

de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que la AFP demandada cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: YOLANDA FIGUEREDO DOMINGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2021 00332 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 05-2010-00620-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte **DEMANDANTE** contra la sentencia del 26 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra (min. 6:30, archivo *"35GrabacionAudiencia"*). Proceso que fue repartido al Despacho del magistrado ponente el 23 de marzo de 2023.

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 52 a 61 archivo *"02Demanda"*).**

GRACIELA RUDA ZAPATA solicitó condenar al ISS hoy **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en un 50%, en condición de cónyuge supérstite del causante BERTULFO VELÁSQUEZ CASTRO (q.e.p.d.), a partir de la fecha del deceso, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que el señor BERTULFO VELÁSQUEZ CASTRO (q.e.p.d.) falleció el 03 de junio de 2002, con quien había contraído matrimonio el 26 de junio de 1982, vínculo del cual se legitimaron a sus hijos BLANCA AURORA, BRAULIA ELENA, BERNULFO y FABIO ARNULFO VELÁSQUEZ RUDA y el cual se mantuvo vigente hasta finales del año 2000, cuando el causante abandonó el hogar para

iniciar convivencia con una de sus hermanas, **MARÍA LUZ RUDA ZAPATA,** con quien procreó a CAMILO ARISTIPO VELÁSQUEZ RUDA el 14 de abril de 2001, no obstante, el causante continuó respondiendo por la manutención de su esposa.

Dijo que, la señora **MARÍA LUZ RUDA ZAPATA** radicó solicitud de pensión el 24 de julio de 2002, la cual fue concedida mediante Resolución No. 027516 del 28 de noviembre de 2002 en 50% en calidad de compañera permanente y el otro 50% al hijo menor CAMILO ARISTIPO VELÁSQUEZ RUDA.

Continuó señalando, que compareció al ISS hoy **COLPENSIONES** en el mes de mayo de 2003 solicitando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite, adelantándose investigación administrativa, donde quedó constancia de las condiciones de vida de la demandante, finalmente pronunciándose la demandada a través de Resolución No. 28461 del 07 de septiembre de 2005, negándose la prestación solicitada e indicándose que **MARÍA LUZ RUDA ZAPATA** y CAMILO VELÁSQUEZ RUDA ya son beneficiarios por cumplir todos los requisitos.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

Luego de admitida la demanda el 04 de febrero de 2011 (archivo *"07AutoObedezcase"*), se ordenó la vinculación oficiosa de la señora **MARÍA LUZ RUDA ZAPATA** (archivo *"12ActaAudienciaConciliacion"*), a quien se le designó curador *ad-litem* para su representación (Pág. 1 archivo *"23DesignacionCurador"*).

El INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy **COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos de la demanda contenidos en los numerales 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, relativos a el fallecimiento del causante, el matrimonio contraído por la pareja, los hijos procreados por el causante, el trámite administrativo adelantado por la compañera y la cónyuge y los actos administrativos emitidos por la entidad. Indicó que no se acreditaron los requisitos previstos en el art. 47 de la ley 100 de 1993. Interpuso las excepciones de fondo de cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la

obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (Pág. 1 a 5 archivo *"08ContestacionDemanda"*).

El curador *ad-litem* de la vinculada **MARÍA LUZ RUDA ZAPATA**, dijo no oponerse a ninguna de las pretensiones y no constarle ninguno de los hechos de la demanda dada su condición. (Pág. 9 a 10 archivo *"08ContestacionDemanda"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 6:30, archivo *"35GrabacionAudiencia"*).

El 26 de febrero de 2020, el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR PROBADA*** *la excepción de inexistencia de la obligación.* ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *al* ***INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES****, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda instaurada por GRACIELA RUDA ZAPATA. igualmente se* ***ABSUELVE*** *a la señora* ***MARÍA LUZ RUDA ZAPATA*** *de las pretensiones de la demanda.* ***TERCERO: SIN COSTAS*** *en este proceso.* ***CUARTO:*** *En caso de que este fallo no fuera apelado CONSÚLTESE con el superior. (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si la demandante acredita o no la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes solicitada, junto con intereses moratorios, o en su defecto, indexación.

Como fundamento de su decisión, indicó que dentro del proceso se demostró que entre la demandante y el causante se contrajo matrimonio por el rito católico el 26 de junio de 1982, unión de la cual procrearon cuatro hijos, también se acreditó el fallecimiento del causante el 01 de junio de 2002, por lo que la norma que gobierna el caso es la ley 100 de 1993 en su texto original, artículo 47, que exige una vida marital de no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido, norma que de acuerdo a la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral, se requiere necesariamente la convivencia efectiva y afectiva de la pareja, por ser la esencia de la pensión de sobreviviente,

siendo que en este caso hubo desinterés de la parte actora, sin que haya sido posible evacuar la prueba testimonial decretada, por lo que el Juzgado quedó sin material probatorio para verificar la forma en que se desarrolló al interior del hogar la convivencia entre la pareja, por lo que no hay elementos de juicio para acceder a la pensión de sobrevivientes solicitada, además que el proceso data del año 2010 por lo que el despacho no puede permitir más su dilación.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Agotado el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de las partes no presentaron alegatos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a la **DEMANDANTE**, en su calidad de beneficiaria, y ante la falta de interposición de recurso de apelación procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite y demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes hechos jurídicos: ***i)*** **GRACIELA RUDA ZAPATA** y BERTULFO VELÁSQUEZ CASTRO (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el día 19 de

junio de 2009 (Pág. 2 archivo *"02Demanda"*); ***ii)*** la pareja procreó cuatro hijos de nombres BLANCA AURORA, BRAULIA ELENA, BERTULFO y FABIO ARNULFO VELÁSQUEZ RUDA (Pág. 3 a 10 archivo *"02Demanda"*); ***iii)*** BERTULFO VELÁSQUEZ CASTRO falleció el día 01 de junio de 2002 (Pág. 11 a 12 archivo *"02Demanda"*); ***iv)*** mediante Resolución No. 027516 del 28 de noviembre de 2002 el ISS concedió pensión de sobrevivientes por fallecimiento del afiliado BERTULFO VELÁSQUEZ CASTRO a partir del 01 de junio de 2002 a **MARÍA LUZ RUDA ZAPATA** y CAMILO VELÁSQUEZ RUDA (Pág. 13 a 14 archivo *"02Demanda"*); ***v)*** a través de Resolución No. 028461 del 07 de septiembre de 2005 el ISS negó la pensión de sobrevivientes solicitada por la demandante (Pág. 15 a 16 archivo *"02Demanda"*); ***vi)*** la demandante nació el 30 de junio de 1960 (Pág. 19 archivo *"02Demanda"*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE**.

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

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

- **Sobre los requisitos del (a) cónyuge supérstite para acceder a la pensión de sobrevivientes en vigencia de la Ley 100 de 1993 antes de la modificación de la Ley 797 de 2003.**

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, determinó que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallece, siempre y cuando el afiliado al momento de su deceso estuviera cotizando al Sistema y tenga 26 semanas cotizadas o que habiendo dejado de cotizar al Sistema haya cotizado por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento. Por su parte, el artículo 47 original de la precitada Ley

establece que el cónyuge supérstite podrá acceder a la prestación si acredita que hizo vida marital con el causante por lo menos en los dos años continuos inmediatamente anteriores a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

Sobre la interpretación y alcance de las precitadas normas, la H. CSJ señala que la convivencia exigida al cónyuge supérstite debe ser acreditada al momento de la muerte del causante y por un término por lo menos igual a los dos años continuos anteriores a dicho fallecimiento, salvo la procreación de hijos, que solo exime del periodo de dos años pero no de acreditar que la convivencia existe al momento del deceso, siempre y cuando el alumbramiento ocurra dentro de los dos años anteriores al deceso del afiliado o pensionado, tal y como ha sostenido la Alta Corte en las sentencias SL Rad 35.933 del 19 de julio de 2011, SL Rad. 44.011 del 24 de enero de 2012, SL16322 de 2014, SL15276 de 2016, SL2603 de 2017, SL4099 de 2017, SL13039 de 2017, SL857 de 2021, SL3045 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, de acuerdo con el certificado de defunción allegado al proceso el causante BERTULFO VELÁSQUEZ CASTRO (q.e.p.d.) falleció el 01 de junio de 2002 (Pág. 11 a 12 archivo "*02Demanda*"), fecha para la cual estaba vigente el texto original de la Ley 100 de 1993, por cuanto aún no había sido proferida la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, la redacción original del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 consagró que los miembros del grupo familiar del afiliado que fallece tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando el afiliado al momento de su deceso estuviera cotizando al Sistema y tenga 26 semanas cotizadas o que habiendo dejado de cotizar al Sistema haya cotizado por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.

Advierte la Sala que respecto a los requisitos anteriores, no existe ninguna discusión entre las partes, al punto que el ISS liquidado mediante Resolución No. 027516 de 2002 ya reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora **MARÍA LUZ RUDA ZAPATA** y a CAMILO ARISTIPO VELÁSQUEZ RUDA en proporción de 50% para cada uno, siendo razonable inferir por tanto que el causante, al momento de su deceso, cumplió los requisitos exigidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en cuanto los presupuestos exigidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada y pacífica de la H. CSJ, se exige, tanto a la cónyuge como a la compañera permanente supérstites, acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante al momento de su muerte y por un término por lo menos igual a los dos años continuos anteriores a dicho fallecimiento, salvo la procreación de hijos, que solo exime del periodo de dos años pero no de acreditar que la convivencia existe al momento del deceso, siempre y cuando el alumbramiento ocurra dentro de los dos años anteriores al deceso del afiliado o pensionado, tal y como ha sostenido la Alta Corte en las sentencias SL Rad 35.933 del 19 de julio de 2011, SL Rad. 44.011 del 24 de enero de 2012, SL16322 de 2014, SL15276 de 2016, SL2603 de 2017, SL4099 de 2017, SL13039 de 2017, SL857 de 2021, SL3045 de 2022, entre otras.

En ese orden, en el caso bajo estudio, no existe ningún elemento de prueba que acredite que la demandante **GRACIELA RUDA ZAPATA**, al momento del fallecimiento de su cónyuge BERTULFO VELÁSQUEZ CASTRO (q.e.p.d.) el 01 de junio de 2002, estuviera haciendo vida marital con aquel, pues si bien no hay duda de que la demandante celebró matrimonio con el causante el 26 de junio de 1982, vínculo que nunca se disolvió por cesación de efectos civiles del matrimonio católico o nulidad del mismo (Pág. 2 archivo "*02Demanda*"), no bastaba con acreditar la calidad de cónyuge supérstite para confirmar, automáticamente, el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, por cuanto además del vínculo conyugal debía demostrarse una convivencia efectiva al momento del deceso del afiliado

y que la misma perduró por lo menos durante los dos (2) años anteriores a dicho fallecimiento, requisitos que no se acreditan en el caso bajo estudio.

De tal manera, esta Sala comparte la postura adoptada por el *a quo* en lo que respecta a la orfandad probatoria que reinó en el proceso, pues el deber probatorio en cabeza de la parte actora desde ningún punto de vista resulta caprichoso, ya que el mismo se encuentra gobernado no sólo por disposiciones legales sino por principios básicos a saber: *"onus probandi incumbit actori"*, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; "*reus, in excipiendo, fit actor"*, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, *"actore non probante, reus absolvitur"*, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción; principios recogidos en nuestra legislación sustancial, de acuerdo al art. 167 del C.G.P., que responde principalmente a la exigencia para la persona que afirma algo de justificar lo afirmado con el fin de persuadir a otros sobre su verdad. Entonces, incumbe a quien tiene interés en los efectos jurídicos de las normas que regulan los supuestos de hecho afirmados o negados, desplegar la actividad probatoria para que el juez se forme una convicción sobre los hechos, por lo que la obligación de aportar oportunamente las pruebas al proceso está a cargo de la parte interesada en obtener una decisión favorable. De manera que, correspondía a la parte demandante demostrar de manera detallada, por el medio regular, oportuno y eficaz de prueba, la efectiva coexistencia durante los últimos dos años de vida del causante, lo que como quedó visto, no aconteció en este caso.

En verdad los escasos medios de convicción recaudados en el *sub lite,* no son suficientes ni dan certeza a esta Sala para probar los supuestos de hecho en que se basa el libelo demandatorio; muy por el contrario, crean serios motivos de duda respecto de la convivencia de la demandante con su cónyuge, pues nótese que fue la misma demandante quien desde el libelo gestor manifestó que la convivencia se mantuvo solo hasta finales del año 2000, cuando su cónyuge abandonó el hogar para iniciar una convivencia con la señora **MARÍA LUZ RUDA ZAPATA,** con

quien además procreó un hijo en abril de 2001, por lo que necesariamente debe recordarse que el requisito de convivencia, exigido en vigencia de la Ley 100 de 1993 en su redacción original y antes de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, se debe acreditar al momento del deceso del afiliado, sin que los supuestos de hecho relativos a que entre los señores BERTULFO VELÁSQUEZ CASTRO (q.e.p.d.) y GRACIELA RUDA ZAPATA se procrearan cuatro hijos, o que el afiliado fallecido continuara apoyando económicamente a la demandante luego de su separación, sean prueba contundente de la convivencia real y efectiva entre los cónyuges, aspecto que por demás, solo puede inferirse del comportamiento de la cónyuge supérstite y el causante y que solo puede ser demostrado al comprobarse que entre aquellos, a pesar de su residencia separada, continuó el ánimo de tener un proyecto de vida, con ánimo de permanencia y edificado sobre lazos de colaboración no solo económica sino afectiva y el reconocimiento ante la comunidad de dicho proyecto, lo cual ni por asomo se demostró en el caso bajo estudio.

No sobra agregar, en el caso de autos tampoco probó la demandante que hubiese alivianado las cargas morales y económicas que muy seguramente implicó la enfermedad que padeció su cónyuge, menos aún se definió que la muerte del señor BERTULFO VELÁSQUEZ CASTRO (q.e.p.d.) le generara a la señora GRACIELA RUDA alguna carencia económica, afectiva, o moral.

Así las cosas, agotada la competencia en esta instancia por surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el fallador de primer grado, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia consultada.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

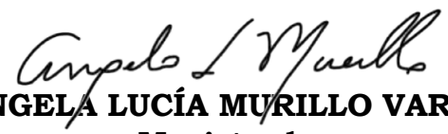
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

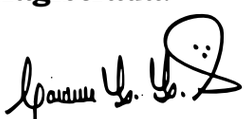
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07-2019-00586-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de las demandadas **COLFONDOS S.A**. y **COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta de a favor de esta última, contra el fallo del 07 de junio de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver a **COLFONDOS** el saldo de la CAIP sin descuentos y debidamente indexado, reactivó su vinculación en el RPM, y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (36:09 archivo "*29AudienciaFalloConcentrada(2020-237)*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Archivo "*01Demanda*").**

JUAN CARLOS RAMÓN PACHECO GIRALDO solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAIP, reactivar su vinculación en el RPM, condena costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 12 de marzo de 1962, que no es beneficiario del Régimen de Transición, que se afilió al ISS desde el 14 de febrero de 1985 hasta el 31 de enero de 2002, última fecha, en la cual fue trasladado al RAIS mediante afiliación a

COLFONDOS S.A., AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que actualmente se encuentra en **COLFONDOS S.A.**, que elevó petición a las **DEMANDADAS**, la cual e fue rechazada por ambas entidades.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento, que el actor no es beneficiario del Régimen de Transición, y la negativa a la petición que elevó el **DEMANDANTE** a la AFP. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, calidez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del **DEMANDANTE** al fondo de pensiones obligatorias administrado por **COLFONDOS S.A.,** prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica (Pág. 27 a 38 archivo "*05ContestaciónColfondos*").

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento, que no es beneficiario del Régimen de Transición, la afiliación al ISS y el traslado al RAIS, y que agotó vía gubernativa. Expresó no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (Pág. 6 a 42 archivo "*04ContestaciónColpensiones*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(36:09 archivo "*29AudienciaFalloConcentrada(2020-237)*")

El 7 de junio de 2023, el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia de la afiliación del señor* ***JUAN CARLOS RAMON PACHECO GIRALDO*** *con* ***COLFONDOS*** *el 15 de febrero de 2002 contenida en el formulario No.7973548.* ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a* ***COLFONDOS****, a trasladar a* ***COLPENSIONES*** *la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del señor* ***JUAN CARLOS RAMON PACHECO GIRALDO*** *dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por* ***COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR*** *a* ***COLFONDOS.****, a devolver a* ***COLPENSIONES****, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del* ***DEMANDANTE*** *desde la fecha de su vinculación a ese fondo privado 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, 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 judicial, para lo cual se le concede a* ***COLFONDOS*** *el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de notificación de obedecimiento al Superior, deberá presentar al juzgado un informe discriminando de forma debida todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, valor depositado en la cuenta individual que se devuelve, junto con sus rendimientos, los valores y los descuentos objeto de devolución, el valor de su indexación, y toda la 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 su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al* ***DEMANDANTE*** *desde su afiliación inicial al Régimen de Prima Media a través del ISS.* ***QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas por* ***COLPENSIONES*** *y* ***COLFONDOS. SEXTO: CONDENA*** *en costas son a cargo de* ***COLPENSIONES*** *y* ***COLFONDOS****. Las agencias en derecho se tasan a favor del* ***DEMANDANTE*** *en 2 SMMLV, a la fecha del pago.* ***SÉPTIMO****: ordénese la consulta de esta sentencia a favor de* ***COLPENSIONES*** *como entidad garantizada por la nación a fin de que el superior revise la legalidad de lo decidido (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver el *a quo* indicó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, respecto a la documental y el interrogatorio de parte del **DEMANDANTE**, no se acredita que al momento del traslado **COLFONDOS** hubiera brindado asesoría transparente, completa y suficiente, por lo que faltó a su deber de información, en consecuencia, declaró ineficaz el traslado al RAIS.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Para sustentar indicó que el **DEMANDANTE** se encuentra vinculado de manera libre y voluntaria al RAIS, por lo que se realizó su afiliación conforme a derecho, así como que se encuentra inmerso en una prohibición legal, por lo que su aceptación generaría una descapitalización del sistema (39:03 archivo "*29AudienciaFalloConcentrada(2020-237)*")

Por su parte, el apoderado de **COLFONDOS S.A.** interpone recurso de apelación, argumentando que los asesores de **COLFONDOS** cumplieron con el deber de información, por lo que pidió sea absuelta su representada de las condenas impuestas frente a la devolución de primas de seguros previsionales, ya que deja sin efecto el contrato del afiliado y la administradora, y de manera automáticamente el contrato entre la administradora y la aseguradora por ausencia de interés asegurable, así como el porcentaje de garantía mínima, gastos de administración, todo indexado, ya que estos dineros fueron administrados de debida forma y se estaría generando un doble pago. Además, pide se absuelva de las costas y agencias en derecho en su contra (41:37 archivo "*29AudienciaFalloConcentrada(2020-237)*")

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES,** solicitó revocar la

sentencia de primera instancia. Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.,** así como la procedencia de las condenas a la AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante la permanencia del afiliado y la condena en costas a las **DEMANDADAS**, conforme a los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el demandante **JUAN CARLOS RAMÓN PACHECO GIRALDO** nació el 12 de marzo de 1962 (Pág. 1 archivo "02AnexosDemandaPoder"); ***ii)*** el **DEMANDANTE** se afilió al ISS desde el 14 de febrero de 1985 hasta el 31 de enero de 2002 (Pág. 53 a 54 archivo "02AnexosDemandaPoder"); ***iii)*** el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a

COLFONDOS S.A. (Pág. 78 a 79 archivo "02AnexosDemandaPoder")**;** ***iii)*** el **DEMANDANTE** elevó petición a las **DEMANDADAS**, la cual fue rechazada por ambas entidades Pág. 61 a 77 archivo *"02AnexosDemandaPoder"*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver a **COLFONDOS** el saldo de la CAIP sin descuentos y debidamente indexado, reactivó su vinculación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS.** Las demandadas **COLFONDOS** y **COLPENSIONES** apelaron la anterior decisión.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre

el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del

traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, **COLFONDOS** brindará asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio, manifestó que la persona que estuvo al momento que firmó el formulario se limitó a señalar que podía pensionarse a los 47 años, que si fallecía entonces los familiares podrían heredar la pensión y que el ISS se iba acabar, manifestaciones que no benefician a la AFP **DEMANDADA** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado

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

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual

modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS.

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

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y

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

Frente a la inconformidad de las **DEMANDADAS** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por las **DEMANDADAS**, independiente del comportamiento de las partes. Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante **JUAN CARLOS RAMÓN PACHECO GIRLADO** con **COLFONDOS S.A.** de fecha 15 de febrero de 2002.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES**

puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUAN CARLOS RAMON PACHECO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00586 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.07-2019-00603-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 23 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional y las afiliaciones realizas por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, sin descuento alguno, ordenó a **COLPENSIONES** a recibir a la actora como su afiliada sin solución de continuidad, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (*min. 01:30:16, archivo "15AudienciaArtículo80"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

GLORIA INES PIÑEROS RICARDO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado al **RAIS** a través de **COLFONDOS** y, en consecuencia, se ordene su regreso automático al Régimen de Primera Media con Prestación Definida – RPM, se condene a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** los aportes, rendimientos y gastos de administración, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 13 de julio de 1961 y estuvo vinculada en el ISS desde febrero de 1985 hasta mayo de 1996; que el 21 de junio de 1996 se trasladó del RPM al RAIS a través de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, sin que se le informara sobre las repercusiones que traería consigo el traslado de régimen de acuerdo con sus condiciones pensionales; que realizó traslados horizontales a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN** en 26 de marzo de 2004, a **COLFONDOS** en abril de 2006 y a **PORVENIR** en febrero de 2009, sin que le brindaran información adicional sobre ese régimen pensional; que a pesar de que tenía la posibilidad de retornar el RPM hasta el 13 de julio de 2008, nunca recibió esa información por parte de **COLFONDOS**; que el 05 de marzo de 2019 presentó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** con el fin de que la aceptara como su afiliada, petición negada en comunicación del 15 de marzo siguiente; y que presentó peticiones ante **COLFONDOS** y **PORVENIR** solicitando información respecto de la asesoría brindada al momento del traslado, las cuales fueron respondidas en escritos del 26 de marzo y 08 de abril de 2019 (*pág. 1 a 20, archivo "01CuadernoFisico*").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación y las semanas cotizadas en el ISS, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *descapitalización del sistema pensional*; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 223 a 262, archivo "01CuadernoFisico"*).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el traslado de régimen pensional y la respuesta a la petición presentada en esa AFP. Señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación, pago y la innominada o genérica (*pág. 270 a 284, archivo "01CuadernoFisico")*.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*; inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en Protección; declaración de manera libre y espontanea de la demandante al momento de la afiliación de la AFP; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración

cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; inexistencia de devolver el seguro provisional; prescripción y la innominada o genérica (*pág. 298 a 315, archivo "01CuadernoFisico").*

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, las semanas cotizadas, la radicación de la petición, su respuesta y la diferencia de mesadas pensionales en los regímenes pensionales. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (*pág. 361 a 392, archivo "01CuadernoFisico").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:30:16, archivo "15AudienciaArtículo80"*)

El 23 de enero de 2023, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"…**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional y de las afiliaciones horizontales realizados por la demandante GLORIA INES PIÑEROS RICARDO con la AFP COLFONDOS contenida en el formulario No. 755363 del 21 de junio de 1996, con la AFP SANTANDER HOY PROTECCION contenido en el formulario No. 7095275 de 26 de marzo de 2004, con la AFP COLFONDOS el 1° de mayo de 2006 y hasta el 31 de marzo de 2009, con la AFP PORVENIR contenido en el formulario No. 13125037 del 20 de febrero de 2009, fondo donde se encuentra afiliada hasta en la actualidad. **SEGUNDO:** Se le ordena a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la CUAL es titular la señora GLORIA INES PIÑEROS RICARDO dineros que deben incluir los todos rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la señora demandante, 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, esto durante el lapso que la señora demandante estuvo afiliada en cada uno de esos fondos privados. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual el despacho le concede a los fondos privados el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente pormenorizado de*

todos los recursos que son objeto de devolución a COLPENSIONES, discriminando todos los valores, junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes que se devuelven, valor de las indexaciones que se devuelven y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. ***CUARTO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS.* ***QUINTO:*** *Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS.* ***SEXTO:*** *Las costas procesales son a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS. Las agencias en derecho se tasan en favor de la demandante en dos SMMLV, a la fecha del pago, a cargo de cada fondo.* ***SÉPTIMO:*** *Ordénese la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación a fin el superior revise la legalidad de lo decidido..."* Sic.

Como sustento de su decisión el Juez expresó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio a la afiliada al momento del traslado es al fondo de pensiones, y que en este caso no obra ningún medio probatorio ni de convicción que brinde certeza y veracidad suficiente de que los fondos privados demandados al momento de vincular a la demandante en cada uno de ellos hubiesen suministrado información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que tenía su futuro pensional, la decisión de trasladarse y de vincularse a esos fondos privados, situación que constituye una flagrante omisión en su deber de información en los términos legales y jurisprudenciales, por lo que declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional junto con la correspondiente devolución de todos los aportes sin descuento alguno, debidamente indexados.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que no se debe declarar la ineficacia del traslado dado que el acto fue válido y cobró efectos jurídicos, tanto que la demandante efectúo aportes al fondo privado, por lo que no es posible asignarle obligaciones a dicha entidad, más aún cuando el traslado se produjo de forma

voluntaria; que se deben tener en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional y de este Tribunal que refieren a la obligación que tienen los afiliados de ilustrarse frente a la decisión del traslado de régimen pensional; que no se puede condenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes pues esto conllevaría a la descapitalización del sistema pensional; solicita que no se condene en costas dado que la entidad ha actuado de buena fe aplicando la normatividad vigente y amparado en la ley, además que la demandante se encuentra en una prohibición legal contemplada la Ley 797 de 2003, y que, en todo caso, las AFP tienen la obligación de reintegrar la totalidad de las cotizaciones (*min. 01:33:38, archivo "15AudienciaArtículo80*").

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación para que se revoque la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y las condenas impuestas en contra de esa AFP. Adujo que el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de forma homogénea, situación que no ocurre en el presente asunto pues la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normativa vigente para el momento del traslado, y en todo caso la accionante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y obtener datos suficientes sobre el acto jurídico que estaba adoptando; que el actuar de **PORVENIR** ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales al momento del traslado; y finalmente que no es viable la condena por indexación dado que también se dispuso la devolución de los rendimiento del capital, con lo cual se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda (*min. 01:38:41, archivo "15AudienciaArtículo80*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el doctor Miguel Ángel Cadena Miranda, identificado con CC No.1.020.792.591 y T.P. No. 380.420 del C.S.J., allegó documental que lo acredita como apoderado de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien actúa en el presente proceso como

apoderada principal de **PORVENIR**, y en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

La parte actora solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Y pese a que se allegó escrito en nombre de **COLPENSIONES**, el profesional del derecho no acreditó la facultad de representación judicial de dicha entidad.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS,** así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, y las costas a cargo de **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **GLORIA INES PIÑEROS RICARDO** nació el 13 de julio de 1961 y se afilió al RPM en febrero de 1985 (*pág. 24 y 133, archivo "01CuadernoFisico"*); ***ii)*** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS S.A.** el 21 de junio de 1996 (*pág. 177, archivo "01CuadernoFisico"*); ***iii)*** y posteriormente realizó traslados horizontales en el RAIS inicialmente a ING hoy **PROTECCIÓN** el 26 de marzo de 2004, luego regresó a **COLFONDOS** el 28 de marzo de 2006 y finalmente se trasladó a **PORVENIR** el 20 de febrero de 2009, donde permanece afiliada actualmente (*pág. 385 y 396, archivo "01CuadernoFisico"*).

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

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de

pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **COLFONDOS** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo

cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que el asesor de la AFP le informó que el ISS se iba a acabar, que la plata ya no alcanzaba cubrir las pensiones de los trabajadores por lo que era obligatorio que se cambiara al nuevo régimen pensional donde tendría una pensión más alta, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

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

Sin embargo, se modificará la orden dada a COLPENSIONES de recibir a la actora como su afiliada en el RPM, sin solución de continuidad, por cuanto dicha entidad deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y tenerlos como semanas válidamente cotizadas, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Además, la Sala modificará la parte resolutiva de la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

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

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

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

consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: "*DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante GLORIA INES PIÑEROS RICARDO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS, contenida en el formulario No. 755363 del 21 de junio de 1996*", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: "*ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su vinculación inicial al ISS y a recibir de las AFP DEMANDADAS los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral*", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda

sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

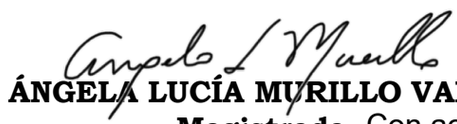
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

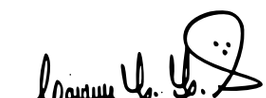
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GLORIA INES PIÑEROS RICARDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00603 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.07-2019-00740-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 10 de abril de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación de **JAIME JOSE ISAZA CEBALLOS** a **PORVENIR** y **COLFONDOS**, ordenó a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor junto con los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, sin descuento alguno, ordenó a **COLPENSIONES** a recibir al actor como su afiliado sin solución de continuidad, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (*min. 01:34:37, archivo "20AudienciaArt77y8010042023"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

JAIME JOSE ISAZA CEBALLOS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación a **PORVENIR** y **COLFONDOS** y, en consecuencia, se trasladen sus aportes y rendimientos a **COLPENSIONES**, se condene a **COLPENSIONES** a activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que al 1° de abril de 1994 se encontraba afiliado al ISS; que desde esa fecha los fondos de pensiones **PORVENIR** y **COLFONDOS** realizaron asesorías de invitación a pertenecer a los mismos, sin que informaran las ventajas y desventajas que el traslado de régimen pensional significaría a futuro, indicando que el ISS se iba a quebrar, que se podía pensionar a cualquier edad; que el asesor de **PORVENIR** con dichos argumentos lo convenció para tomar la decisión de trasladarse del RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que posteriormente se trasladó a **COLFONDOS** y que en **COLPENSIONES** su mesada pensional sería de $5.077.917 mientras que el RAIS le ofrece una pensión aproximada de $3.079.000 (*pág. 5 a 17, archivo "01CuadernoFisico*").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (*pág. 3 a 33, archivo "02ContestacionPorvenir").*

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos de la demanda y como medio de defensa invocó las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*; 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 (*pág. 4 a 23, archivo "03ContestacionColfondos").*

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación del demandante en ISS, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones *de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 3 a 42, archivo "11ContestacionColpensiones"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:34:37, archivo "20AudienciaArt77y8010042023"*)

El 10 de abril de 2023, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"…**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por el señor demandante JAIME JOSE ISAZA CEBALLOS con la AFP Porvenir el 25 de mayo de 1994 contenido en el formulario número 096991 y posteriormente con la AFP Colfondos a partir del 1 de junio del año 2000 según información suministrada por formulario SIAF expedido por Asofondos. **SEGUNDO: ORDENAR** a COLFONDOS a DEVOLVER la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del que es titular el señor JAIME JOSE ISAZA CEBALLOS, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR y a COLFONDOS., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados*

a los aportes pensionales del señor demandante desde el año 1994, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional y su vinculación inicial al RAIS, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y 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. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PORVENIR y COLFONDOS el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar al juzgado un informe debidamente pormenorizado discriminando con todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes, descuentos realizados de los aportes, la indexación y toda la 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 su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1988.* ***QUINTO:*** *Dadas las resultas del proceso se declara no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS.* ***SEXTO:*** *Las costas procesales son a cargo de COLPENSIONES PORVENIR Y COLFONDOS. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en 2 SMMLV, a la fecha de su pago, a cargo de cada uno de los fondos demandados.* ***SÉPTIMO: ORDENESE*** *la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación a fin de que el Superior revise la legalidad de lo decidido…"* Sic.

Como sustento de su decisión el Juez expresó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio al afiliado al momento del traslado es al fondo de pensiones, y que en este caso no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad suficiente de que los fondos privados demandados al momento de vincular al demandante en cada uno de ellos hubiesen suministrado información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que tenía su futuro pensional, la decisión de trasladarse y de vincularse a esos fondos privados, situación que constituye una flagrante omisión en su deber de información en los términos legales y jurisprudenciales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que la inversión en la carga de la prueba no puede realizarse de

manera automática, sino analizar cada caso en concreto; que en el interrogatorio el demandante puso en conocimiento circunstancias diferentes a las consignadas en la demanda sobre la cual se realizó la respectiva contestación, por lo que no se puede tener certeza o deducir que hubo esa falta al deber de información, cuando existe este tipo de contradicciones, por lo que no se puede desconocer estas irregularidades que se presentaron; que existen diferentes sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se hace un análisis detallado del por qué no resultaría pertinente percibir recibir a un afiliado inmerso en una prohibición legal de traslado nuevamente como afiliado en el RPM; y que a COLPENSIONES no se le puede condenar en costas puesto que no se le impartió ninguna condena por este error de traslado, presentó oposición a la demanda para salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema y en cumplimiento de una disposición legal que impide recibir a una persona inmersa en una prohibición legal de traslado (*min. 01:37:45, archivo "20AudienciaArt77y8010042023*").

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación para que se revoque las condenas impuestas en contra de esa AFP, en especial lo referente a la indexación de las sumas a devolver. Adujo que al demandante también la asistía el deber de estar informado sobre los servicios que deseaba contratar, tenía la obligación de indagar sobre las características o condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional, teniendo la obligación de exigir explicaciones verbales o escritas, necesarias y precisas que le posibilitara tomar las mejores decisiones para su futuro pensional; en cuanto a la indexación considera que es improcedente de acuerdo con lo mencionado en las sentencias C-161 del 13 de mayo de 2010 y SL9316 del 29 de junio 2016, y dado que los recursos no se han visto afectados pues han generado excelentes rendimientos, lo que compensa la depreciación del poder adquisitivo, según lo ha aceptado el Tribunal Superior de Cundinamarca y Tribunal Superior de Cali (*min. 01:38:41, archivo "20AudienciaArt77y8010042023*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma de abogados UNION TEMPORAL W&WLC UT allegó documental que la acredita para actuar como apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y a su vez sustituyó el poder al doctor Elkin Fabián Castillo Cruz, identificado con CC No. 80.282.676 y T.P. No. 261.451 del C.S.J., y en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada. En igual sentido, se pronunció el apoderado principal de **PORVENIR.**

Y la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a

PORVENIR, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, y las costas a cargo de **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **JAIME JOSE ISAZA CEBALLOS** nació el 20 de febrero de 1961 y se afilió al ISS en enero de 1988 (*pág. 80, archivo "01CuadernoFisico"*); ***ii)*** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 25 de mayo de 1994 (*pág. 68 y 70, archivo "02ContestacionPorvenir"*); ***iii)*** y posteriormente realizó traslado horizontal en el RAIS a **COLFONDOS** el 1° de junio de 2000 donde permanece actualmente (*pág. 91 a 96, archivo "01CuadernoFisico"*).

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

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro

y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no aparece demostrado que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** hubiera brindado asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio indicó que el asesor de la AFP le informó que el ISS se iba a acabar dado los casos de corrupción y que lo mejor era pasarse al fondo privado, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el

riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

Sin embargo, se modificará la orden dada a **COLPENSIONES** de recibir al actor como su afiliado en el RPM, sin solución de continuidad, por cuanto dicha entidad deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y tenerlos como semanas válidamente cotizadas, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688

de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Además, la Sala modificará la parte resolutiva de la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

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

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

Y frente a la inconformidad de la apoderada de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS,

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: "*DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante JAIME JOSE ISAZA CEBALLOS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR, contenida en el formulario No. 096991 del 25 de mayo de 1994*", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: "*ORDENAR a COLPENSIONES a recibir al demandante sin solución de continuidad como afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su vinculación inicial al ISS, a recibir de las AFP DEMANDADAS los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral*", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAIME JOSE ISAZA CEBALLOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00740 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.07-2020-00268-02

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 06 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizada por **JAIRO GOMEZ SARMIENTO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, sin descuento alguno, ordenó a **COLPENSIONES** a recibir al actor como su afiliado sin solución de continuidad, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (*min. 01:01:31, archivo "50AudienciaFallo"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

JAIRO GOMEZ SARMIENTO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare que COLMENA lo asesoró equivocadamente al afiliarlo a dicha entidad y trasladarlo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al RAIS, que HORIZONTE omitió la obligación de asesorarlo al trasladarlo a SANTANDER y, en consecuencia, solicita se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación a COLMENA y HORIZONTE, se ordene a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** los aportes, rendimientos y semanas cotizadas y a **COLPENSIONES** a activarlo en dicho régimen, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 31 de octubre de 1964, inició su vida laboral cotizando al RPM a través de la Caja de Previsión Social de Santander donde acreditó un total de 51.48 semanas; que el 19 de marzo de 1997 se trasladó de dicha Caja al RAIS a través de COLMENA; que dicho traslado se dio con ocasión de la suscripción de contrato laboral con la empresa Valencia Irragori; que el 27 de julio de 2001 se trasladó a BBVA HORIZONTE donde el asesor le informó que en ese fondo tendría mejores rendimientos; que dicho fondo no le informó la posibilidad de trasladarse al ISS antes de cumplir los 10 años para acceder a la pensión de vejez; que el 07 de febrero de 2020 le solicitó a **PORVENIR** un estudio de su pensión probable, entidad quien le informó que en esa AFP la mesada ascendería a la suma de $1.916.500; que en cambio en **COLPENSIONES** obtendría una mesada de $3.670.187, por lo que le solicitó a **COLPENSIONES** el traslado de régimen pensional y al ineficacia de la afiliación al RAIS, peticiones que fueron rechazadas en comunicaciones del 02 de julio de 2020 y 16 de abril de 2021 (*pág. 4 a 22, archivo "15ReformaDemanda*").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y edad del demandante, las peticiones presentadas por el actor y sus respuestas. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló como previa la excepción de *falta de competencia* y como de mérito las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil;* descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 2 a 46, archivo "17ContestaciónReformaDemandaColpensiones"*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos de la demanda reformada y propuso las excepciones de *prescripción*; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la innominada o genérica (*pág. 1 a 32, archivo "18ContestaciónReformaDemandaPorvenir").*

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y edad del demandante y la afiliación a ING, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir;* buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; innominada o genérica; traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir y el traslado y movilidad dentro del

RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen (*pág. 1 a 20, archivo "19ContestaciónReformaDemandaProtección").*

En audiencia del 04 de octubre de 2021 (*archivo "23AudienciaArticulo77CPL"*) al *a quo* negó la excepción previa de falta de competencia, decisión que fue confirmada por esta Corporación en providencia del 31 de marzo de 2022 (*archivo "05AutoResuelveApelacion", subcarpeta "C02SegundaInstancia*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:01:31, archivo "50AudienciaFallo"*)

El 06 de julio de 2023, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"…**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el ingeniero JAIRO GÓMEZ SARMIENTO con la AFP PROTECCIÓN el 23 de abril de 1999 contenida en el formulario No. No. 5090253 y la vinculación que hizo con el fondo HORIZONTE hoy PORVENIR el 29 de mayo de 2002 contenida en el formulario No.01710405. **SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante JAIRO GÓMEZ MARTIN dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que hoy administra COLPENSIONES. **TERCERO:** Se ordena a los fondos demandados PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del señor demandante desde el año en que ocurre el traslado de régimen pensional abril de 1999, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional en 1997, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y 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. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PORVENIR y PROTECCIÓN el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obedecimiento al Superior, deber presentar al Juzgado un informe discriminando con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, valores que se devuelven de la cuenta de ahorro individual, valor de los rendimientos, valor de los de descuentos de aportes que son objeto de devolución, el valor de su indexación y toda la 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 su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor demandante desde su afiliación inicial a dicho régimen a través de la Caja de Previsión Departamental de Santander. **QUINTO:***

Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN. ***SEXTO:*** *Las costas son a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN. Las agencias en derecho se tasan a favor del señor demandante en 2 SMMLV a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los demandados.* ***SÉPTIMO: ORDENESE*** *la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación y a fin que el Superior revise la legalidad de lo decidido…"* Sic.

Como sustento de su decisión el Juez expresó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio al afiliado al momento del traslado es al fondo de pensiones, y que en este caso no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad suficiente de que los fondos privados demandados al momento de vincular a la demandante en cada uno de ellos hubiesen suministrado información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que tenía su futuro pensional, la decisión de trasladarse y de vincularse a esos fondos privados, situación que constituye una flagrante omisión en su deber de información en los términos legales y jurisprudenciales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición normativa que refiere el artículo 2° literal C de la Ley 797 atendiendo a que le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; que en la afiliación del actor al RAIS no se observa la configuración de algún vicio del consentimiento, además que pudo haber solicitado la anulación o la rescisión del contrato pasados 4 años desde su afiliación inicial y no lo hizo; que se debe tener en cuenta la descapitalización del sistema pensional pues no se puede subsidiar a quien nunca realizó aportes en el RPM, lo que podría afectar su sostenibilidad financiera; que en caso de que se confirme la sentencia, solicita se condicione su cumplimiento a la previa devolución de la totalidad de las sumas sobrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante; y finalmente, que no se le debe

imponer costas dado que **COLPENSIONES** no participó en la vinculación inicial y ni siquiera el ISS fue el encargado de administrar los aportes de JAIRO GÓMEZ para la época de los hechos, atendiendo que era afiliado de la Caja de Previsión Social del Departamento de Santander (*min. 01:04:38, archivo "50AudienciaFallo"*).

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial frente al ordinal tercero en cuanto ordena el retorno del porcentaje de los gastos de administración, las sumas de seguro previsional, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima debidamente indexados. Aduce que dicha condena no fue reclamada de forma expresa por el demandante; dice que no hay lugar a que se ordene indexación, pues los valores que se ordenan retornar nunca han perdido el poder adquisitivo ni han sufrido una devaluación en el tiempo y los rendimientos financieros compensarían la pérdida que se pudiera presentar, como lo ha establecido el Tribunal Superior de Cundinamarca, además que devolver estos conceptos indexados constituirá una doble sanción a la AFP (*min. 01:08:55, archivo "50AudienciaFallo"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal de **PORVENIR** solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada e incluyendo aspectos que no fueron objeto de recurso.

Y la firma de abogados UNION TEMPORAL W&WLC UT allegó documental que la acredita para actuar como apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y a su vez sustituyó el poder al doctor Elkin Fabián Castillo Cruz, identificado con CC No. 80.282.676 y T.P. No. 261.451 del C.S.J., y en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia invocando el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN,** así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, y las costas a cargo de **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **JAIRO GOMEZ SARMIENTO** nació el 31 de octubre de 1964 (*pág. 23, archivo "15ReformaDemanda"*) y realizó aportes pensionales entre el 28 de julio de 1993 al 07 de agosto de 1994 al Instituto de Previsión Social de Santander (*pág. 3 a 7, archivo "44RespuestaGobernacionSantnaderCETIL"*); ***ii)*** se afilió al RAIS mediante formulario de afiliación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 19 de marzo de 1997 (*pág. 22 a 32, archivo*

"19ContestaciónReformaDemandaProtección"); ***iii)*** y posteriormente realizó traslado horizontal en el RAIS a HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 27 de julio de 2001, donde permanece afiliado actualmente (*pág. 80 y 82, archivo "18ContestaciónReformaDemandaPorvenir"*).

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

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

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

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada*

régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever".

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Previo a resolver la situación particular del demandante, conviene precisar que las cajas de previsión del orden territorial, junto con el ISS y Cajanal, también administraban el Régimen de Prima Media con Prestación Definida respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieron, en los términos señalados por el artículo 152 de la Ley 100 de 1993, por lo que deben considerarse como entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, aspecto que ha sido reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL11746-2014, SL11438-2016, SL4041-2017, SL3191-2021, SL2208-2021, SL4175-2021, SL4334-2021 y SL2696-2022, entre otras).

Por tal motivo, para el caso de **JAIRO GOMEZ SARMIENTO**, quien con posterioridad al 1° de abril de 1994 continuó realizando aportes a la Caja de Previsión Social de Santander, a esa fecha debe tenerse como un

afiliado del RPM para todos los efectos, según el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que su afiliación al RAIS debió regularse a través de la figura del traslado y no por medio de una afiliación pura y simple. Además, de confirmarse la ineficacia del traslado, la consecuencia lógica es que retorne a la entidad que administra actualmente el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En tal sentido, en el plenario no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, COLMENA hoy **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio indicó que cuando suscribió el formulario de afiliación no había asesor de esa AFP, sino que esa gestión la realizó directamente con su empleador, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

Sin embargo, se modificará la parte resolutiva para precisar que operó la ineficacia del traslado de régimen respecto del fondo de pensiones inicial, pues los traslados horizontales realizados en el RAIS por si solos quedan sin efectos, y para corregir la fecha en que se produjo dicho traslado.

También se modificará la orden dada a **COLPENSIONES** de acoger al actor como su afiliado en el RPM, sin solución de continuidad, por cuanto dicha entidad deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y tenerlos como semanas válidamente cotizadas, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

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

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

controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: "*DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el ingeniero JAIRO GÓMEZ SARMIENTO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 19 de marzo de 1997*", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: "***ORDENAR*** *a COLPENSIONES a recibir al demandante sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial a dicho régimen a través de la Caja de Previsión Departamental de Santander y a recibir de las AFP DEMANDADAS los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda

sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAIRO GOMEZ SARMIENTO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2020 00268 02

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07-2021-00475-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de las demandadas **PORVENIR S.A**. y **COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta de a favor de esta última, contra el fallo del 15 de junio de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver a **PORVENIR** el saldo de la CAIP debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, reactivó su vinculación en el RPM, y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (min. 58:36 archivo "*35AudienciaConcentrada(2020-245 2020-276 2020-278*")

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Archivo "*01Demanda*").**

ÁLVARO CHÁVEZ PORRAS solicitó declarar nula su afiliación al RAIS, devolver el saldo de su CAIP, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que se afilió al ISS desde el 07 de diciembre de 1984 hasta el 13 de septiembre de 1988, periodo en el que acumuló un total de 196.71 semanas, que en el mes de diciembre de 2006 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que radicó solicitud a las

DEMANDADAS para retornar al RPM, petición que fue rechazada por **COLPENSIONES.**

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación al ISS y a las semanas que cotizó, y que agotó la vía gubernativa. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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 genérica (Pág. 3 a 39 archivo "*15ContestaciónDemandaColpensiones*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos la solicitud presentada por el actor, de la cual nunca llegó respuesta. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 3 a 24 archivo "*22ContestaciónDemandaPorvenir*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(58:36 archivo "*35AudienciaConcentrada(2020-245 2020-276 2020-278*").

El 15 de junio de 2023, el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia de la afiliación del señor ÁLVARO CHÁVEZ PORRAS con la AFP PORVENIR el 11 de octubre de 2006 contenida en el formulario No. 11732276.* ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor ÁLVARO CHÁVEZ PORRAS dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra COLPENSIONES.* ***TERCERO: ORDENAR*** *a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del demandante desde la fecha en que fueron*

vinculados a ese fondo privado y 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, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse estas órdenes, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obedecimiento al Superior, para que presente un informe discriminando de forma debida todos los valores que son objeto de devolución a COLPENSIONES, tales como los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, el valor de cada uno de los aportes que hizo al DEMANDANTE y el valor de indexación que se devuelve a COLPENSIONES junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, y toda la 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 su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al Régimen de Prima Media a través del ISS.* ***QUINTO: SE DECLARAN NO*** *PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.* ***SEXTO: CONDENA*** *en costas son a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos y a favor DEMANDANTE.* ***SÉPTIMO****: ordénese la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES a fin de que el superior revise la legalidad de lo decidido (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver el *a quo* indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, respecto a la documental y el interrogatorio de parte del **DEMANDANTE**, no se acredita que al momento del traslado **PORVENIR** hubiera brindado asesoría transparente, completa y suficiente, por lo que faltó a su deber de información; en consecuencia, declaró ineficaz el traslado al RAIS.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Para sustentar, indicó que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal; respecto al deber de información, el fondo privado cuenta exclusivamente con el conocimiento del formulario de afiliación para probar el consentimiento libre y voluntario y sin presiones del afiliado, ya que no se exigía en ese momento

nada más, aunado a que el afiliado no debe desconocer los deberes de los afiliados a la debida diligencia, de emplear la adecuada atención y cuidado al tomar decisiones de afiliación o traslado de régimen. Aseguró que es improcedente la condena en costas toda vez que **COLPENSIONES** es un tercero de buena fe y que la ineficacia del traslado generaría el quebrantamiento del principio de la descapitalización del sistema. *(1:01:57* archivo "*35AudienciaConcentrada(2020-245 2020-276 2020-278)*")

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** Interpone recurso de apelación, argumentando que si bien no se allegaron mayores documentales que prueben el deber de información, tal obligación no se le exigía a la AFP para ese momento. Aseguró que los valores que se ordenaron transferir al RPM, son sumas que en su momento se les dio una correcta administración y tuvieron un incremento por el adecuado manejo de la AFP. *(1:07:18* archivo "*35AudienciaConcentrada(2020-245 2020-276 2020-278)*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, el abogado Miguel Ángel Cadena Miranda con CC 1.020.792.591 y TP 380.420 del CSJ, adscrito a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., apoderada de **PORVENIR S.A.,** solicitó revocar la sentencia de primera instancia. Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69

CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.,** así como la procedencia de la condena a la AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante la permanencia del afiliado y la condena en costas a las **DEMANDADAS**, conforme a los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el demandante **ÁLVARO CHÁVEZ PORRAS** se afilió al ISS desde el 07 de diciembre de 1984 hasta el 13 de septiembre de 1988, periodo en el que acumuló un total de 196.71 semanas (Pág. 40 a 41 archivo "*12SubsanacionDemanda*"); ***ii)*** el **DEMANDANTE** en el mes de diciembre de 2006 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A,** AFP en la que ha cotizado más de 932 semanas (Pág. 25 a 47 y 62 archivo "*22ContestaciónDemandaPorvenir*"); ***iii)*** el **DEMANDANTE** radicó solicitud a las **DEMANDADAS** para retornar al RPM, petición que fue rechazada (Pág. 42 a 66 archivo "*12SubsanacionDemanda*" y Pág. 48 a 61 archivo "*22ContestaciónDemandaPorvenir*").

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver a **PORVENIR** el saldo de la CAIP debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, reactivó la vinculación en el RPM, y condenó en costas a las **DEMANDADAS.** Las demandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES** apelaron la anterior decisión.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio, manifestó que la persona que estuvo al momento que firmó el formulario se limitó a señalar que el ISS ya no existía más y que le recomendaba que se vinculara con **PORVENIR**, manifestación que no beneficia a la AFP **DEMANDADA** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se

acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe

devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS.

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

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

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

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

Frente a la inconformidad de las **DEMANDADAS** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por las **DEMANDADAS**, independiente del comportamiento de las partes. Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante **ALVARO CHAVEZ PORRAS** con **PORVENIR S.A.** de fecha 11 de octubre de 2006.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ALVARO CHAVEZ PORRAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2021 00475 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 08-2020-00048-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la parte **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 09 de febrero de 2023 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso las costas a su cargo (min. 29:25 archivo "*09Audiencia2023Febrero09"*).

I. ANTECEDENTES

- **CUESTIÓN PREVIA.**

Previo a abordar el recurso de alzada que nos ocupa, advierte la Sala la solicitud elevada por el apoderado del demandante, mediante la cual pretende el decreto por parte de esta Corporación de la prueba de exhibición documental del acta de la junta directiva en la cual se dispuso la terminación del contrato de trabajo del señor **LUIS FRANCISO OGLIASTRI,** considerando su utilidad por cuanto con ella se demostraría la ilegalidad por incompetencia de la terminación del contrato en razón a que la decisión no la adoptó la junta directiva (Pág. 3 archivo *"03SolicitudPrueba"*).

Sobre el particular, debe señalarse que el artículo 83 CPTSS prohíbe a las partes solicitar al Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia, señalando que cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada, se dejen de practicar pruebas decretadas, podrá el Tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica para resolver la apelación o la consulta.

Siendo así, en *sub examine* se verifica que en audiencia del artículo 77 CPTSS celebrada el 20 de septiembre de 2022, la *a quo* decretó la prueba de exhibición de documentos que aquí se pretende, concediendo el término de dos meses a la parte demandada para que aportara al proceso copia del acta de la junta directiva en la cual se dispuso la terminación del contrato de trabajo suscrito con el demandante, requerimiento desatendido por la pasiva (archivo *"08GrabacionAudiencia2022Setiembre20"*); no obstante, en audiencia de trámite y juzgamiento del 09 de febrero de 2023, la Juez de primer grado dispuso no insistir en la práctica de dicha prueba, por considerar que en atención a los argumentos de defensa y al material probatorio obrante en el expediente, podría resolver de fondo el litigio, declarando precluida la oportunidad para aportar tal documento y cerrando el debate probatorio, decisión contra la cual la parte demandante no interpuso recurso de reposición ni apelación durante la audiencia (min. 2:50 archivo "*09Audiencia2023Febrero09"*).

En consecuencia, no se cumplen las condiciones para decretar la prueba por parte de esta Corporación, por cuanto si bien se evidencia que la prueba en comento dejó de practicarse por culpa de la demandada, quien se rehusó a aportar la documental requerida, lo cierto es que la parte actora se reservó la posibilidad de presentar el recurso respectivo en la audiencia del articulo 80 *ibídem* contra el auto dictado en oralidad que dispuso prescindir de la práctica de la exhibición documental, lo que conllevó a la preclusión de la etapa de práctica de pruebas en la primera instancia, y en ese sentido, su omisión de contera impide ordenar su práctica por parte del Tribunal.

- **DEMANDA (Pág. 4 a 11 archivo *"01Expediente(001)"*).**

LUIS FRANCISCO OGLIASTRO GIL-FALCO llamó a juicio al **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.**, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo dsde el 13 de abril de 2009, el cual se prorrogó por seis meses contados a partir del 01 de enero de 2017 hasta el 01 de julio de 2017; dejando sin valor ni efecto la terminación unilateral y sin justa causa del mismo; en consecuencia, obtener el reintegro al cargo de Vicepresidente de Operaciones en la Dirección Nacional o a uno de igual o superior jerarquía, con el consecuente pago de salarios en mora causados entre el 16 de junio al 01 de julio de 2017, así como de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de navidad, vacaciones, primas de vacaciones, bonificaciones por recreación y cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en salud y pensión dejados de percibir desde el 01 de julio de 2017 y hasta cuando se haga efectiva la reinstalación, la indemnización por despido injusto debidamente indexada y condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico, indicó que sostuvo una relación laboral con el **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA** desde el 13 de abril de 2009, mediante contrato de trabajo individual a término fijo de un año, en el cargo de Vicepresidente de Operaciones, vinculación prorrogada de común acuerdo hasta el 12 de abril de 2011, luego hasta el 30 de junio de 2011 y posteriormente, pasó de ser a término indefinido con plazo presuntivo a partir del 01 de julio de 2011, señalando que nunca fue objeto de sanción disciplinaria, ni recibió ningún requerimiento por el cumplimiento de su gestión.

Manifestó que mediante comunicación del 15 de junio de 2017, la Presidencia de la demandada le informó la decisión de terminar su contrato de trabajo a partir de ese día; que el día 08 de octubre de 2018, presentó derecho de petición solicitando copia de todos los documentos que sirvieron de fundamento para adoptar tal decisión, solicitud respondida a través de oficio No. 18-3148 del 23 de octubre de 2018.

Continuó narrando, que el último salario devengado ascendió a la suma de $26.765.000; que en la liquidación definitiva del contrato se incluyó la suma de $13.382.500 por concepto de indemnización, la cual

no se ajusta a la que corresponde por la terminación unilateral; y que el accionado quedó adeudando el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para que cumpliera el plazo presuntivo.

Por último, señaló que el 13 de noviembre de 2019, formuló reclamación administrativa solicitando su reintegro, sin haber recibido a la fecha respuesta alguna.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

El apoderado del **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.** interpuso incidente de nulidad por indebida notificación (Pág. 74 a 84 archivo *"02Expediente(002)"*), la cual fue declarada infundada y no probada en Auto del 15 de marzo de 2021, en el cual también se dispuso tener por no contestada la demanda, tras considerarse que la accionada guardó silencio pese a haber sido debidamente notificada en los términos del entonces vigente artículo 8 del Decreto 806 de 2020 (Pág. 93 a 96 archivo *"02Expediente(002)"*), decisión que fue objeto de recurso de reposición y apelación, disponiéndose en providencia del 30 de julio de 2021 no reponer el Auto recurrido (Pág. 113 a 114 archivo *"02Expediente(002)"*), confirmado por esta Sala en Auto A03-0047-2021 del 10 de diciembre de 2021 (Pág. 128 a 139 archivo *"02Expediente(002)"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 29:25 archivo "*09Audiencia2023Febrero09"*)

El 09 de febrero de 2023, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada BANCO AGRARIO DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el señor LUIS FRANCISCO OGLIASTRI GIL-FALCO, en consideración a la parte motiva de la presente providencia.*
> ***SEGUNDO: COSTAS*** *en esta instancia a cargo de la parte actora, liquídense por secretaria fijándose como agencias en derecho la suma de $600.000 pesos.*
> ***TERCERO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, envíense las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala*

Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante. (…)".

La *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si el contrato de trabajo que ató a las partes se prorrogó hasta el día 01 de julio de 2017, y si su terminación resulta ineficaz, de ser así, si hay lugar a ordenar el reintegro del demandante, con el consecuente pago de salarios y demás condenas rogadas en la demanda.

Para resolver, la Juez indicó que en el caso bajo estudio no se discute la vinculación laboral del demandante, ni su calidad de trabajador oficial, ni los extremos que la rigieron, ni la modificación del contrato convenida de común acuerdo en lo que respecta a su duración, cambiándolo de término fijo a indefinido a partir del 01 de julio de 2011, acordándose la contabilización de los seis meses correspondientes al plazo presuntivo. Se refirió a los artículos 51, 40 y 47 del Decreto 2127 de 1945, concluyendo que la expiración del plazo pactado o presuntivo constituye uno de los modos legales de terminación del contrato de los trabajadores oficiales, y si se determina que el despido fuere injusto, solo se deriva la obligación de indemnizar el daño, por lo que en el presente caso, a partir del 01 de julio de 2011 el contrato se pactó por seis meses, así el primer plazo venció el 31 de diciembre del 2011, el segundo el 30 de junio del 2012, el tercero el 31 de diciembre de 2012, y así sucesivamente de seis meses en seis meses, por lo que la última prórroga finalizaba el día 31 de junio de 2017, siendo que la terminación del contrato del 15 de junio de 2017 se produjo por el uso de la facultad legal y discrecional que tiene el empleador de terminar los contratos de trabajo sin justa causa, tornándose entonces procedente el pago resarcitorio consagrado, circunstancia acontecida en autos, pues el empleador canceló al demandante la suma de $13.382.500 por concepto de indemnización, rubro que equivale a los 15 días de salarios que faltaban para cumplir el plazo presuntivo, esto es, los salarios causados entre el 16 de junio al 31 de junio de 2017. Manifestó, que el reintegro procede excepcionalmente cuando el trabajador ha sido despedido encontrándose protegido por fuero especial o en situación de estabilidad laboral reforzada, o incluso en casos de pre presionados y, frente a los trabajadores oficiales no existe soporte legal que ampare o regule la

opción de reintegro, por lo que no es posible acceder a la reinstalación del demandante.

En lo que respecta a la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato prevista en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1946, dijo que no hay prueba que demuestre la causación de algún perjuicio derivado del despido, agregando que con la cancelación de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo se encuentra satisfecha la indemnización solicitada y que no es posible extender al caso del demandante los efectos del artículo 64 CST dada su condición de trabajador oficial.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, aduciendo que el Juzgado no insistió en la exhibición del acta de la junta directiva, y que no es cierto que la decisión de desvincular a los vicepresidentes del Banco sea del presidente, la que sí corresponde a la junta directiva conforme lo indicaba el parágrafo 1 del artículo 40 de los estatutos del Banco, y como éste no aportó dicho documento, la desvinculación es ilegal. Señaló que no hay prueba de que la demandada haya cumplido los procedimientos internos para la desvinculación del demandante, siendo que aparece prueba contraria de la comunicación de terminación en la que se dijo que la misma no tiene documentos soporte; que en ningún momento se hizo alusión al CST, que la sentencia hace caso omiso a las normas sobrevinientes, como si la CP de 1991 no surtiera sus efectos y desconoce los tratados derechos humanos (min. 45:48 archivo "*09Audiencia2023Febrero09*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** presentó sus alegatos, aduciendo que la demandada no pagó la indemnización legal prevista para los despidos sin justa causa, en razón a que la suma cancelada corresponde a un monto muy inferior a la prevista en el literal f del artículo 12 de la ley 6 de 1945, que corresponde a un mes de salario por cada año de trabajo y proporcionalmente por las fracciones de año y que

al demandante no se le pagaron los salarios pendientes hasta el 30 de junio de 2017. Por su parte, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó confirmar la sentencia proferida por el *a quo* en razón a que no hay sustento que permita acceder a las súplicas del actor.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia del reintegro del demandante, con el consecuente pago de salarios y demás acreencias imploradas; subsidiariamente, la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

No es motivo de controversia en esta instancia: ***i)*** la existencia un contrato de trabajo pactado a término fijo de un año entre la demandada **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.** en condición de empleador y el demandante **LUIS FRANCISCO OGLIASTRI GIL-FALCO** en calidad de trabajador, para desempeñar el cargo de Vicepresidente, vigente a partir del 13 de abril de 2009 y prorrogado en tres oportunidades hasta el 30 de junio de 2011 (Pág. 12 a 16 archivo *"01Expediente(001)"*); ***ii)*** la naturaleza de la entidad demandada y la calidad de trabajador oficial que ostentó el demandante; ***iii)*** la modificación del contrato de trabajo convenida por las partes en cuanto a su duración, cambiándolo a un contrato a término indefinido con plazo presuntivo a partir del 01 de julio de 2011 (Pág. 17 archivo *"01Expediente(001)"*); ***iv)*** la última remuneración devengada por el demandante, que lo fue por la suma de $26.765.000 (Pág. 106 a 110 archivo *"02Expediente(002)"*); ***v)*** la terminación del contrato de trabajo el día 15 de junio de 2017 por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada de conformidad con lo establecido en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 (Pág. 20 archivo *"01Expediente(001)"*); ***vi)*** el pago efectuado

por la demandada a favor del actor de la suma de $13.382.500 por concepto de indemnización (Pág. 21 archivo *"01Expediente(001)"*).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Contra la anterior decisión, el apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

- **Sobre el reintegro de trabajadores oficiales.**

La H. CSJ de vieja data ha indicado que la ley 6 de 1945 y las demás normas que regulan las relaciones laborales de los trabajadores oficiales no prevén la figura del reintegro en los eventos en que se produzca la terminación del contrato de trabajo sin mediar justa causa, por lo que tales servidores no tienen contemplada la garantía de la reinstalación a su empleo, a menos que sea pactado con apoyo en el mecanismo de la contratación colectiva o cuando se trate de eventualidades de fuero sindical o circunstancial, tal como se dijo de antaño en sentencias Rad. 11.134 del 21 de octubre de 1998, Rad. 28837 del 20 de octubre de 2006 y Rad. 30149 del 22 de enero de 2008.

Baste lo dicho, para rechazar los argumentos expuestos por el apelante, en la medida que el señor **OGLIASTRI GIL-FALCO** no se encuentra incurso en alguna de las situaciones específicas que conllevarían a ordenar su reintegro y tampoco se evidencia respaldo convencional ni normativo alguno para dicha medida, de manera tal, que no es viable disponerla.

Siendo así, tal como lo dijo la *a quo*, no le asiste al demandante el derecho reclamado, ni tampoco al pago de salarios y demás acreencias laborales, por cuanto todas estas pendían de la prosperidad del reintegro.

- **De la indemnización por despido sin justa causa**

Tiene establecido la H. CSJ de manera pacífica y reiterada que, "*ni el vencimiento del plazo acordado, ni la liquidación de la entidad se encuentran catalogadas como alguna de las justas causas estipuladas en el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965"* (CSJ, SL4633-2021, SL2858-2022, SL232-2023, entre otras).

Acerca del despido con causa justa de los trabajadores oficiales, la Alta Corte ha dejado sentando que "*únicamente constituyen justa causa, como ya se expresó, las consagradas en los artículos 16, 48 y 49 del mismo decreto 2127, aludidas también en el literal g) del citado artículo 47*" (CSJ, SL16150-2014, SL2867-2018).

Así, el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 dispone que: "*Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar".*

Sobre este particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al realizar una interpretación de dichos preceptos, en sentencia SL13130-2017, definió lo siguiente:

> *"Se anota lo anterior, porque examinado el alcance del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, no encuentra la Sala que el Tribunal lo haya interpretado con error, pues dicho precepto, que regula la indemnización de perjuicios derivada del despido injustificado del trabajador oficial, prevé como posibles resarcimientos, el lucro cesante, esto es, el pago de los salarios dejados de percibir por el tiempo que restaba para cumplir el plazo pactado o presuntivo, y el daño emergente, y los demás que se llegaren a producir con la ruptura del vínculo, solo que condicionando el reconocimiento de los últimos, a la acreditación por el trabajador oficial de su causación, sin que sea aplicable o extensible, como lo quiere hacer ver la censura, el artículo 64 del CST, pues el texto de la normativa en comento de ninguna manera lo prevé"*

En ese horizonte, establecido que entre las partes existió un contrato de trabajo declarado a término indefinido, la expiración del plazo pactado o presuntivo no era una causa justa para darlo por terminado, procediendo el pago, a título resarcitorio, de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo, así como de la indemnización por perjuicios a que hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945.

Así las cosas, y como en el caso de marras el contrato de trabajo finalizó el 15 de junio de 2017 y, el plazo presuntivo vencía el 30 de junio de 2017, el empleador debía pagar los salarios causados en el intervalo de tiempo comprendido entre el 16 de junio al 31 de junio de 2017, iterándose que al finalizar la relación laboral la demandada canceló al demandante la suma de $13.382.500 por concepto de indemnización (Pág. 21 archivo *"01Expediente(001)"*), rubro que una vez efectuadas las operaciones aritméticas del caso, en efecto equivale a 15 días de salario ($26.765.000 / 30 = $892.166 x 15 = $13.382.500), quedando así reparada la terminación unilateral del contrato por parte del ex empleador a favor del demandante.

De otro lado, en verdad el actor no demuestra los perjuicios ocasionados con la ruptura del vínculo, reiterándose que su eventual reconocimiento trae de consuno, la acreditación de su causación, lo que ni por asomo aconteció en el caso de autos, por lo que no hay lugar a reconocer suma alguna adicional imputable a indemnización por despido injustificado.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por la parte actora, y lo que sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 08-2021-00078-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por ambas partes contra la sentencia proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia de tres contratos de trabajo, condenó a **C.I. FLORES COLÓN LTDA.** por concepto de cesantías, indemnización moratoria, aportes en pensión y costas del proceso, ordenó a **PORVENIR S.A.** corregir la historia laboral de la demandante incluyendo los periodos laborados y no cotizados por el empleador y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra (min. 21:04 archivo "*23ActaAudiencia20230424202100078"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 18 archivo *"06SubsanacionDemanda"*).**

FLOR MARÍA JUYO BEJARANO llamó a juicio a las sociedades **CI FLORES COLÓN LTDA.** y **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con el fin de que se declare la existencia de tres contratos de trabajo a término fijo: año 2001 a 2011; 2013 a 2016 y 2017 a 2018; en consecuencia, obtener el pago de cesantías,

vacaciones, dotaciones, sanción por la no consignación de cesantías a un fondo prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, indemnización moratoria del artículo 65 CST e intereses moratorios por el no pago de aportes pensionales consagrados en el artículo 23 de la ley 100 de 1993. Asimismo, solicitó ordenar a **PORVENIR S.A.** adelantar las acciones de cobro consignadas en el artículo 24 *ibídem* contra **CI FLORES COLÓN LTDA.** por la omisión en el pago de los aportes pensionales e incluir tales dineros en su cuenta de ahorro individual, condenas ultra y extra *petita* y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que sostuvo una relación laboral con la empresa **CI FLORES COLÓN LTDA.** mediante contratos a término fijo y obra o labor, la cual tuvo tres intervalos en el tiempo, el primero de febrero del año 2002 hasta agosto del año 2011, el segundo desde agosto del 2012 hasta septiembre de 2016 y el último desde septiembre de 2017 hasta septiembre de 2018, prestando sus servicios personales como supervisora y/o operaria en la planta principal ubicada en el Kilómetro 3.5 Vía Puente Piedra del municipio de Madrid, Cundinamarca y devengando como último salario el mínimo legal vigente, pagadero quincenalmente.

Dijo, que no recibió el pago de las cesantías que debían cancelarse los días 14 de febrero de los años 2007, 2011, 2014, 2015, 2017 y 2018, que la empresa también adeuda 96 mensualidades de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, los cuales equivalen a 450 semanas, señalando que ha solicitado información al respecto tanto a su empleador como a **PORVENIR**, pero no ha recibido ninguna respuesta, ni tampoco ha iniciado la AFP las acciones de cobro coactivo respectivas.

Continuó narrando, que presentó carta de renuncia el 17 de septiembre de 2018 a raíz de las reiterativas vulneraciones a sus derechos laborales por parte de su empleador, solicitando el pago de la liquidación y acreencias laborales adeudadas tales como vacaciones del año inmediatamente anterior, prima de servicios, intereses a las cesantías proporcional y dotaciones, habiendo transcurrido más de dos años sin recibir el pago de tales conceptos.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La demandada **CI FLORES COLÓN LTDA.** manifestó su oposición frente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; dijo ser cierto el hecho contenido en el numeral 1, admitiendo el vínculo laboral con la demandante. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, compensación, prescripción de la acción y la innominada. (Pág. 2 a 15 archivo *"10ContestacionFloresColon*").

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, negó todos los hechos de la demanda y se opuso a las pretensiones numeradas 9, 11 y 12 y dijo no oponerse ni allanarse a las demás por no estar dirigidas en su contra. Para cimentar su defensa, invocó como excepciones de fondo las de falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica. (Pág. 2 a 6 archivo *"12ContestacionPorvenir*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 21:04 archivo "*23ActaAudiencia20230424202100078"*)

El 24 de abril de 2023, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre la demandante, señora FLOR MARINA JUYO BEJARANO, en calidad de trabajadora y la demandada CI FLORES COLÓN LTDA., en calidad de empleador, existieron tres contratos de trabajo en vigencia de los cuales devengó el salario el equivalente al smlmv, durante los periodos relacionados así: El primero de 02 de abril de 2001 al 17 de febrero de 2011, el segundo del 16 agosto de 2013 al 19 de agosto de 2016, y el tercero del 01 de septiembre de 2017 al 17 de septiembre de 2018.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada CI FLORES COLÓN LTDA. a pagar a la demandante FLOR MARINA JUYO BEJARANO, las siguientes sumas de dinero y conceptos:*

a) *La suma de $204.436, por concepto de cesantías.*
b) *$33.566.849, por concepto de indemnización moratoria contenida en el artículo 65 CST.*
c) *Aportes en pensión, junto con los intereses de mora, correspondientes a los periodos de tiempo, conforme al smlmv y de acuerdo a la liquidación que para el efecto haga PORVENIR y previa verificación de los ciclos en mora, correspondientes del 02 de abril de 2001 al 31 de diciembre de 2001, del 01 de enero al 28 de febrero de 2002, del 01 de mayo al 30 de junio de 2002, del 01 de noviembre al 31 de diciembre de 2002, del 01 de enero al 31 de diciembre de 2003, del 01 de enero al 31 de diciembre de 2004, del 01 de enero al 31 de diciembre de 2005, del 01 de febrero al 31 de julio de 2006, del 16 de agosto al 31 de diciembre de 2013, del 01 de enero al 31 de diciembre de 2014, del 01 de enero al 30 de noviembre de 2015 y del 01 de mayo al 17 de septiembre de 2018.*

TERCERO: ORDENAR *a la demandada PORVENIR S.A. a corregir la historia laboral de la demandante FLOR MARINA JUYO BEJARANO, incluyendo los periodos laborados y no cotizados por CI FLORES COLÓN LTDA. durante los periodos de tiempo señalados en el numeral anterior y realizar la liquidación necesaria incluyendo los intereses de mora para el pago de los mismos.*

CUARTO: ABSOLVER *a la demandada CI FLORES COLON LTDA. y PORVENIR de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.*

QUINTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE *la excepción de prescripción, y* ***NO PROBADAS*** *las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y cobro de lo no debido, relevándose el Despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medio exceptivos invocados, dadas las resultas del caso.*

SEXTO: COSTAS *en esta instancia a cargo de la demandada CI FLORES COLÓN LTDA., liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de $1.160.000. (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si entre la demandante y la sociedad **CI FLORES COLÓN LTDA.** existieron tres contratos de trabajo pactados a término fijo, y si le asiste derecho a la actora al reconocimiento y pago de cesantías, vacaciones, dotaciones, junto con el pago de la sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo e indemnización moratoria, así como al pago de intereses moratorios por el no pago de aportes pensionales. De igual forma, estudiar la procedencia o no de ordenar a **PORVENIR S.A.** adelantar las acciones de cobro consignadas en el artículo 24 de la ley 100 de 1993 contra **CI FLORES COLÓN LTDA.** por la omisión en el pago de los

aportes pensionales, así como la inclusión de tales dineros en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Para resolver, la Juez indicó que en el caso bajo estudio no se discute la existencia de tres contratos de trabajo a término fijo, autónomos e independientes, celebrados entre la demandante y la empresa **CI FLORES COLÓN LTDA.,** el primero entre 02 de abril de 2001 al 17 de febrero de 2011, el segundo entre el 16 de agosto de 2013 al 19 de agosto de 2016 y el tercero entre el 01 de septiembre de 2017 al 17 de septiembre de 2018, en los cuales la demandante se desempeñó en el cargo de operaria y percibió como salario el smlmv fijado por el Gobierno Nacional. Manifestó que los derechos pretendidos causados con anterioridad al 25 de febrero de 2018 se encuentran viciados de prescripción, salvo el auxilio de cesantías y las vacaciones, en razón a que la demandante nunca presentó reclamación ante su empleador, empero acudió a la jurisdicción con la presentación de la demanda el 25 de febrero de 2021, interrumpiendo el término trienal prescriptivo, por lo que anunció la improsperidad de la pretensión tendiente a obtener el pago de las cesantías causadas en los años 2003, 2007, 2014, 2015 y 2016.

De otra parte, indicó que la pasiva aportó comprobante de liquidación final definitiva por un valor neto de $1.328.362, consignado el 29 de marzo de 2022 a través de depósito judicial por prestaciones laborales del Banco Agrario de Colombia, por lo que con relación a las cesantías adeudadas y en razón a que se propuso la excepción de compensación, condenó por la diferencia que resultó entre la suma cancelada y lo que realmente correspondía a la ex trabajadora, señalando que el rubro reclamado por compensación de vacaciones ya fue sufragado por la pasiva a través de dicho título judicial. Absolvió a la demandada del pago de dotaciones por cuanto de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJ se pierde este derecho cuando el trabajador deja de prestar el servicio, así como de la sanción por no consignación de cesantías, en razón a la prescripción que en este asunto operó y por cuanto las cesantías proporcionales causadas en el año 2018 debían cancelarse a la terminación del contrato y no depositarse en el respectivo fondo.

Condenó a la demandada por concepto de sanción moratoria a razón de 1.289 días, correspondientes al periodo de mora comprendido entre el 18 de septiembre de 2018 al 29 de marzo de 2022 por no encontrar justificado el impago ni los motivos que pudieron dar lugar a la mora pues, por el contrario, el ex empleador solo acreditó el pago de las prestaciones sociales mediante la consignación del depósito judicial. En uso de las facultades ultra y extra *petita,* la Juez de primera instancia se pronunció frente al pago de aportes pensionales a favor de la demandante, encontrando, de acuerdo a la historia laboral de la demandante y a lo confesado en interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, aceptada y probada la omisión y/o mora del empleador en el pago de cotizaciones en pensiones para los ciclos correspondientes a abril, mayo, noviembre y diciembre de 2001, enero, febrero, mayo, junio, noviembre y diciembre de 2002, enero a diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero a diciembre de 2005, febrero a julio de 2006, agosto a diciembre de 2013, enero a diciembre de 2014, enero a noviembre de 2015 y mayo a septiembre de 2018, razón por la cual condenó a la demandada por el pago de tales aportes junto con los intereses de mora, de acuerdo a la liquidación que para el efecto realice la **AFP PORVENIR** por ser ese fondo al cual se encuentra válidamente afiliada la demandante, agregando que la condena se basa en la historia laboral que reposa en el proceso, por lo que en el evento en que la AFP compruebe que alguno de tales ciclos ya han sido cancelados por el empleador, éste no debe realizar un doble pago por los mismos. Continuó señalando que no es posible imputar a favor de la accionante los intereses moratorios consagrados en el artículo 23 de la ley 100 de 1993 por cuanto estos deben ser abonados por el empleador al fondo correspondiente o a la CAI de la afiliada.

Igualmente, sostiene que **PORVENIR** ya satisfizo su obligación como entidad administradora del RAIS de adelantar las acciones de cobro contra el empleador moroso, pues al proceso se incorporaron sendas copias de las actuaciones adelantadas dentro del proceso ejecutivo cursado ante el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, con radicado 2019-0024 de **PORVENIR** contra **CI FLORES COLÓN LTDA.**, dentro del cual el día 15 de mayo de 2019 se libró mandamiento de pago en contra

de dicha sociedad por concepto de cotizaciones pensionales dejadas de pagar, por las cotizaciones adeudadas al fondo de solidaridad pensional por los periodos 1994-10 a 2018-06 y por los intereses moratorios causados por cada uno de los periodos adeudados a los trabajadores mencionados en el título ejecutivo, dentro del cual se encuentra enlistada la demandante, señora **FLOR MARINA JUYO BEJARANO**, destacando que en todo caso en el evento de haberse encontrado que **PORVENIR** no cumpliera con su obligación de cobro coactivo, no es dentro de este trámite que se debe ordenar a la demandada acatar las obligaciones legales, pues las consecuencias de tal omisión las acarrearía la AFP al eventualmente tener que reconocerle la prestación pensional a la demandante. Indicó, que solo hasta en los alegatos finales se reclamó el derecho pensional a favor de la actora más no fue descrito en la demanda; sin embargo, si resulta procedente la corrección y/o reforma de la historia laboral de la demandante incluyendo los periodos laborados y no cotizados por el empleador durante los periodos de tiempo establecidos en la sentencia, los cuales, de acuerdo a lo señalado por la CSJ, son imprescriptibles.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, únicamente en lo referente a la solicitud de reconocimiento pensional por cuanto no hubo pronunciamiento al respecto por parte de la Juez de primer grado, dado que en la demanda no se plasmó dicha pretensión en razón a que cuando se instauró la demanda la actora solo tenía 55 años, por lo cual no se podía solicitar el derecho en ese momento, considerando que dadas las facultades ultra y extra *petit*a que tienen los Jueces laborales, se debió tener en cuenta que a hoy día la demandante ya cuenta con la edad de jubilación y que hubo negligencia por parte de su empleador y de **PORVENIR**, quien no hizo el cobro coactivo de los periodos de cotización en pensión que en verdad se le adeudan a la demandante, pues la AFP solo ha cobrado dos meses, siendo que como se estableció en la sentencia, el empleador adeuda muchas más cotizaciones, por lo que el Juzgado debió pronunciarse de oficio y verificar que la demandante ya acredita todos los requisitos de la ley 100

para pensionarse, máxime que en los alegatos de conclusión se expuso tal situación. (min. 44:31 archivo "*23ActaAudiencia20230424202100078"*).

A su vez, el apoderado de la demandada **CI FLORES COLÓN LTDA.** impetró recurso de apelación en lo que respecta a la liquidación de la condena por concepto de indemnización moratoria, por no ceñirse a lo previsto en el artículo 65 CST, aduciendo que, si el contrato finalizó el 17 de septiembre de 2018, los 24 meses de que trata dicha norma terminarían el 18 de septiembre de 2020, y a partir de dicha calenda correrían únicamente los intereses moratorios; asimismo, manifestó inconformidad frente a la condena por concepto de aportes a seguridad social, en razón a que según jurisprudencia de la CSJ, cuando hay la presunta mora en el pago de cotizaciones, son los fondos de pensiones los responsables del reconocimiento, por lo que la **AFP PORVENIR** debe tener en cuenta en su totalidad las semanas de cotización a favor de la demandante, quien cuenta con la edad de pensión, aunado, que la AFP debe mantenerse vinculada al proceso al tener la facultad de cobro por los aportes e intereses, por lo que debe emitir la liquidación de aportes en el caso individual de la demandante (min. 49:15 archivo "*23ActaAudiencia20230424202100078"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** presentó sus alegatos, solicitando confirmar la sentencia de primer grado por considerarla ajustada a la legalidad. Agotado el término, los apoderados de las demás partes se abstuvieron de efectuar pronunciamiento alguno.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia o no de la reliquidación de la condena por concepto de indemnización moratoria, si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y si procede el estudio de la procedencia de la pensión de vejez, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

No es motivo de controversia en esta instancia: ***i)*** la existencia de tres (3) contratos de trabajo pactados a término fijo entre la demandada **CI FLORES COLÓN LTDA.** en condición de empleador y la demandante **FLOR MARINA JUYO BEJARANO** en calidad de trabajadora, para desempeñar el cargo de Operaria, a saber: 02 de abril de 2001 a 17 de febrero de 2011; 16 agosto de 2013 a 19 de agosto de 2016 y 01 de septiembre de 2017 a 17 de septiembre de 2018; ***ii)*** la remuneración devengada por la demandante en vigencia de cada una de dichas contrataciones, que lo fue por el equivalente al salario mínimo mensual legal vigente; ***iii)*** la consignación de depósito judicial por prestaciones sociales realizada por la demandada ante el Banco Agrario de Colombia el 29 de marzo de 2022 por valor de $1.328.362 (Pág. 6 a 7 archivo *"16PruebaPagoPrestacionSocial"*); ***iv)*** la afiliación de la demandante al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** (Pág. 45 a 64 archivo *"12ContestacionPorvenir"*).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* condenó a **CI FLORES COLÓN LTDA.** al pago de cesantías, indemnización moratoria y aportes en pensión, ordenó a **PORVENIR S.A.** corregir la historia laboral de la demandante incluyendo los periodos laborados y no cotizados por el empleador y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Contra la anterior decisión, el apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación por no haberse emitido pronunciamiento frente al derecho pensional a favor de la actora. Y, el apoderado de **CI FLORES COLÓN LTDA.** interpuso

recurso de alzada en relación con las condenas impuestas por concepto de indemnización moratoria y aportes en pensión.

Procede entonces la Sala a resolver los recursos de apelación, para lo cual inicialmente se abordará el estudio de los motivos de impugnación planteados por la demandada y posteriormente, con el único punto formulado por la demandante, de acuerdo a las siguientes consideraciones.

A. Recurso de apelación de la demandada CI FLORES COLÓN LTDA.

- **Sobre el pago de la sanción moratoria.**

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

Respecto la naturaleza de la precitada indemnización, la H. CSJ ha sido enfática en indicar que es sancionatoria, por tanto, su imposición no procede de forma automática sino previamente se debe acreditar la mala fe del empleador en el comportamiento omisivo, por tanto, si este aporta razones justificativas razonables y satisfactorias de su conducta no procede la condena, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 37.048 de 2012, SL6933-2016, SL4260-2020, SL859-2021, SL2886-2022, SL4311-2022, SL567-2023, entre otras.

De tal manera, en este caso específico, la empresa demandada **CI FLORES COLÓN LTDA.** debió pagar las acreencias laborales de la demandante el 17 de septiembre de 2018, fecha en la cual finiquitó el

último contrato de trabajo, sin que así lo hubiera efectuado, por lo que debe valorarse la conducta omisiva del empleador a efecto de determinar si estuvo precedida de buena fe; destacándose que ningún reparo presentó la pasiva al punto, pues la inconformidad planteada en su recurso de apelación se limita al monto liquidado por la *a quo*, tras considerar que dicha indemnización solamente debió tasarse a razón de un día de salario por cada día de mora durante los primeros 24 meses y, a partir de allí, solamente correrían a su cargo intereses de mora, dejando incólume las conclusiones a las que llegó el juez de primera instancia en relación con la ponderación de la omisión del demandado en el pago de las acreencias laborales de la demandante, al no encontrar acreditada ninguna circunstancia que justificara tal proceder.

Sobre el particular, conviene precisarse que en el Parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, expresamente se estableció que la modificación implementada al artículo 65 CST, solo se aplica para los trabajadores que devenguen más de un (1) SMLMV, siendo que para los demás, (los que reciban menos de 01 SMLMV) seguirá en plena vigencia el texto original del inciso 1º del artículo 65 CST, que prevé que: *"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."*

En consecuencia, y considerando que el recurso de apelación no controvierte el valor del salario declarado en el fallo de primera instancia en un (1) SMLMV, deben rechazarse los argumentos que al respecto expuso el apoderado de la demandada **CI FLORES COLÓN LTDA.**, resultando avante la condena impuesta por la *a quo* por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 CST, a razón de $26.041 diarios por cada día de retardo, durante el intervalo de mora, esto es, entre el 18 de septiembre de 2018 al 29 de marzo de 2022, fecha en la cual se verificó el pago de las acreencias laborales adeudadas mediante consignación de depósito judicial, para un total de $33.566.849, tal como se observa en la siguiente tabla:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA					
Desde	**Hasta**	**Días**	**Salario**	**Salario diario**	**Valor**
18/09/2018	29/03/2022	1.289	$781.242	$26.041	**$ 33.566.849**

- **Sobre el pago de aportes al Sistema General de Pensiones.**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, determinó que el empleador es responsable del pago de su aporte y del aporte del trabajador a su servicio, para lo cual está facultado a descontar del salario el valor del aporte y trasladar dicha suma más la de su aporte a la administradora de pensiones que corresponda. Dicha norma determinó que el empleador será responsable por la totalidad del aporte aun cuando no efectúa el descuento. De otra parte, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 facultó a las administradoras de cada régimen pensional para adelantar acciones de cobro por el incumplimiento de la obligación del empleador de pagar aportes, para lo cual indicó que las liquidaciones proferidas por dichas administradoras para determinar el valor adeudado prestarán mérito ejecutivo.

Atendiendo las facultades de cobro de las administradoras y la responsabilidad del empleador de realizar el pago de aportes, la H. CSJ Sala de Casación Laboral, ha sostenido de forma reiterada y pacífica que el afiliado no está llamado a soportar las consecuencias negativas de la mora en el pago de aportes, por cuanto la administradora estará obligada a tener como válidos los periodos en mora como responsabilidad por no adelantar las gestiones de cobro siempre y cuando el trabajador hubiera sido válidamente afiliado, por cuanto el trabajador causa el derecho del aporte con la prestación del servicio y no es responsable en su pago, así lo reiteró la Corporación en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, entre otras.

Ahora bien, para aquellos casos en que el empleador omite realizar la afiliación al sistema de pensiones, o realiza la afiliación de forma tardía, el literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 6° de ese mismo artículo, disponen que dicho tiempo puede tenerse en cuenta para el cómputo de semanas, siempre y cuando el empleador traslade a la administradora de pensiones el valor del cálculo actuarial que corresponda a las cotizaciones que omitió realizar.

Descendiendo al caso *sub examine*, se itera que la demandante prestó servicios en favor de **CI FLORES COLÓN LTDA.** entre el 02 de abril de 2001 al 17 de febrero de 2011, el 16 agosto de 2013 al 19 de agosto de 2016 y el 01 de septiembre de 2017 al 17 de septiembre de 2018 y, según la historia laboral que obra en el expediente, dicho empleador afilió a la actora solo hasta el 08 junio de 2001, esto es, de manera tardía; asimismo, con posterioridad el empleador omitió el pago de algunos periodos de cotización a pensión, así: noviembre y diciembre de 2001; enero, febrero, mayo, junio, noviembre y diciembre de 2002; enero a diciembre de 2003; enero a diciembre de 2004; enero a diciembre de 2005; febrero a julio de 2006; agosto a diciembre de 2013; enero a diciembre de 2014; enero a noviembre de 2015 y mayo a septiembre de 2018.

De lo anterior se deduce que, en atención a la afiliación tardía, en el presente asunto debía darse aplicación del literal d) del numeral 2° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ordenándose a **CI FLORES COLÓN LTDA.** el pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo transcurrido entre el 02 de abril al 07 de junio de 2001 y, sobre los periodos no cotizados señalados en precedencia, corresponde darles un trato diferente en cuanto ya no se trata de omisión de afiliación sino de aportes en mora; en este caso en cambio, procede el pago de cálculo actuarial y los aportes junto con el interés que corresponda, verificándose que la Juez de primera instancia omitió diferenciar la mora del empleador y la falta de afiliación; no obstante, como ninguna de las demandadas presentó oposición frente a este aspecto, se confirmará en lo pertinente la decisión.

Corolario de lo dicho, los periodos no cotizados deben ser tenidos en cuenta por la demandada **PORVENIR**, en cuanto se encuentra acreditada válidamente la afiliación y el vínculo laboral, destacándose que la mora del empleador no pueda convertirse en un impedimento para que, de ser el caso, la accionante llegue a acceder a la prestación pensional respectiva. En esos términos se profirió sentencia de primera instancia, pues nótese que explícitamente se ordenó a esa AFP corregir la historia laboral de la demandante, incluyendo los periodos laborados y no cotizados por el empleador y realizar la liquidación respectiva

incluyendo los intereses moratorios; razón por la cual no comprende esta Sala el punto de apelación expuesto el apoderado de **CI FLORES COLÓN LTDA.**, relacionado a que la **AFP PORVENIR** debe tener en cuenta en su totalidad las semanas de cotización a favor de la demandante y debe emitir la liquidación individual de aportes, pues como se dijo, tales aspectos ciertamente fueron definidos por la *a quo*, y por demás se ratifican en esta instancia.

B. Recurso de apelación parte demandante.

- **Sobre el reconocimiento de la pensión de vejez.**

Discurre el apoderado de la demandante que la Juez de primer grado debió pronunciarse de manera oficiosa frente al reconocimiento pensional, en atención a que la señora **FLOR MARINA JUYO BEJARANO** acredita todos los requisitos previstos en la ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez, indicando que en sus alegatos de conclusión expuso al Juzgado solicitud en tal sentido.

Por lo que refiere a este argumento, debe señalarse que es el mismo mandatario quien reconoce que tal pedimento no fue plasmado en la demanda, por lo que su procedencia quedó por fuera del debate durante el trámite del proceso y, por ende, las demandadas no contaron con la oportunidad se ejercer el derecho de contradicción y defensa al respecto. Actuar contrario a ello, y descender con el estudio del derecho pensional invocado por la actora, evidentemente transgrediría el derecho de defensa de la contraparte, tal como la ha indicado la H. CSJ en sentencias SL5159-2020 y SL3341-2020.

De manera que, la inconformidad de la demandante frente a la postura de la juez de instancia de abstenerse de estudiar el derecho pensional de vejez, no puede servir en este estadio procesal para revivir términos u oportunidades perdidas por el apoderado, en tanto la fase o las fases anteriores ya surtidas dentro de este proceso constituyen, pues, la base para el procedimiento impugnativo subsiguiente y, por supuesto, para lo que puede ser objeto del mismo.

Para zanjar cualquier duda, no sobra agregar, tampoco puede este Tribunal hacer uso de las facultades ultra y extra *petita*, y proceder con el estudio del derecho que no está demás recalcar, solo vino a reclamarse por la parte interesada en la etapa de alegatos de conclusión, pues conforme al artículo 50 CPTSS, las mismas podrán ser aplicadas por los jueces de única y primera instancia, y no para la segunda instancia (sentencia CSJ SL, Rad. 38700 de 2010). Razones suficientes las expuestas, para colegir que resulta imposible para esta Sala conocer y pronunciarse sobre asuntos no formulados en primera instancia en el momento procesal oportuno y, en consecuencia, dimana evidente la improcedencia del estudio sobre el derecho pensional reclamado.

Por lo anteriormente expuesto, lo que sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

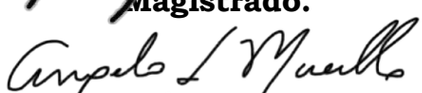
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.11-2020-00301-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **COLFONDOS**, así como el grado jurisdiccional a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 29 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **LIGIA NOHORA COLMENARES MONTAÑEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, y a **COLPENSIONES** a recibir las sumas trasladadas y a actualizar la historia laboral, y condenó en costas a **COLFONDOS** (*min. 1:43:11, archivo "26Audiencia20230529"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

LIGIA NOHORA COLMENARES MONTAÑEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES** y **CESANTÍAS** con el fin de que se

declare la nulidad de la afiliación y/o ineficacia del traslado de régimen pensional realizado a **COLFONDOS**, y, en consecuencia, se ordene a la AFP a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado, se ordene a **COLPENSIONES** a recibirla y mantenerla como su afiliada sin solución de continuidad, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó al ISS desde 1993 a 1995; que en julio de 1995 se trasladó de régimen pensional a **COLFONDOS**, sin que se le haya brindado información suficiente sobre dicho régimen y su derecho al retracto; que solicitó a las demandadas la nulidad del traslado, petición que le fue negada; y que **COLFONDOS** le realizó proyección pensional según la cual obtendría en el RAIS una mesada de $2.476.761, mientras que en el RPM la mesada equivaldría a $6.634.287 (*pág. 4 a 17, archivo "06Memorialsubsanación Demanda20210120*".

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la respuesta brindada a la petición elevada por la demandante, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación;* falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por **COLFONDOS S.A**.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago (*pág. 3 a 18, archivo "11MemorialContestacionDemandaCOLFONDOS20220509")*.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante al ISS desde 1993 hasta 1995, las semanas cotizadas en ese

fondo de pensiones, la presentación de la petición de nulidad de traslado y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 2 a 37, archivo "14MemorialContestacionCOLPENSIONES20221005"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:43:11, archivo "26Audiencia20230529*")

El 29 de mayo de 2023, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"… **PRIMERO:** DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado el diez (10) de julio de 1995, por la señora LIGIA NOHORA COLMENARES MONTAÑEZ, del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. **SEGUNDO:** CONDENAR a la demandada COLFONDOS SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración, y fondo de Garantía de pensión mínima, entendido estos gastos de administración como las comisiones de administración retenidas por COLFONDOS y el valor destinado al pago de las prima de reaseguros o seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia y en el caso hipotético de haberse cancelado las primas de reaseguro de FOGAFÍN. **TERCERO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante LIGIA NOHORA COLMENARES MONTAÑEZ al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar las semanas cotizadas por la demandante en aquel régimen en su historia laboral. **CUARTO:** Las excepciones propuestas por las demandadas se declaran imprósperas. **QUINTO:** CONDENAR en COSTAS a la AFP COLFONDOS SA incluyendo como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de 2 SMLMV. **SEXTO:** CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en favor de la ADMINISTRADORA*

COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007."

Como sustento de su decisión el Juez expresó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de demostrar el deber de información recae en la AFP, y que en el caso objeto de estudio, la demandante en el interrogatorio no confesó que el fondo le haya brindado la información completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, tampoco obra prueba en el plenario en tal sentido, por lo que dedujo que la AFP **COLFONDOS** no cumplió con su obligación, siendo insuficiente para este efecto el formulario de afiliación, en consecuencia declaró ineficaz el traslado de régimen pensional.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que no se deben retornar al RPM los gastos de administración, dado que los mismos se causan y se descuentan por disposición legal, y no por capricho de las administradoras del RAIS, por ende, son vigentes y exigibles; que de conformidad con el Decreto 2555 del 2010 dichos gastos tienen una destinación especifica y para el caso **COLFONDOS** es la AFP que mejor uso hace de esos fondos dado que genera la mayor rentabilidad en el mercado, por lo que ordenar su devolución generaría un enriquecimiento injustificado a favor del fondo que va recibir los aportes, máxime cuando estos conceptos no son factor de financiación de la pensión de vejez, sobre ellos opera el fenómeno prescriptivo y no se hizo la debida integración de los terceros que tienen estos dineros, por lo que considera cercenados su derecho a la defensa y contradicción (*min. 01:46:11, archivo "26Audiencia20230529""*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que en el transcurso del proceso nunca se logró demostrar el engaño sufrido por la demandante al momento de realizar el traslado del RPM al RAIS, así como la falta de información respecto a la asesoría, que

al no tener **COLPENSIONES** material probatorio suficiente queda supeditado a la gestión que realice el apoderado de la AFP **COLFONDOS**. Sin embargo, que con el formulario de afiliación queda acreditado el consentimiento libre y voluntario de la accionante de realizar el traslado al RAIS, así como el no uso del derecho de retracto, por lo que considera que no se está en presencia de ningún vicio del consentimiento, y que esto significa que la vinculación a la administradora del RAIS se ajustó a la ley y goza de plena y total validez (*min. 01:49:38, archivo "26Audiencia20230529"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. No hubo intervención de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS**.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en la AFP, debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **LIGIA NOHORA COLMENARES MONTAÑEZ** nació 13 de junio de 1964 y se afilió al ISS a partir de febrero de 1993 (*pág. 7 y 21, archivo "02PruebasDemanda20200921")*; ***ii)*** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** el 10 de julio de 1995, con efectividad a partir del 1° de agosto siguiente, donde permanece actualmente (*archivo* "23captura" y *pág.20, archivo "25 DocumentosPrueba20230529")*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las

sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

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

Y la demandante en el interrogatorio indicó que los asesores de la AFP le informaron que el ISS se iba a acabar, que el dinero cotizado se iba a perder y que **COLFONDOS** le daría seguridad y se podían pensionar antes de lo planeado, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

Igualmente, no son de recibo los aspectos planteados por **COLFONDOS** en relación con la falta de integración del contradictorio de la entidad que tiene actualmente las primas previsionales de invalidez y sobrevivencia, en la medida en que fue un aspecto que se debió plantear como excepción previa en su oportunidad procesal y, en todo caso, según el precedente emanado del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, la omisión de las obligaciones de información y buen consejo los debe asumir la AFP, sin que dicho riesgo pueda ser transferido contractualmente a la aseguradora (CSJ SL373-2021, SL5169 de 2021 SL3535-2021, SL1113-2022, SL1637-2022, entre otras).

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos

se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta los argumentos expuestos en la alzada por **COLFONDOS**. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución de bonos pensionales y tampoco la indexación, se adicionará la sentencia en este aspecto.

Y la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará la sentencia.

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

Respecto la excepción de prescripción planteada por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021 y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados por **COLPENSIONES**. Debe recordarse que el aporte pensional tiene que regresarse completo, por lo que este medio exceptivo tampoco tiene prosperidad respecto de los gastos de administración y demás conceptos señalados, como lo alegó en la alzada **COLFONDOS.**

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás, conforme la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LIGIA NOHORA COLMENARES MONTAÑEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2020 00301 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 12-2021-00361-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante **CARLOS ALBERTO RAMOS GUERRA** contra la sentencia del 10 de abril de 2023 proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada **FERRETERÍA ANDRÉS MARTÍNEZ S.A.S.** de todas las pretensiones y condenó en costas al actor (*min.28:47, archivo"011.ActaAudienciaVirtualParteII"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

CARLOS ALBERTO RAMOS GUERRA llamó a juicio a la **FERRETERÍA ANDRÉS MARTÍNEZ S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral desde el día 4 de febrero de 2019 y, en consecuencia, se ordene su reintegro, el pago de cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, salarios dejados de percibir, indemnización moratoria, extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, reclama el pago de

indemnización por despido injustificado y reintegro a laboral por gozar de fuero de estabilidad laboral reforzada.

Como fundamento factico indicó que ingresó a laborar a favor de la demandada el 4 de febrero de 2019 para desempeñar el cargo de auxiliar de bodega devengando siempre un salario mínimo; que desde noviembre de 2020 empezó tratamiento de remodelación de meniscos medial y lateral por artroscopia, por enfermedad común; que la EPS a la cual se encontraba afiliado le había programado cirugía para el día 23 de marzo de 2021, la cual fue cancelada por no estar cotizando producto de la terminación del vínculo contractual.

Manifestó que el día 4 de febrero de 2021 la demandada le solicitó la remisión de la historia clínica y una vez tuvo conocimiento de ésta, decidió terminar de manera unilateral el vínculo contractual a partir del 3 de febrero; que el 8 de febrero de 2021 presentó ante la demandada petición de reintegro, solicitud que fue respondida el 10 de febrero siguiente; igualmente, que instauró acción de tutela la cual fue negada afirmando que había otros medios para solicitar la protección *(pág. 1 a 4, archivo "001DemandayAnexos").*

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

FERRETERÍA ANDRÉS MARTÍNEZ S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó la vinculación laboral, el cargo desempeñado por el actor, el salario devengado, el tratamiento al cual se ha había sometido el demandante desde 2020, la solicitud de reintegro y la presentación de una acción de tutela. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *carencia total de fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda* y pago total de prestaciones debidas por ley (*pág. 2 a 7, archivo "006ContestacionDemanda").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min.28:47, enlace archivo" 011.ActaAudienciaVirtualParteII*").

El 10 de abril de 2023, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a FERRETERIA ANDRES MARTINEZ SAS de las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARLOS ALBERTO RAMOS GUERRA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***SEGUNDO: COSTAS*** *en esta instancia a cargo del demandante inclúyanse como agencias en derecho la suma de $300.000.* ***TERCERO****: En caso de no ser apelada la presente decisión por el actor remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral a fin que surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor. (…)"* SIC.

Como sustento de la decisión la Juez indicó que no fue objeto de controversia la relación laboral que existió entre las partes, los extremos temporales y el salario devengado. En lo concerniente a la estabilidad laboral reforzada manifestó que el trabajador únicamente debía demostrar que al momento de la terminación del vínculo contractual se encontraba en una situación de salud que le impidiera el cabal desempeño de sus funciones, para que se configurara la estabilidad laboral reforzada, requisito que no fue cumplido, ya que el empleador nunca tuvo conocimiento de su estado de salud, ni del tratamiento que había iniciado durante la vigencia de la relación laboral, y fue con posterioridad a la terminación del vínculo contractual, mediante la presentación de derecho de petición y la instauración de una acción de tutela que vino a tener conocimiento de dicha afectación, teniendo la obligación de informar desde que le dieron la orden de cirugía. De igual manera, que no hubo prueba que acreditara que la enfermedad que padece es de origen laboral producto del accidente laboral, por lo que no es dable que alegue su propia culpa en su beneficio cuando avisó al empleador de su estado de salud después de que éste había tomado la decisión de terminar el vínculo contractual.

Así las cosas, como quiera que no se probó que el demandante al momento de la finalización de la relación laboral gozara de estabilidad laboral reforzada, al punto que podía desempeñar sus labores sin ningún tipo de restricción, no era procedente acceder a las pretensiones. Respecto de la indemnización por despido, señaló que todas las acreencias laborales fueron pagadas en su totalidad.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la empresa demandada solicitó confirmar la decisión tomada en primera instancia. No hubo pronunciamiento de la parte actora.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la parte actora goza de estabilidad laboral reforzada por razones de salud y si conforme a ello, es procedente el reintegro y demás pretensiones contenidas en la demanda, conforme con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** entre **CARLOS ALBERTO RAMOS GUERRA** y la empresa **FERRETERÍA ANDRÉS MARTÍNEZ S.A.S.**, se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 4 de febrero de 2019, desempeñando el cargo de auxiliar de bodega *(pág. 7 a 10, archivo "001DemandayAnexos.");*; ***ii)*** en comunicación del 3 de febrero de 2021 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral, sin justa causa, con reconocimiento de la indemnización *(pág.48, 006ContestacionDemanda.")* ***iii)*** el 8 de febrero de 2021 el actor radicó petición para obtener su reintegro manifestando que goza de fuero de estabilidad reforzada por enfermedad, solicitud que fue negada *(pág. 25 y 26, archivo "001DemandayAnexos.").* ***iv)*** y **CARLOS ALBERTO RAMOS GUERRA** instauró acción de tutela solicitando reintegro, amparo que fue negado *(pág. 28 a 31, archivo "001DemandayAnexos.").*

- **Sobre la estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición, según la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin

embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como se reafirmó en las sentencia SL2841 de 2020, SL5109-2020 y SL487-2021, donde indicó que en vigencia del precitado Decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1º de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

Dicha definición concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, reiterada en la sentencia SL2548-2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017 se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos

grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo. Y la misma Corporación en la sentencia C-200 de 2019 estableció que los trabajadores que sufren de alguna afectación de salud gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos en que su afectación dificulta su desempeño laboral, incluso cuando no existe acreditación de alguna discapacidad.

El entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que estableció que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las entidades respectivas el análisis del caso.

Respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

No obstante, recientemente el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria precisó que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 y, de la Ley estatutaria 1618 de 2013 (27 de febrero de 2013). Además, que la estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren los siguientes elementos: i) la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo; ii) la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; iii) y que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Que, por tal motivo, el trabajador tiene derecho a que esas barreras, comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo, entendidos estos ajustes como "*una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo"* (SL1152-2023).

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, siendo relevante precisar que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de entrada en vigencia de la Ley 1618 de 2013 paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, de mediano o largo plazo, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad

de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL1360 de 2018 y SL1152 de 2023, señaló que corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad o deficiencia física, mental, intelectual o sensorial y la existencia de una barrera de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que le impidieron ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás, al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud, so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato, 3° de febrero de 2021, acaeció luego de la entrada en vigencia de la Ley 1618 de 2013, lo cual ocurrió el 27 de febrero de 2013, correspondía al demandante acreditar que al momento del despido se encontraba en situación de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano o largo plazo, y presentaba una barrera de tipo actitudinal, social, cultural o económico, que implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó su capacidad de trabajo en condiciones de igualdad con los demás, y que dichos aspectos hayan sido conocidos por el empleador.

Al revisar el expediente, la parte actora allegó historia clínica del 17 de diciembre de 2020 que da cuenta que se le diagnóstico gonartrosis primaria bilateral y se le dio orden de procedimiento quirúrgico para remodelación de menisco medial y lateral por artroscopia, procedimiento que fue autorizado por **SALUD TOTAL** el 22 de diciembre de 2020 *(pág. 12 a 16, archivo "001DemandayAnexos."),* situación que fue conocida por el empleador dado que lo aceptó al contestar el hecho sexto de la demanda. Sin

embargo, la fecha de la cirugía fue notificada por el demandante tan sólo después de haberse terminado el vínculo laboral, mediante petición el día 8 de febrero de 2021 *(pág. 11, archivo "001DemandayAnexos.")* y la instauración de acción de tutela *(pág. 28 a 31, archivo "001DemandayAnexos.").* Pese a ello, no hay ninguna prueba el expediente que acredité que esos padecimientos fueran producto de algún accidente laboral ni que le generara restricciones médicas para la prestación del servicio, tampoco se demostró los tratamientos recibidos hasta el momento de la ruptura del vínculo contractual.

Sin embargo, debe recordarse que no cualquier tipo de afectación en salud conlleva el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han reiterado que esta garantía cobija a todas las personas que su estado de salud les impida o dificulte sustancialmente el cumplimiento de su labor.

En este caso, el demandante no presentaba incapacidades a la fecha del retiro y la afectación a la salud que lo aquejaba nunca fue impedimento o implicó una limitación al normal cumplimiento de su labor, pues así lo manifestó el accionante en el interrogatorio (*min. 19:45, archivo "009.AudioAudienciaVirtualParteI*"). Por tanto, no se había configurado deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, y no existieron barreras que impidieran al trabajador el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás, tampoco se pueden inferir que estas se hayan presentado, por lo que en este caso el empleador no tenía la obligación de realizar *ajustes razonables* para procurar la integración al trabajo de **CARLOS ALBERTO RAMOS GUERRA**, dado que no se requerían, pues para ese momento no se habían presentado las alteraciones a la salud que se presentaron y agudizaron con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, según se mencionó en la declaración de parte.

Se resalta que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que proceda la protección es necesario que el trabajador, para el momento del despido, se encuentre en una situación de discapacidad o deficiencia, razón por la cual el beneficio no opera para quienes tengan afecciones de salud o simples incapacidades médicas, así lo reiteró la Sala de Casación Laboral en sentencia SL4632 de 2021 y SL1152 de 2023, circunstancias que no se presentaron en el caso bajo estudio.

Además, no se allegaron ni se demostraron recomendaciones medico laborales y ergonómicas que señalaran la incompatibilidad de las dolencias del demandante con las actividades a desarrollar al interior de la compañía, de suerte que, en este asunto no operó el fuero de estabilidad laboral reforzada, advirtiéndose que, en todo caso, la terminación del contrato fue de manera unilateral sin justa causa con el respectivo pago de la indemnización, sin que la parte demandante probara que la terminación del contrato obedeció a un trato discriminatorio generado por sus condiciones de salud, para trasladar la carga de la prueba a la demandada de demostrar razones objetivas en la extinción del vínculo contractual, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues no se evidencia relación de causalidad entre la enfermedad común padecida por el actor y la terminación del contrato. Por ello, resulta claro que dicha terminación obedeció a la autonomía que tiene la empresa en la disposición de su personal y a la libertad de empresa que le confiere el legislador, en este caso una terminación laboral sin justa causa con el respectivo pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del CST *(pág.48, archivo "006ContestacionDemanda.")*.

En esos términos, dado que no se estructuró derecho a estabilidad laboral reforzada, se confirmará la decisión de primera instancia.

Y respecto de la pretensión subsidiaria relacionada con el reconocimiento de la indemnización por despido, la misma no es

procedente en la medida en que fue el propio empleador quien reconoció este concepto en la liquidación del contrato de trabajo. Y como el monto cancelado no fue objeto de controversia, la Sala se releva de su estudio.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

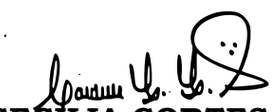
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 13-2021-00164-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de la **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última contra el fallo del 11 de abril de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver a **PROTECCIÓN S.A.** y a **PORVENIR S.A.** el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó su vinculación en el RPM, absolvió a **COLFONDOS S.A.** de las pretensiones y a **COLPENSIONES** del reconocimiento de la pensión de vejez y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (min. 59:40 archivo *"32AudienciaVirtualParte3"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivo "*02Demanda*").**

LUISA MERCEDES GÓMEZ OSORIO solicitó declarar nulos o ineficaces los contratos de adhesión de vinculación al RAIS, y posteriores traslados horizontales, devolver el saldo de su CAI sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM, reconocer y pagar la pensión de vejez, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicitó declarar inaplicables los literales b y e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y, en consecuencia, que las AFP demandadas están obligadas a conceder el término de retracto y habilitar la posibilidad de traslado al RPM, o en se defecto, declarar contractualmente responsable a las AFP demandadas de los daños y perjuicios causados a la demandante.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 19 de agosto de 1966, que cotizó en el RPM 168 semanas, que el 01 de mayo de 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales, posteriormente se trasladó horizontalmente a **PORVENIR S.A**. el 01 de diciembre de 1996, a **COLFONDOS** el 01 de noviembre de 2001, a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 01 de octubre de 2003 y nuevamente a **PORVENIR** el 01 de junio de 2003, en donde a febrero de 2021 cuenta con más de 1.379 semanas cotizadas. Aseguró que agotó la reclamación administrativa.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad, la vinculación a la AFP **PORVENIR S.A**., que posteriormente se devolvió otra vez a la AFP y que cuenta actualmente con más de 1300 semanas. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 1 a 38 archivo "*14ContestaciónPorvenir*").

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la presentación de la reclamación administrativa. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y la genérica. (Pág. 2 a 19 archivo "*15ContestaciónColpensiones*").

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la edad. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos

del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y buena fe (Pág. 3 a 40 archivo "*20ContestaciónProteccion*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 59:40 archivo *"32AudienciaVirtualParte3"*).

El 11 de abril de 2023, el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado que hiciere la demandante* ***LUISA MERCEDES GÓMEZ OSORIO*** *a la AFP Colmena, hoy* ***PROTECCIÓN S.A.,*** *el 20 de abril de 1994 y con fecha de efectividad el 1 de mayo de ese mismo año, y de contera el efectuado a la* ***PORVENIR S.A****., el 17 de octubre de 1996, por las razones antes expuestas.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a* ***PORVENIR S.A****. y* ***PROTECCIÓN 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, que cada una tenga en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a* ***COLPENSIONES*** *a tener como afiliada a la actora, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.* ***CUARTO: DECLARAR*** *parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por* ***COLPENSIONES****, respecto de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y* ***DECLARAR NO PROBADAS*** *las demás excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa de la decisión.* ***QUINTO: ABSOLVER*** *a la AFP* ***COLFONDOS*** *de las pretensiones incoadas en su contra, y a* ***COLPENSIONES*** *respecto de la pensión de vejez, conforme se explicó precedentemente.* ***SEXTO: CONDENAR*** *en costas a la demandada* ***PROTECCIÓN S.A****. y en favor de la parte actora, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, la suma de $1.200.000 pesos.* ***SÉPTIMO:*** *Por haber sido condenada* ***COLPENSIONES*** *y fungir la Nación como garante, remitir el proceso a la sala laboral del TSBTA en grado jurisdiccional de consulta en su favor.* ***OCTAVO:*** *Por Secretaría y previo a remitir el expediente enviar copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico indagar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la promotora de la litis el 20 de abril de 1994 a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, y el traslado horizontal efectuado a **PORVENIR S.A**. el 17 de octubre del 1996, así como las consecuencias jurídicas que ello implica, respecto de **COLFONDOS** no hay lugar a incluirlo dentro de la afiliación que se estudiará, asimismo, indagar si se causó la pensión de vejez, y si hay lugar a su reconocimiento y pago.

Para resolver, la Juez indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, respecto a la documental y el interrogatorio de parte de la **DEMANDANTE** no se acredita que al momento del traslado al RAIS, la AFP hubiera brindado asesoría transparente, completa y suficiente, por lo que faltó a su deber de información, en consecuencia, se declaró ineficaz el traslado al RAIS. Indicó que procede la absolución de **COLFONDOS S.A.**, toda vez que se acreditó con el formulario SIAP que esta AFP rechazó la solicitud de la **DEMANDANTE** de trasladarse a ese fondo. Respecto a la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez, la *a quo* indicó que, si bien cumple con el requisito de las 1.300 semanas cotizadas, no cumple con el de la edad, por lo que procede a rechazar esta solicitud.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación parcial contra la negativa a reconocer la pensión de vejez, argumentando que es una pretensión *pro tempore*, pues si bien es verdad que actualmente tiene 56 años, podía la *a quo*, condenar al reconocimiento una vez se cumplieran los 57 años de edad y de esa manera se evitarían posteriores demoras en la reclamación administrativa y si es el caso, evitar un desgaste judicial (min. 1:01:36 *archivo "32AudienciaVirtualParte3"*).

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES**, interpone recurso de apelación. Sostuvo que la demandante tiene una prohibición legal de traslado a **COLPENSIONES**, que demostró el consentimiento libre y voluntario de trasladarse al RAIS y permanecer allí, cuando realizó varios traslados Igualmente, indica que al declarar ineficaz el traslado de la

demandante, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema (min. 1:03:46 *archivo "32AudienciaVirtualParte3"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Representante Legal de la firma VENCE SALAMANCA LAWYERS GROUP S.A.S., apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Luisa Fernanda Lasso Ospina con CC 1.024.497.062 y TP 234.063 del CSJ, a quien se la faculta para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo de primer grado. Por su parte, el abogado Luis Eduardo Calderón Pastrana con CC 1.004.155.816 y TP 406.112 del CSJ, adscrito a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., apoderada de **PORVENIR S.A.**, de igual manera pidió revocar la sentencia de primera instancia. Por último, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó revocar parcialmente la sentencia de primera instancia reiterando los argumentos de la apelación.

Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A**., así como la procedencia del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme la apelación y a los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **LUISA MERCEDES GÓMEZ OSORIO** nació el 19 de septiembre de 1966 (Pág. 3 archivo *"03Pruebas"*); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS en donde cotizó 168 semanas; ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A** mediante formulario de afiliación No. 1010007525 del 20 de abril de 1994, efectivo a partir del 01 de mayo de 1994 (Pág. 53 a 54 archivo "*20ContestaciónProteccion*"), ***iv)*** posteriormente, la **DEMANDANTE** realizó traslado horizontal a **PORVENIR** el 01 de diciembre de 1996, AFP donde cuenta con más de 1.425 semanas cotizadas a diciembre de 2021 (Pág. 40 a 57 archivo *"14ContestacionPorvenir"*).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver a **PROTECCION S.A.** y a **PORVENIR S.A.** el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó su vinculación en el RPM, absolvió a **COLFONDOS S.A.** de las pretensiones y a **COLPENSIONES** del reconocimiento de la pensión de vejez, y condenó en costas a **PROTECCION S.A.** Contra la anterior decisión la **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de vinculación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **PORVENIR** que no probó el deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio, manifestó que solamente le dijeron que el ISS se iba acabar por lo que debía vincularse al nuevo régimen pensional administrado por los fondos privados, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el

grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

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

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

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

En otro giro, en cuanto el recurso de apelación de la **DEMANDANTE**, no le asiste razón a que se imparta la orden de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por cuanto el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 condiciona el reconocimiento de dicha prestación al traslado de las sumas que deben retornar las **AFP DEMANDADAS**, a su vez, se debe actualizar y registrar toda la historia laboral desde el RAIS al RPM y a partir de dicho instante podrán analizarse aspectos determinantes de la prestación, como el total de semanas cotizadas, periodos en mora, tasa de reemplazo, IBL, fecha de disfrute de la pensión, entre otras, motivo por el cual se confirmará la absolución dada por la *a quo* en cuanto el reconocimiento pensional.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. Asimismo, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** deberán devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

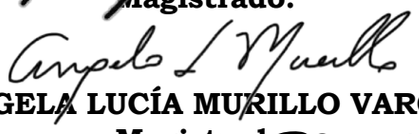
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUISA MERCEDES GOMEZ OSORIO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 013 2021 00164 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 16-2021-00329-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 30 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a dicha entidad a pagar la pensión vejez a la demandante a partir del 1° de enero de 2022 en cuantía de $1.914.158.68, junto con intereses moratorios y costas procesales *(min. 44:10, archivo "13Audiencia2ParteFallo").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

LUZ AMPARO LONDOÑO RESTREPO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se reconozca y pague la pensión de vejez, junto con intereses moratorios, condenas por facultades ultra y extra *petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró para diferentes empresas privadas cotizando al ISS hoy COLPENSIONES un total de

1.597 semanas y que de forma alterna cotizó al Magisterio; que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución 2402 del 29 de marzo de 2019 le reconoció pensión vitalicia de jubilación; que el 11 de diciembre de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por los aportes que realizó a pensión en entidades del sector privado; con ocasión de ello, la demandada en Resolución SUB48379 del 23 de febrero de 2021 le negó la prestación, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación, resuelto de forma desfavorable en Resolución DPE 2326 del 9 de abril de 2021 *(pág. 5 a 15, archivo "01DemandaConAnexos").*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la solicitud de pensión presentada por la actora y su negativa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción y caducidad*, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 2 a 11, archivo "05ContestaciónColpensiones").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 44:10, archivo "13Audiencia2ParteFallo")

El 30 de enero de 2023, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(…) ***PRIMERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante señora LUZ AMPARO LONDOÑO RESTREPO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.726.259, la pensión de vejez conforme a la Ley 100 de 1993, a partir del día 1° de enero de 2022 en cuantía inicial de $1.914.158.68, junto con sus correspondientes mesadas adicionales a que haya lugar y reajustes anuales de ley.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios en relación con la pensión que se condena en esta sentencia, causados a partir de la fecha de causación de cada mesada pensional y sobre el valor de las mismas, y hasta tanto se efectúe el*

pago del retroactivo correspondiente, todo conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993. ***TERCERO: ABSOLVER*** *a COLPENSIONES de las pretensiones no acogidas expresamente en esta parte resolutiva.* ***CUARTO:*** *Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la demandada.* ***QUINTO:*** *Se condena en costas de la instancia a la demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, como valor de las agencias en derecho (…).*

Para resolver el Juez indicó que en el expediente está acreditado que a la demandante le fue reconocida pensión de jubilación en calidad de docente por parte de la Fiduciaria La Previsora, por estar afiliada al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del magisterio, y ser una docente vinculada antes de la vigencia de la ley 812 del año 2003. Por ello dedujo que no era aceptable la postura de **COLPENSIONES** en cuanto a considerar la pensión reconocida por el magisterio como incompatible con la reclamada en el presente proceso, puesto que los tiempos y semanas de cotización que se pretende hacer valer frente a **COLPENSIONES** en nada tienen que ver con los tiempos de servicio que sirvieron como base del reconocimiento pensional como docente.

Señaló que en la historia laboral le reportan a la accionante un total de 1255.14 semanas cotizadas más 381 semanas teniendo como empleador a la persona natural Gustavo Téllez Riaño, servicios que fueron prestados en una notaría desde el 1° de enero de 1985 al 30 de mayo de 1992, para un total de 1636.57 semanas, tiempos que fueron reconocidos por la demandada tanto en la historia laboral como en los diferentes actos administrativos, por lo que precisó que la actora cumple los requisitos para la pensión de vejez de Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, sin que la misma viole la prohibición del artículo 128 Constitucional, al no ser una asignación que provenga del Tesoro Público.

Estableció que la demandante cumplió 57 años el 09 de diciembre de 2020, fecha para la cual tenía acreditadas más de 1300 semanas, y que al calcular el IBL con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, aplicando una tasa de reemplazo del 71.50%, arroja como primera mesada pensional la suma de $1.914.158.68 a partir del

1 de enero de 2022, junto con intereses moratorios desde la causación de cada una de las mesadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando su revocatoria. Adujo que se negó la solicitud con base en un criterio constitucional y legal, el cual no permite recibir dos asignaciones del erario y por lo tanto la compatibilidad aquí declarada se concede con base en una línea jurisprudencial, por lo tanto considera que el fondo ha actuado siempre bajo los parámetros legales y de buena fe y si bien los aportes realizados por la demandante se hacen por entidades privadas, lo cierto es que de acuerdo al artículo 53 de la Constitución Política que prima la realidad sobre las formalidades, la misma recibiría un subsidio pensional por parte del Estado, ya que no es posible financiar solamente la prestación económica con los aportes realizados por la demandante durante su vida laboral, siendo así que recibiría entonces dos asignaciones del erario, aspecto prohibido expresamente por el artículo 128 Constitucional.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ninguna de las partes presentó escrito de intervención.

No obstante, se allegó renuncia de poder por parte de la apoderada general de **COLPENSIONES**. Al respecto, debe recordarse que la aceptación de la misma no requiere pronunciamiento judicial dado que sus efectos se encuentran descritos en el artículo 76 del CGP. Sin embargo, se advierte que en este caso a la solicitud no se adosó la comunicación exigida por la referida norma, por lo que no se cumple el presupuesto para su configuración.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la pensión de jubilación que recibe la demandante es compatible con la pensión vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; en tal caso, establecer si la actora acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez y los intereses moratorios.

VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** **LUZ AMPARO LONDOÑO RESTREPO** nació el 09 de diciembre de 1963 *(pág. 91, archivo "01DemandaConAnexos");* ***ii)*** la demandante presentó solicitud de pensión vejez el 11 de diciembre de 2020, la cual fue resuelta de forma negativa por **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB48379 del 23 de febrero de 2021 *(pág. 17 a 29, archivo "01DemandaConAnexos");* ***iii)*** la accionante el 08 de marzo de 2021 presentó recurso de apelación contra el citado administrativo, resuelto de manera negativa por **COLPENSIONES** por medio de la Resolución DPE2326 del 09 de abril de 2021 *(pág. 31 a 53, archivo "01DemandaConAnexos");* ***iv)*** **LUZ AMPARO LONDOÑO RESTREPO**

cotizó a CAJANAL y al ISS hoy **COLPENSIONES** 1.636,57 semanas *(archivo "11HistoriaLaboralActualizada")* y percibe una pensión de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá en Resolución No. 2402 del 29 de marzo de 2019, en cuantía de $2.922.950 a partir del 10 de diciembre de 2018, por haber laborado al servicio del estado como docente hasta el 09 de diciembre de 2018 *(pág. 87 a 89, archivo "01DemandaConAnexos").*

- **Sobre la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público**

El artículo 128 Constitucional establece que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política recae sobre prestaciones provenientes del tesoro público, esto es, la Nación, las entidades territoriales y descentralizadas cuando se pagan con cargo a tales recursos, como acontece con las pensiones de jubilación en cabeza de una entidad descentralizada, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal, es decir, que esta prohibición lo que pretende es la racionalización de los dineros públicos por lo que, por regla general, una misma persona no puede recibir más de una asignación que provenga del erario, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley (SL4014-2018, SL3226-2020 y SL2599-2021, entre otras).

- **Sobre la compatibilidad entre la pensión vejez a cargo de COLPENSIONES y las pensiones reconocidas por el Magisterio**

Para resolver este punto de la controversia el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las

reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones advirtiendo que las "*prestaciones a cargo, de dicho Fondo, serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*". En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la Ley 100 de 1993.

Sobre la compatibilidad entre las pensiones percibidas por docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y las prestaciones económicas por cotizaciones al RPMPD y al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Magisterio y el pago del bono pensional a cargo de la Nación no representa una doble asignación a cargo del erario, pues a pesar de que el bono constituye un título de deuda pública en los términos del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, los dineros que acredita no provienen de la Nación sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores, y por tanto tienen diferente fuente de financiación. Asimismo, ha señalado que una persona que preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy COLPENSIONES, no genera incompatibilidad alguna *(SL de fecha 6 de diciembre de 2011 radicado 40848, SL 451 de 2013, SL 3775 de 2021 y SL 1127 de 2022).*

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso se tiene que a la demandante **LUZ AMPARO LONDOÑO RESTREPO** le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá mediante Resolución No. 2402 del 29 de marzo de 2019, en cuantía de $2.922.950 a partir del 10 de diciembre de 2018 *(pág. 87 a 89, archivo "01DemandaConAnexos")*, tomando en cuenta los tiempos laborados para el Distrito Capital, por lo que para el reconocimiento, liquidación

y pago de la misma sólo se tuvieron en cuenta los tiempos laborados con entidades públicas cuando se desempeñó como docente hasta el 09 de diciembre de 2018. Adicionalmente, reporta tiempos cotizados a CAJANAL teniendo como empleador a Gustavo Téllez Riaño como Notario del Círculo de Bogotá desde el 1° de enero de 1985 al 30 de mayo de 1992 (*archivo "GEN-CSA-F1-2019_1604939-519339241-20190209105044", expediente administrativo*), periodos que ya aparecen validados y reflejados en la historia laboral expedida por la demandada, así como en los dos actos administrativos que resolvieron las solicitudes de la afiliada, reconociendo por ese lapso un total de 381.43 semanas.

Además, tiene reportadas en el ISS hoy **COLPENSIONES** un total de 1.255,14 semanas con empleadores privados desde el 1° de febrero de 1979 hasta el 31 de octubre de 2020 *(archivo "11HistoriaLaboralActualizada "),* logrando un acumulado de 1.636.57 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Al respecto, aplicando el precedente jurisprudencial, la pensión que percibe la demandante a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con la pensión vejez a cargo de **COLPENSIONES** atendiendo a que, si bien la demandada es una entidad de seguridad social del orden público, la pensión vejez se financia con las cotizaciones realizadas por la actora con empleadores privados, por tanto no hacen parte del erario, sin que ello comporte incompatibilidad alguna (art. 128 Constitucional), lo que descarta los planteamientos expuestos en la alzada.

Es cierto que el estado es el garante de los beneficios de los afiliados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin embargo, las prestaciones se financian es con las cotizaciones de todos los afiliados de dicho fondo común, en los términos señalados en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993. Y el hecho de que la prestación pensional reclamada en este juicio se financie con recursos que debe

trasladar CAJANAL hoy UGPP, ello obedece es a la prestación efectiva del servicio de la demandante a una notaría y a las cotizaciones efectuadas por el empleador en ese fondo de pensiones.

En consecuencia, procede la Sala a verificar si **LUZ AMPARO LONDOÑO RESTREPO** cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que exige para acceder a dicha prestación, para el caso de las mujeres, tener 57 o más años de edad y un mínimo de 1.300 semanas a partir del año 2015, de la siguiente manera:

LUZ AMPARO LONDOÑO RESTREPO nació el 09 de diciembre de 1963 *(pág. 91, archivo "01DemandaConAnexos")*, por lo que cumplió 57 años de edad en mismo día y mes del año 2020, reuniendo así el primer presupuesto normativo. Al revisar el reporte de semanas cotizadas, expedido el 30 de enero de 2023, se observa que cotizó con empleadores privados un total de 1.636.57 semanas, lo que es indicativo que acredita los requisitos necesarios para acceder a la pensión vejez, razón suficiente para confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

Sin embargo, atendiendo a que la pensión se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se modificará la sentencia para precisar que a la demandante le corresponde 13 mesadas anuales.

- **Sobre la fecha de disfrute y el valor de la mesada pensional**

Por regla general la pensión de vejez debe pagarse a partir del día siguiente a la fecha del último periodo cotizado al sistema; sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ante situaciones especiales y excepcionales, que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema, esto es, que se pueda reconocer a partir

de la calenda en que se cumplió con los requisitos que la ley exige para acceder a esta, aunque no se hubiera reportado la desafiliación, como cuando se demuestra que la verdadera voluntad del trabajador era la de retirarse, sin que así lo hubiera podido hacer, por la actitud asumida por la administradora de pensiones *(SL2662 de 2020, SL 2607 de 2021 y SL 414 de 2022).*

De acuerdo con la documental obrante en el expediente se tiene que **LUZ AMPARO LONDOÑO RESTREPO** solicitó a **COLPENSIONES** la pensión de vejez el 11 de diciembre de 2020, entidad que negó la prestación mediante SUB48379 del 23 de febrero de 2021 *(pág. 17 a 29, archivo "01DemandaConAnexos").*

Para la Sala es claro que al 11 de diciembre de 2020 *(fecha en que la demandante le solicitó la pensión a Colpensiones)* acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez y debido a la negativa del fondo de pensiones continúo realizando cotizaciones al sistema hasta el 31 de diciembre de 2021. Por lo tanto, como fecha de disfrute correspondería a aquella en la que el trabajador cotizante demostró su voluntad de retirarse del sistema.

Con todo, no se puede pasar por alto que la sentencia de instancia fijó como fecha de disfrute el 1° de enero de 2022, día siguiente a la última cotización pensional, por lo que al ser **COLPENSIONES** el único apelante y que la consulta se surte a su favor, no se puede hacer más gravosa su situación, lo que conlleva a confirmar la fecha del goce del derecho determinada por el juez de primer grado.

Teniendo clara la fecha de disfrute de la pensión de vejez, procede la Sala a determinar el valor de la mesada pensional para el año 2022, teniendo como IBL el promedio de lo cotizado por la afiliada en los últimos 10 años, y no sobre toda la vida laboral, aspecto sobre el cual no hubo controversia, de la siguiente manera:

DESDE	HASTA	# DÍAS	IBC	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/02/2012	30/03/2012	60	$ 1.681.000,00	111,4100	76,190000	1,46	$2.458.068,12	$147.484.087,15
1/04/2012	30/04/2012	30	$ 1.644.000,00	111,4100	76,190000	1,46	$2.403.964,30	$72.118.928,99
1/05/2012	30/05/2012	30	$ 1.681.000,00	111,4100	76,190000	1,46	$2.458.068,12	$73.742.043,58
1/06/2012	30/06/2012	30	$ 3.481.000,00	111,4100	76,190000	1,46	$5.090.145,82	$152.704.374,59
1/07/2012	30/07/2012	30	$ 3.481.000,00	111,4100	76,190000	1,46	$5.090.145,82	$152.704.374,59
1/08/2012	30/08/2012	30	$ 1.700.000,00	111,4100	76,190000	1,46	$2.485.851,16	$74.575.534,85
1/09/2012	30/09/2012	30	$ 1.644.000,00	111,4100	76,190000	1,46	$2.403.964,30	$72.118.928,99
1/10/2012	30/12/2012	90	$ 1.681.000,00	111,4100	76,190000	1,46	$2.458.068,12	$221.226.130,73
1/01/2013	30/04/2013	120	$ 1.681.000,00	111,4100	78,050000	1,43	$2.399.490,20	$287.938.823,83
1/05/2013	30/05/2013	30	$ 2.186.000,00	111,4100	78,050000	1,43	$3.120.336,45	$93.610.093,53
1/06/2013	30/06/2013	30	$ 3.654.000,00	111,4100	78,050000	1,43	$5.215.786,55	$156.473.596,41
1/07/2013	30/11/2013	150	$ 1.782.000,00	111,4100	78,050000	1,43	$2.543.659,45	$381.548.917,36
1/11/2013	30/11/2013	30	$ 2.443.000,00	111,4100	78,050000	1,43	$3.487.182,96	$104.615.488,79
1/12/2013	30/12/2013	30	$ 3.083.000,00	111,4100	78,050000	1,43	$4.400.730,69	$132.021.920,56
1/05/2014	30/05/2014	150	$ 1.853.000,00	111,4100	79,560000	1,40	$2.594.805,56	$389.220.833,33
1/06/2014	30/06/2014	30	$3.741.000,00	111,4100	79,560000	1,40	$5.238.622,55	$157.158.676,47
1/07/2014	30/08/2014	60	$1.853.000,00	111,4100	79,560000	1,40	$2.594.805,56	$155.688.333,33
1/09/2014	30/09/2014	30	$1.750.000,00	111,4100	79,560000	1,40	$2.450.571,90	$73.517.156,86
1/10/2014	30/10/2014	30	$1.853.000,00	111,4100	79,560000	1,40	$2.594.805,56	$77.844.166,67
1/11/2014	30/11/2014	30	$1.756.000,00	111,4100	79,560000	1,40	$2.458.973,86	$73.769.215,69
1/12/2014	30/12/2014	30	$1.853.000,00	111,4100	79,560000	1,40	$2.594.805,56	$77.844.166,67
1/01/2015	30/04/2015	120	$1.853.000,00	111,4100	82,470000	1,35	$2.503.246,39	$300.389.567,12
1/05/2015	30/05/2015	30	$2.348.000,00	111,4100	82,470000	1,35	$3.171.949,56	$95.158.486,72
1/06/2015	30/06/2015	30	$2.105.000,00	111,4100	82,470000	1,35	$2.843.677,09	$85.310.312,84
1/07/2015	30/12/2015	180	$1.977.000,00	111,4100	82,470000	1,35	$2.670.759,91	$480.736.784,29
1/01/2016	30/04/2016	120	$2.151.000,00	111,4100	88,050000	1,27	$2.721.668,48	$326.600.218,06
1/05/2016	30/05/2016	30	$3.200.000,00	111,4100	88,050000	1,27	$4.048.972,17	$121.469.165,25
1/06/2016	30/07/2016	60	$2.341.000,00	111,4100	88,050000	1,27	$2.962.076,21	$177.724.572,40
1/08/2016	30/08/2016	30	$2.263.000,00	111,4100	88,050000	1,27	$2.863.382,51	$85.901.475,30
1/09/2016	30/09/2016	30	$2.341.000,00	111,4100	88,050000	1,27	$2.962.076,21	$88.862.286,20
1/10/2016	30/10/2016	30	$2.258.000,00	111,4100	88,050000	1,27	$2.857.055,99	$85.711.679,73
1/11/2016	30/12/2016	60	$2.341.000,00	111,4100	88,050000	1,27	$2.962.076,21	$177.724.572,40
1/01/2017	30/03/2017	90	$2.341.000,00	111,4100	93,110000	1,20	$2.801.104,18	$252.099.376,01
1/04/2017	30/08/2017	150	$2.341.299,00	111,4100	93,110000	1,20	$2.801.461,94	$420.219.291,57
1/09/2017	30/09/2017	30	$3.816.308,00	111,4100	93,110000	1,20	$4.566.371,76	$136.991.152,71
1/10/2017	30/12/2017	90	$2.505.180,00	111,4100	93,110000	1,20	$2.997.552,40	$269.779.715,84
1/01/2018	30/12/2018	360	$2.657.742,00	111,4100	96,920000	1,15	$3.055.087,04	$1.099.831.335,53
1/01/2019	30/01/2019	30	$2.657.742,00	111,4100	100,000000	1,11	$2.960.990,36	$88.829.710,87
1/02/2019	28/02/2019	30	$2.674.614,00	111,4100	100,000000	1,11	$2.979.787,46	$89.393.623,72
1/03/2019	30/12/2019	300	$2.817.207,00	111,4100	100,000000	1,11	$3.138.650,32	$941.595.095,61
1/01/2020	30/11/2020	330	$2.817.207,00	111,4100	103,800000	1,07	$3.023.747,90	$997.836.806,52
1/12/2020	30/12/2020	30	$3.831.411,00	111,4100	103,800000	1,07	$4.112.307,32	$123.369.219,51
1/01/2021	30/12/2021	360	$2.977.459,00	111,4100	105,480000	1,06	$3.144.849,33	$1.132.145.758,33
	TOTAL DIAS	3600						$10.705.605.999,49

IBL	$2.973.779,44
SMLV 2022	$1.000.000,00
No. SALARIOS	2,97
TOTAL SEMANAS	1636

r	**=**	**65,50%**	**-**	**0,50%**	*****	**2,97**
r	**=**	**65,50%**	**-**	**1,49%**		
r	**=**	**64,01%**				
r	**=**	**73,01%**				

VALOR PENSIÓN	**$2.171.248,87**
TASA DE REMPLAZO	73,01%

El valor de la primera mesada pensional para el año 2022 asciende a la suma de $2.171.248.87, cuantía que es superior a la liquidada por el *a quo*, por lo que para no hacer más gravosa la situación del apelante único, en cumplimiento del artículo 66ª del CPTSSS y dado que se surte el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada, se confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

- **De la excepción de prescripción**

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

Así las cosas, se advierte que la demandante solicitó la pensión de vejez el 11 de diciembre de 2020, la cual fue resuelta de forma negativa por **COLPENSIONES** mediante SUB48379 del 23 de febrero de 2021 *(pág. 17 a 29, archivo "01DemandaConAnexos")* y la demanda fue presentada en reparto el 15 de julio de 2021 (*pág. 94, archivo "01DemandaConAnexos*"), es decir, antes de que transcurrieran los 3 años, motivo por el cual no prospera este medio exceptivo. Y por el resultado del estudio del objeto del litigio, tampoco tienen vocación de prosperidad las demás excepciones formuladas en la contestación.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993:**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la

Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras). La misma Corporación de cierre ha determinado que de forma excepcional no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

En el presente asunto **COLPENSIONES** negó la pensión vejez argumentando una incompatibilidad de prestaciones a cargo del erario, posición que resulta injustificada e insuficiente para aplicar la regla excepcional citada, pues es un asunto que por lo menos desde el año 2011 ha quedado dilucidado jurisprudencialmente sin que dicha entidad haya acatado el precedente, lo que conlleva a que los mismos sean viables por la demora en el pago de las mesadas pensionales reconocidas.

Por tanto, en este caso **COLPENSIONES** tenía la posibilidad de pagar la pensión no sólo a partir del 11 de diciembre de 2020, fecha de la solicitud, sino también tuvo la alternativa de concederla a partir del momento en que cesaran los aportes, circunstancia que no ocurrió, razón suficiente para concluir que el pago de interés procede a partir de la causación de la primera mesada reconocida. En este caso, la mesada de enero de 2022 se debió pagar a partir del 1° de febrero del mismo año, y la de febrero de 2022 a partir del 1° de marzo siguiente, motivo por el cual se modificará el alcance de la condena.

Por otra parte, se adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de autorizar a la accionada para que del retroactivo adeudado descuente el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, según los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que a **LUZ AMPARO LONDOÑO RESTREPO** le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2022, por 13 mesadas anuales, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que los intereses moratorios respecto de la mesada de enero de 2022 se causan a partir del 1° de febrero de 2022 y así sucesivamente respecto de las demás mesadas pensionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional los valores que correspondan por aportes al sistema de seguridad social en salud a cargo de la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento voto

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

SALVAMENTO DE VOTO:
DEMANDANTE: LUZ AMPARO LONDOÑO RESTREPO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
RADICADO: 11001 31 05 016 2021 00329 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

A continuación, se exponen las razones por las que se presenta salvamento de voto:

La Ley 100 de 1.993 estableció el sistema de seguridad social integral conformado: por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios, sujetos, entre otros, a los principios de integralidad y unidad (arts. 1°, 2° y 8°).

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la 797 de 2003, indicó que el Sistema General de Pensiones consagrado en dicha ley se aplicara a todos los habitantes del territorio nacional para quienes a la fecha de la vigencia de la Ley no hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general.

Lo anterior, en razón a que dicha norma respetó los derechos adquiridos.

A su vez, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal j), señala que ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez, entendiéndose estas de origen común.

Ahora respecto de la pretensión solicitada por la demandante que es la pensión de vejez, esto es, la compatibilidad entre la pensión de jubilación obtenida por su labor de docente y la pensión de vejez legal que otorga COLPENSIONES.

De tal manera que la compatibilidad solicitada de la pensión de jubilación consagrada para los docentes y de vejez consagrada en la ley 100 de 1993 no es posible, en razón a que los dos tipos de pensiones cubren el mismo riesgo que es de vejez. Recuérdese que el objetivo de la Ley 100 de 1993 es precisamente unificar o integrar los recursos de prima media para cubrir las contingencias de sus afiliados y unificar las prestaciones de los afiliados, lo cual fue reafirmado por el Acto Legislativo 1 de 2005.

Adicionalmente, también es aplicable la Ley 549 de 1999, en su artículo 17 inciso 4º, que establece que todos los tiempos laborados o cotizados serán utilizados para financiar la pensión y si no se tienen en cuenta para el reconocimiento se deben

trasladar a la entidad que reconoció la pensión porque son necesarios para financiar la pensión de jubilación, de tal manera que no se derivan diversas pensiones por cada uno de los trabajos realizado por la demandante máxime cuando existe la incompatibilidad legal ya reseñada

Por lo anterior, se considera que el reconocimiento de dos pensiones del mismo origen común y para el mismo riesgo de vejez vulnera los principios del servicio público esencial de seguridad social en especial los de eficiencia e integralidad, principios consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, y que existe una incompatibilidad legal entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez por cubrir el mismo riesgo, y, en consecuencia, se debió revocar la sentencia de primera instancia.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 17-2021-00147-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última contra el fallo del 01 de marzo de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver a **PORVENIR S.A.** el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó su vinculación en el RPM y condenó en costas a las demandadas (min. 3:16 archivo *"18Audiencia01-03-2023"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 19 archivo "*02DemandaAnexos*").**

FANNY SANABRIA SANABRIA solicitó declarar ineficaz el traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAI sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra *petita* y costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicitó declarar la nulidad del traslado.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 06 de agosto de 1960; que se afilió al ISS el 02 de enero de 1980 para los riesgos de IVM; que el 01 de febrero de 2001, se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una

asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales, que no recibe pensión y continua afiliada a **PORVENIR**, en donde solicitó en dos oportunidades una proyección de la mesada pensional en el RAIS, arrojando un valor de $1.151.400, no obstante, según proyección realizada por firma de consultores particular, en el RPM la mesada ascendería a $2.811.902.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos de la demanda relativos a la edad y la afiliación al ISS. Expresó no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre el punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (Pág. 5 a 25 archivo *"05ContestaciónDemandaColpensiones*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad y la vinculación a la AFP **PORVENIR S.A**. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 3 a 35 archivo "*06ContestaciónDemandaPorvenir*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 3:16 archivo *"18Audiencia01-03-2023"*).

El 01 de marzo de 2023, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.* ***SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO*** *de la señora FANNY*

SANABRIA SANABRIA identificada con la C.C. 51.593.458, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, según lo considerado. ***TERCERO: DECLARAR*** *que la demandante señora SANABRIA SANABRIA, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según lo analizado en precedencia.* ***CUARTO: ORDENAR*** *a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver además gastos o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, conceptos que deberán ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado en precedencia.* ***QUINTO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúe PORVENIR S.A., a favor de la demandante, y convalidarlos en la historia laboral de la afiliada, para los efectos de la densidad de semanas cotizadas a que haya lugar en ese régimen pensional.* ***SEXTO: CONDENAR EN COSTAS*** *procesales a las demandadas. En firme esta sentencia, se dispone que por Secretaría, se practique la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de $1.000.000 M/Cte.* ***SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA*** *de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, remítase el expediente al Superior una vez concluya la presente audiencia (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el traslado de la demandante al RAIS y determinar si en su momento el asesor de **PORVENIR S.A.** le brindó a la futura afiliada una información clara, veraz y suficiente con miras a ilustrarla acerca de las características y condiciones del RAIS, comparado con el régimen que entonces estaba a cargo del ISS y determinar si estamos frente a una causa de nulidad o ineficacia del traslado, que conlleve a dejar sin efecto jurídico el traslado efectuado a ese régimen pensional.

Para resolver, el Juez indicó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993 y para la fecha de traslado al fondo privado no tenía una expectativa de acceder a una pensión de vejez con base en las normas del RPM, por lo que su situación no encaja en la posibilidad fijada por la Corte Constitucional para permitirse su retorno automático al RPM, no obstante, para el momento en que se materializó el traslado, febrero de 2001, la demandante contaba con alrededor de 638,14 semanas cotizadas, que implicaba un estudio acucioso por parte del asesor de la AFP a efectos de recibir o no a la afiliada al RAIS. Que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, dentro del proceso no obra elemento de convicción que acredite que al momento del traslado al RAIS, la AFP hubiera brindado asesoría transparente, completa y suficiente, concluyendo que faltó a su deber de información por lo que deben atenderse favorablemente las pretensiones de la demandante.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, atendiendo a que allí se adujo que no se allegó constancia documental alguna al cumplimiento al deber de información, cuando para la época de la afiliación su representada solo estaba obligada a soportar la información suministrada con el formulario de afiliación, documento que fue allegado de manera oportuna y evidencia que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria al plasmar su firma, que no resultaban oponibles las obligaciones indicadas en la parte considerativa de la sentencia, como por ejemplo el hecho de no haber entregado una asesoría que incluyera la conveniencia o no del traslado de régimen pensional, cuando esta obligación solamente surgió a partir de los múltiples desarrollos normativos y jurisprudenciales que tuvo el deber de información, por lo que hoy por hoy se exige una carga demostrativa muy diferente a la que se exigía a la AFP al momento de su creación, sin que pueda aplicarse de manera retroactiva tales criterios jurisprudenciales a la AFP, quien actuó amparada bajo el principio de confianza legítima y seguridad jurídica; que la demandante solo

demuestra su deseo de retornar al RPM cuando se encuentra cercana a acceder a su derecho pensional e inmersa en su prohibición de traslado; que la demandante se benefició de las características del RAIS tales como rendimientos financieros y la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, entre otras, y que su motivación para retornar al RPM consiste en el inconformismo frente a la cuantía de la mesada pensional, empero la demandante de manera libre se acogió a las condiciones del RAIS. Señaló la improcedencia de la devolución de gastos de administración y de la indexación de los rubros que se ordenan devolver, pues en vista de que se ordena el reintegro de los rendimientos financieros, se estaría imponiendo una doble sanción por el mismo concepto (min. 40:33 archivo *"18Audiencia01-03-2023"*).

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES**, interpone recurso de apelación respecto a la condena en costas, por cuanto resulta improcedente la misma de acuerdo a la naturaleza jurídica de la entidad, y dado que actuó como tercero de buena fe (min. 51:29 archivo *"18Audiencia01-03-2023"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Epson Mateo Gallar Adaime con CC 1.117.541.420 y TP 326.216 del CSJ, a quien se la faculta para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó absolver a su representada de cada una de las pretensiones. Alegó que al momento de solicitar el retorno al RPM la demandante se encontraba en la prohibición legal descrita en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, que no se acreditaron vicios del consentimiento en la afiliación al RAIS, que es improcedente la condena en costas toda vez que **COLPENSIONES** es un tercero de buena fe y que la ineficacia del traslado generaría el quebrantamiento del principio de la descapitalización del sistema. Por último, solicitó condicionar la sentencia por parte de esa entidad al cumplimiento de la devolución por parte de la AFP de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI de la demandante.

Por su parte, el abogado Octavio Andrés Castillo Ocampo con CC 1.017.267.151 y TP 380.131 del CSJ, adscrito a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., apoderada de **PORVENIR S.A.**, solicitó revocar la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos de la alzada y agregando la improcedencia de la condena en costas por cuanto su representada siempre actuó con buena fe objetiva y en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época del traslado de régimen.

Por último, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia al no haber quedado acreditado el deber de información por parte de la AFP.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la condena a la AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante la permanencia de la afiliada y la condena en costas

a las **DEMANDADAS**, conforme a los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **FANNY SANABRIA SANABRIA** nació el 06 de agosto de 1960 (Pág. 23 archivo *"02DemandaAnexos"*); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS el 02 de enero de 1980 (Pág. 24 archivo *"02DemandaAnexos"*); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A** mediante formulario de vinculación No. 0148408 del 06 de diciembre de 2000, efectivo a partir del 01 de febrero de 2001, AFP donde cuenta con 2.030 semanas cotizadas a mayo de 2021 (Pág. 36 a 45 archivo *"06ContestacionDemandaPorvenir"*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver a **PORVENIR S.A.** el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó su vinculación en el RPM y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión las **DEMANDADAS** interpusieron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de

permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

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

CASO CONCRETO

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

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio, manifestó que la empresa para la cual trabajaba para la época permitió el ingreso de asesores comerciales de la AFP, quienes llevaron a cabo una reunión muy corta en donde le informaron que corría riesgo si permanecía afiliada en el ISS por el estado económico de esa entidad, la cual aparentemente se iba a acabar, que no fue enterada respecto de los requisitos para pensionarse en el RPM, que solo le indicaron que en el RAIS podría pensionarse antes de tiempo, pero cuando averiguó en el fondo privado sobre su pensión le indicaron que la mesada pensional sería muy baja, por lo que consultó con una firma externa que arrojó diferencias significativas entre lo que podría llegar a recibir entre uno y otro régimen, manifestaciones que no benefician a la **DEMANDADA** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de

una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha

dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

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

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

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

controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el

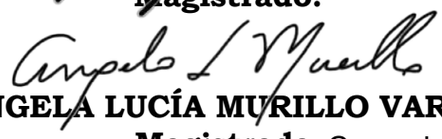
artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FANNY SANABRIA SANABRIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2021 00147 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 17-2021-00173-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a favor de esta última contra el fallo del 24 de febrero de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la vinculación en el RPM, ordenó el traslado del saldo de la CAIP sin descuentos y debidamente indexado, se abstuvo de estudiar el derecho pensional y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (min. 50:02 *archivo "20VideoAudiencia24Febrero2023")*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Archivo "*02PoderDemanda2021-00173*").**

ROSA STELLA GOMEZ MUÑOZ solicitó declarar ineficaz el traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAIP, reconocer y pagar la pensión de vejez junto con los intereses moratorios a que haya lugar, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. Como fundamento fáctico, indicó que nació el 03 de noviembre de 1961, se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **HORIZONTE S.A**. hoy **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Posteriormente, fue trasladada horizontalmente a **PORVENIR S.A.** Aseguró que actualmente cuenta con

más de 1.587 semanas cotizadas, que cumple con los requisitos para pensionarse y que agoto vía gubernativa.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad, al traslado al RAIS por medio de HORIZONTE S.A., que fue trasladada horizontalmente a **PORVENIR S.A.**, que actualmente cuenta con más de 1.587 semanas cotizadas, y que agotó la vía gubernativa. Expresó no constarle los demás hechos e interpuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (pág. 4 a 21 archivo *"06ContestacionColpensiones2021-00173"*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** dejó vencer en silencio el término de traslado, por lo que se tuvo por no contestada la demanda (archivo "*08AutoInadmiteContestacionColp13Septiembre2021*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 50:02 *archivo "20VideoAudiencia24Febrero2023")*

El 24 de febrero de 2023, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por la demandada* ***COLPENSIONES****, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que el traslado de la señora* ***ROSA STELLA GÓMEZ MUÑOZ*** *identificada con la C.C. 34.981.727, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, a través de Horizonte S.A., hoy* ***PORVENIR S.A.****, fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.* ***TERCERO: DECLARAR*** *que la demandante señora* ***GÓMEZ MUÑOZ,*** *se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que* ***COLPENSIONES,*** *tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas****. CUARTO: ORDENAR*** *a la Administradora de Fondos de Pensiones* ***PORVENIR S.A.,*** *trasladar a* ***COLPENSIONES*** *todos los conceptos que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como*

cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, debiendo devolver además los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados, y con cargo a Asus propias utilidades, incluyendo en la devolución los gastos de administración que en su momento descontó y los que fueron descontados en le pasado por parte de Horizonte S.A., como anterior administradora. ***QUINTO: ORDENAR*** *a* ***COLPENSIONES,*** *recibir ese traslado de fondos que efectúe* ***PORVENIR S.A****., a favor de la demandante, y convalidarlos en la historia laboral.* ***SEXTO: ABSTENERSE*** *de resolver el derecho pensional deprecado, sin embargo, se advierte a* ***COLPENSIONES*** *que deberá, una vez materializado el retorno de la demandante, proceder a estudiar la prestación pensional que le pudiese corresponder en el marco normativo y en las condiciones que invoque en su momento; lo anterior teniendo en cuenta las consideraciones precedentes****. SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS*** *a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación respectiva, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de $1'000.000 M/Cte.* ***OCTAVO:*** *SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de* ***COLPENSIONES*** *(…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el traslado de la **DEMANDANTE** al RAIS, determinar si en su momento el asesor de **HORIZONTE** S.A. le brindó a la futura afiliada la información clara, completa, pertinente y veraz con miras a ilustrarla acerca de las condiciones y características de ese régimen pensional comparado con el régimen entonces a cargo del ISS y determinar si estamos frente a una causal de ineficacia del traslado que conlleve a declarar a la **DEMANDANTE** nuevamente como afiliada del RPM de **COLPENSIONES**.

Para resolver, el Juez indicó que atendiendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso no se acredita que las AFP hubieran satisfecho a la accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte de la demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó modificar la sentencia de primera instancia, respecto del numeral sexto, que se abstuvo de estudiar el derecho pensional de la actora, argumenta que la demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez

causados desde el 2018 y si se deja que **COLPENSIONES** haga el estudio de la pensión de vejez, seguramente se la reconocería, pero con una prescripción parcial, situación que no tendría por qué soportar la demandante, por lo que solicita se reconozca la pensión de vejez junto con los intereses moratorios a que haya lugar. (min. 53:02 *archivo "20VideoAudiencia24Febrero2023").*

La apoderada de **PORVENIR S.A**., interpone recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado, así como de las condenas impuestas a la AFP, argumenta que si bien existe un precedente jurisprudencial de la CSJ, el mismo no puede ser aplicado de manera homogénea a todos los casos que declaran la ineficacia del traslado por falta al deber de información, pues en el presente caso no se aplica toda vez que realizó la actora válidamente su traslado de régimen pensional, de manera voluntaria, sin presiones y debidamente informada. Asegura que **PORVENIR** siempre ha actuado de buena fe y pide no sea condenada la AFP a pagar los valores indexados en la medida que con el traslado de los rendimientos financieros se está cumpliendo la depreciación del valor adquisitivo de la moneda (56:24 *archivo "20VideoAudiencia24Febrero2023").*

La demandada **COLPENSIONES** pide sea revocada la condena en costas, por ser improcedente, toda vez que esa entidad está aceptando el traslado de la demandante a pesar de que esta se encuentra en una prohibición legal, y es un tercero de buena fe, por lo que sería perjudicado si se impone esta condena. (59:13 *archivo "20VideoAudiencia24Febrero2023")*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Epson Mateo Gallar Adaime CC 1.117.541.420 y TP 326.219 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de la alzada. Por su parte, la doctora Camila Soler Sánchez con CC 1.014.290.875 y TP 352.159 del CSJ, adscrita a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.,

apoderada de **PORVENIR S.A.,** quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia. El apoderado de la **DEMANDANTE**, solicitó revocar el fallo parcialmente, pide sea reconocido el derecho pensional junto con los intereses moratorios, reiterando los argumentos de su recurso de apelación.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a HORIZONTE S.A. hoy **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de las condenas a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A**. y el reconocimiento pensional a favor de la **DEMANDANTE**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **ROSA STELLA GOMEZ MUÑOZ** nació el 03 de noviembre de 1961 (Pág. 2. archivo "03PruebasAnexos"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **HORIZONTE S.A**. hoy **PORVENIR S.A** (Pág. 24 archivo "*07ContestacionPorvenir2021-00173*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** posteriormente fue trasladada horizontalmente a **PORVENIR S.A.,** en

donde acumula un total de 1.581 semanas cotizadas (Pág. 25 a 43 archivo "*07ContestacionPorvenir2021-00173*; ***iv)*** la **DEMANDANTE** agoto vía gubernativa (Pág. 3 a 7 archivo "03PruebasAnexos").

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó su vinculación en el RPM, ordenó el traslado del saldo de la CAIP sin descuentos y debidamente indexado, se abstuvo de estudiar el derecho pensional y condenó en costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión la **DEMANDANTE**, **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

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

comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, HORIZONTE S.A. hoy **PORVENIR S.A.** brindará asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó los formularios

de afiliación, sin que la firma de estos por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio indicó que la asesoría del promotor de la AFP se limitó a señalar que el ISS se iba a acabar, que se podía pensionar anticipadamente, que tendría la misma mesada pensional que en el régimen público y que trasladarse le traería varios beneficios, manifestación que no beneficia a la **DEMANDADA** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Por ser acorde a la posición jurisprudencial, se confirmará la condena, incluyendo la indexación.

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

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

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

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por las **DEMANDADAS,** independiente del comportamiento de las partes.

En otro giro, en cuanto el recurso de apelación de la **DEMANDANTE**, no le asiste razón a que se imparta la orden de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por cuanto el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 condiciona el reconocimiento de dicha prestación al traslado de las sumas que debe retornar la AFP **DEMANDADA,** a su vez, se debe actualizar y registrar toda la historia laboral desde el RAIS al RPM, y a partir de dicho instante podrán analizarse aspectos determinantes de la prestación, como el total de semanas cotizadas, periodos en mora, tasa de reemplazo, IBL, fecha de disfrute de la pensión, entre otras, motivo por el cual se confirmará la abstención dada por el *a quo* en cuanto el reconocimiento pensional.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

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

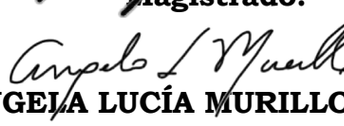
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ROSA STELLA GOMEZ MUÑOZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2021 00173 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 18-2021-00299-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES,** así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 08 de junio de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN** (min. 1:26:28 archivo *"13AudienciaVirtualsentencia"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 4 a 11 archivo "*01DemandaAnexos*").**

ARLEX TORO RODRÍGUEZ solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 24 de julio de 1961; que se afilió al ISS desde el 12 de enero de 1982 hasta el 20 de junio de 2001; que el 25 de mayo de 2001, se trasladó al RAIS mediante afiliación a **SANTANDER** hoy **PROTECCION S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de

cada régimen pensional y para el 25 de septiembre de 2008 realizo traslado y afiliación a **PORVENIR S.A.**

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad, expresó que no eran ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho, buena fe y la genérica (Pág. 4 a 29 archivo "*08ContestaciónDemnadaColpensionesExpedienteAdministrativo*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de prescripción, restituciones mutuas, inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 3 a 27 archivo "*13ContestaciónDemandaPorvenir*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (1:26:28 archivo *"13AudienciaVirtualSentencia"*).

El 08 de junio de 2023, el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO DECLARAR LA INEFICACIA*** *de la afiliación del señor ARLEX TORO RODRÍGUEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.441.578, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A de fecha 25 de mayo de 2001 con fecha efectividad 1 de julio del mismo año, y consecuentemente declarar la ineficacia del traslado y de la afiliación a PROTECCIÓN efectuada el 16 de diciembre de 2002, y la efectuada a PORVENIR de fecha 25 de septiembre de 2008, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.* ***SEGUNDO DECLARAR*** *que para todos los efectos legales el señor ARLEX TORO RODRÍGUEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.441.578, 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* ***TERCERO ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., y la*

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar 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 hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante ARLEX TORO RODRÍGUEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.441.578, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. ***CUARTO ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 12 de enero de 1982, 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 el señor ARLEX TORO RODRÍGUEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.441.578, 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 las demandadas. La presente acta es de carácter informativo, las partes han de estarse al contenido del medio virtual de la grabación de la audiencia.* ***SEXTO COSTAS*** *de esta instancia a cargo de las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un ($ 1.000.000) por cada una y a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES. (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó el demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, indicó que atendiendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, el saneamiento no procede por el mero paso del tiempo, para el *a quo* no se acredita que las AFP hubieran satisfecho al accionante en su deber de información, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que teniendo en cuenta el interrogatorio hubo una falta de interés o abandono del demandante en cuanto a validar e informarse sobre sus aportes en las AFP y teniendo en cuenta que éste se afilió y trasladó de manera libre y voluntaria. Pide sea revocada la sentencia de primera instancia. (min. 1:18:00 archivo *"13AudienciaVirtualSentencia"*).

La demandada **PORVENIR** interpone recurso parcial, respecto a la orden de la devolución de las sumas indexadas y teniendo en cuenta que los aportes del demandante no han sido afectados por la inflación y han generado rendimientos superiores con respecto al RAIS. Pide revocar la sentencia de primera instancia. (min. 1:22:44 archivo *"13AudienciaVirtualSentencia"*)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR** solicitó revocar el fallo, y en su lugar, absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, reiterando los argumentos de la alzada. Por su parte, el apoderado especial del **DEMANDANTE** solicita confirmar el fallo. Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de

derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los valores ordenados por el *a quo* conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el demandante **ARLEX TORO RODRIGUEZ** nació el 24 de julio de 1961 (Pág. 12 archivo "*01DemandaAnexos*"); ***ii)*** el **DEMANDANTE** se afilió al ISS desde el 12 de enero de 1982 al 30 de junio de 2001 (Pág. 167 a 174 archivo "*08ContestaciónDemandaColpensiones*"); ***iii)*** el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación No. 5410111 del 25 de mayo de 2001, efectivo a partir del 01 de julio de 2001; posteriormente, el 01 de febrero de 2003, se trasladó **PROTECCIÓN S.A.** y luego, a **PORVENIR S.A** el 01 de noviembre de 2008, AFP donde se encuentra actualmente y en la que acumula un total de 1.847 semanas a julio de 2022 (Pág. 24 a 25 archivo "*07ContestaciónDemandaProteccion* y Pág. 74 a 88 archivo

"06ContestacionDemandaPorvenir"); ***iv)*** el **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES** para retornar al RPM (Pág. 13 archivo "*01DemandaAnexos*").

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR** y **PROTECCIÓN.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia

SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

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

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

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

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

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque siempre se le aseguró que el ISS estaba en riesgo de desaparecer y que tendría mejores condiciones en el RAIS a las que tenía en el RPM, pero que con más beneficios, manifestación que no beneficia a las **AFP DEMANDADAS,** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la

restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual

del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADAS** deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante **ARLEX TORO RODRÍGUEZ** del RPM al RAIS con **SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación No. 5410111 del 25 de mayo de 2001, efectivo a partir del 01 de julio de 2001, así como el posterior traslado horizontal a **PORVENIR S.A** el 01 de noviembre de 2008.

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

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

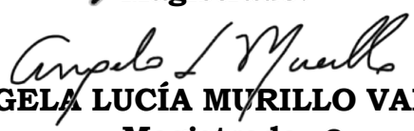
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

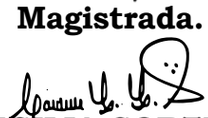
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ARLEX TORO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2021 00299 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.19-2018-00299-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra de la sentencia del 18 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones *(min. 31:53, archivo "ART 80 ORDINARIO 299-2018-20220218_120527-Grabación de la reunión" subcarpeta "3. CD. FL. 245").*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

EDIVAN VILLEGAS MUÑOZ llamó a juicio a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** con el fin de que se declare que es beneficiario de la convención colectiva y, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de prestaciones sociales convencionales, debidamente indexadas, al pago de las diferencias que resulten por concepto de prestaciones sociales legales y convencionales teniendo en cuenta la prima de vacaciones como

factor salarial, reliquidación de pago de aportes a salud y pensión y costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que ingreso a laborar en la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** el 1° de octubre de 2008 a través de un contrato de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de *Operador I*, en el *CIG PROCESO*, relación laboral terminada por el empleador por vencimiento del plazo, momento en el cual devengada la suma de $939.853; que la FEDERACIÓN suscribió con su organización sindical convenciones colectivas de trabajo desde el año 1961 a 1996, acordando que las mismas se aplicaría a todos los trabajadores; que la demandada nunca le reconoció beneficios convencionales; y que en el artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo del año 1996-1997 se acordó el carácter salarial de la prima de vacaciones *(pág. 6 a 23, archivo "1. PROCESO 2018-299").*

- **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo con el demandante, extremos temporales, cargo, salarios y la suscripción de convenciones colectivas y su campo de aplicación. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción *(pág. 231 a 243, archivo "1. PROCESO 2018-299").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 31:53, archivo "ART 80 ORDINARIO 299-2018-2022…")

El 18 de febrero de 2022, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(…) PRIMERO: ABSOLVER *a la demandada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por el señor Edivan Villegas Muñoz, identificado con la cédula 16076488, conforme las consideraciones de esta parte motivan.* ***SEGUNDO:*** *Sin costas en la instancia.* ***TERCERO:*** *Consultar la presente sentencia ante la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el evento en que no fuere apelada.* ***(…)***

Como sustento de la decisión la Juez expresó que el campo de aplicación de la convención colectiva está determinado por la ley y por la misma convención, por lo que no es dable extender su aplicación a trabajadores que ni siquiera se encuentren sindicalizados, en este caso el demandante no era afiliado a la organización sindical ni beneficiario por adhesión, teniendo el sindicato menos de la tercera parte de los trabajadores.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el fin de que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones. Adujo que se le está negando la facultad que tienen las partes de obligarse por sí mismas para contraer las obligaciones que ellas quieran, en este caso, haber extendido la aplicación de la Convención colectiva a todos los trabajadores desde incluso la Convención del año 1961; que la cláusula de aplicación no tiene ningún condicionamiento y que lo que se reclama no se basa en la aplicación legal de la convención, sino en lo pactado por las partes *(min. 32:58, archivo "ART 80 ORDINARIO 299-2018-20220218_120527-Grabación de la reunión" subcarpeta "3. CD. FL. 245").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la demandada y su sindicato de trabajadores y, en caso afirmativo, si es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia que: ***i)*** entre el demandante **EDIVAN VILLEGAS MUÑOZ** y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** se celebró un contrato de trabajo a término fijo vigente desde el 1° de octubre de 2008, desempeñando el cargo de *operador I (pág. 23 a 25, archivo "1. PROCESO 2018-299");* ***ii)*** y que en comunicación del 04 de febrero de 2016 la demandada notificó al trabajador sobre la terminación del contrato de trabajo a término fijo a partir del 31 de marzo de 2016 *(pág. 247, archivo "1. PROCESO 2018-299").*

- **Sobre la extensión de beneficios convencionales**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio conviene precisar que la convención colectiva de trabajo conforme el artículo 467 del CST corresponde al acuerdo celebrado entre el empleador o asociaciones patronales y entre uno o más sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia.

A su vez, el artículo 469 del CST establece que la convención debe celebrarse por escrito y debe ser depositada necesariamente ante el Ministerio de Trabajo a más tardar dentro de los 15 días siguientes al de su firma so pena de no producir efectos. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la carencia de la nota de depósito impide asignar efectos jurídicos a la convención colectiva de trabajo aportada a juicio, salvo que no exista controversia entre las partes relativa a su validez, tal y como señaló en las sentencias de Rad. 37.572 del 22 de agosto de 2012, SL4792 de 2019, entre otras.

La misma Corporación ha sostenido que si bien las convenciones colectivas de trabajo se aportan como una prueba al proceso, ello no desdice su carácter de fuente formal del derecho y, por tanto, los jueces tienen el deber de interpretar sus enunciados normativos conforme a las máximas y principios de hermenéutica jurídica laboral, dentro de los cuales se encuentra el principio protector en sus modalidades de favorabilidad, *in dubio pro operario* y condición más beneficiosa, tal y como indicó en las sentencias SL4934-2017, SL1886-2020, SL131-2022, SL579-2023, entre otras.

Y aunque por disposición del artículo 471 del CST cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de trabajadores de la empresa, los beneficios convencionales se aplican a los todos los trabajadores, estén o no sindicalizados, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha insistido en que son las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las llamadas a determinar el campo de aplicación del acuerdo convencional (CSJ SL4102-2020, SL2062-2021, SL3241-2021 y SL4089-2022), aspecto que se armoniza con lo señalado en el Convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo, en especial el artículo 2°, incorporado a nuestra legislación según la Ley 524 de 1999.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que la controversia gira en torno al alcance que se le debe dar al campo de aplicación del acuerdo convencional suscrito entre la entidad demandada y su sindicato de trabajadores.

Con ese propósito las partes aportaron sendas convenciones colectivas de trabajo y laudos arbitrales, con las correspondientes constancias de depósito, cuyas vigencias oscilan entre el año 1964 hasta el 31 de diciembre de 1999. Al revisar su contenido, la última convención colectiva que estableció el campo de aplicación es la que reguló las relaciones labores de los trabajadores y la FEDERACION desde el 1° de abril de 1982 hasta el 31 de marzo de 1984 (*archivo "1982-1984, subcarpeta "01ConvecionColectiva*"), artículo 27, cláusula que se encuentra vigente en la medida en que no fue objeto de modificación en las negociaciones posteriores y fue incorporada a la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, según se consignó en el artículo 11 (*pág. 7, archivo "1998-1999 almacafe-sintrafec*).

La referida norma convencional se encuentra redactada en los siguientes términos:

> *ARTICULO 27. – APLICACIÓN. - La presente Convención Colectiva de Trabajo será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A., en las condiciones y términos aquí indicados.*
> *A los trabajadores no sindicalizados que se beneficien total y parcialmente de la Contratación Colectiva, (Convenciones Colectivas de Trabajo y Laudos Arbitrales), se les harán, con destino a Sintrafec, las retenciones que autoriza la Ley y esta Convención"*

Este artículo ya sido objeto de análisis en diferentes ocasiones por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que al resolver controversias relacionadas con su interpretación ha concluido que:

- Es perfectamente lícito pactar que los beneficios convencionales se hagan extensivos a todos los trabajadores de la empresa, según el artículo 13 y 53 Constitucional, más aún cuando lo pactado resulta más favorable a los trabajadores respecto de lo que hay consignado en la legislación del trabajo.
- Dicha estipulación es válida y acredita su extensión a todos los trabajadores, sin que sea procedente exigir la demostración de la afiliación al sindicato.
- El texto recoge la voluntad de las partes, porque allí en ningún caso se está condicionando la aplicación de las prerrogativas convencionales al pago de las cuotas sindicales.
- No es necesario indagar si quien pide que se le conceda determinado beneficio, es o no afiliado al sindicato, o si éste es mayoritario o minoritario, pues la única condición para ser sujeto de la aplicación de lo convenido, es pertenecer a la empresa.

Criterio reiterado por la Corte en sentencias con radicados 27.459 de 2006, 31.556 de 2007, 35.134 de 2009 y 38.463 de 2012, línea aplicada por la Sala de Descongestión Laboral de la misma Corporación para resolver casos en contra de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** (SL19487-2017, SL327-2018, SL4613-2019, SL1690-2021 y SL4304-2022, entre otras).

Por tal motivo, en aplicación de dicho precedente, para que **EDIVAN VILLEGAS MUÑOZ** pueda ser considerado beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo, el único requisito que debió acreditar es haber celebrado contrato de trabajo con la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, lo que descarta la teoría del caso expuesta en la contestación. Contrario *sensu*, para que dicha entidad se exonere de cualquier reconocimiento, debió demostrar que el trabajador renunció expresamente a estos beneficios.

Pues bien, en el proceso no es objeto de controversia que el demandante fue trabajador de la compañía demandada, desde el 1° de octubre de 2008 hasta el 31 de marzo de 2016, en virtud de un contrato de trabajo a término fijo. Al revisar los demás medios de persuasión no hay constancia de que el actor haya renunciado expresamente a los beneficios de la convención colectiva. Además, se advierte que en este caso está vigente la convención colectiva de trabajo, no hay constancia de su denuncia o que se haya celebrado una convención diferente después del 31 de diciembre de 1999 y el hecho de que el trabajador se haya incorporado con posterioridad a la celebración del acuerdo convencional y a su vigencia inicial no le impide acceder a las prestaciones concedidas, puesto que no existe ningún condicionamiento con ese propósito.

Siendo ello así, es fácil concluir que **EDIVAN VILLEGAS MUÑOZ** es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** y su sindicato de trabajadores "SINTRAFEC", por aplicación expresa del artículo 27 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre el 1° de abril de 1982 hasta el 31 de marzo de 1984 (*archivo "1982-1984, subcarpeta "01ConvecionColectiva*"), motivo suficiente para revocar la sentencia de primera instancia.

- **Sobre prestaciones sociales convencionales**

Frente a las pretensiones sociales convencionales reclamadas, la parte actora no señaló con precisión a qué tipo de conceptos estaba haciendo referencia, qué convención las regulaba y cuál era la forma de liquidación, carga procesal que le incumbía en los términos del artículo 167 del CGP. No obstante, si se toma en consideración que las prestaciones sociales corresponden a prima de servicios, cesantías e intereses a las cesantías, la Sala luego de revisar los documentos aportados por las partes encontró que en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 19 de septiembre de 1974, artículo 29, se reconoció a cada trabajador como prima semestral un salario adicional en junio

y otro en diciembre, a partir del 1° de septiembre de 1974 (*pág. 39 y 30, archivo "1974", subcarpeta "01ConvecionColectiva*"), cláusula convencional que no aparece derogada, por lo que en virtud del artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 y el artículo 478 del CST se mantiene vigente (*pág. 7, archivo "1998-1999 almacafe-sintrafec*), por lo que al actor le asiste derecho al pago de esta prestación por cada 6 meses laborados, pues no hay prueba de que esta prestación convencional se reconozca de forma proporcional.

Respecto del pago de cesantías se pactó en el artículo 8° de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1996-1997, que los trabajadores tenían la libertad de elegir sobre su tránsito o no a la liquidación de cesantías en los términos de la Ley 50 de 1990 (*pág. 7, archivo "1996-1997 almacafe y sintrafec*"), sin establecer beneficio adicional alguno que pudiera liquidarse, y en cuanto a intereses a las cesantías convencionales no aparece regulación, por lo que por estos rubros se absolverá a la demandada.

Y aun cuando no hay una pretensión expresa tendiente al reconocimiento y pago de reajustes salariales por aplicación de la norma convencional, cualquier pedimento que buscara dicho fin no tendría vocación de prosperidad. Lo anterior, por cuanto por expreso acuerdo de las partes los reajustes salariales contenidos en la última convención colectiva aportada al plenario, para los años 1998 y 1999, únicamente se aplican a trabajadores con contrato de trabajo a término indefinido (*pág. 3 y 4, archivo "1998-1998 almacafe y sintrafec")*, distinto al que reguló la vinculación del demandante.

- **Sobre la prima de vacaciones como factor salario**

En este caso no se reclama el pago de la prima de vacaciones, sino únicamente su carácter salarial para reliquidar prestaciones sociales y convencionales, así como aportes a seguridad social.

Al respecto, el carácter salarial de la prima de vacaciones lo pactaron la empresa y el sindicato en el artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 1996-1997 (*pág. 7, archivo "1996-1997 almacafe y sintrafec convención"),* en los siguientes términos:

*"**ARTICULO 9º, Prima de Vacaciones**. A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente Convención Colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salario.*

*… Las empresas podrán presentar a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial. A este efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador intuitu persone acepta la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal, no constituye salario para ningún efecto. **Parágrafo:** A partir de la vigencia de la presente Convención Colectiva los porcentajes de prima de servicios no podrán ser inferiores a los que las empresas determinen para el personal que no se rija por la Convención Colectiva."* SIC.

Por tal razón, al ser **EDIVAN VILLEGAS MUÑOZ** beneficiario de la convención colectiva de trabajo tiene derecho a que esta prestación extralegal se tenga en cuenta para liquidar las acreencias laborales causadas durante el vínculo contractual. Y aunque la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** alegó que en el contrato de trabajo suscrito con el actor se expresó que cualquier remuneración extralegal no constituía salario y no se tendría en cuenta para para la liquidación de las prestaciones sociales, dicho acuerdo vulnera la norma convencional que estaba vigente para el año 2008, en la medida en que desconoció la negociación colectiva y el pacto expreso según el cual esta acreencia constituye salario para todos los trabajadores.

Sin embargo, era necesario que la parte actora acreditara la regla prevista en el parágrafo del citado artículo convencional para determinar los montos a reconocer, esto es, los porcentajes de prima de servicios fijados por la Compañía, aspecto que no está demostrado en este juicio, situación que le impide a la Sala efectuar alguna operación aritmética, por lo que la decisión por esta pretensión es de carácter absolutorio.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se encuentra probado en este proceso que el contrato de trabajo se terminó el 31 de marzo de 2016 y el demandante presentó reclamación escrita solicitando el reconocimiento de beneficios convencionales en el año 2017, pero no se tiene certeza de la fecha exacta en que ésta fue radicada, por lo que para resolver ducha excepción se tendrá en cuenta la fecha de respuesta emitida por la **FEDERACIÓN**, 03 de octubre de 2017, (*pág. 179 y 180, archivo "1. PROCESO 2018-299*"), momento en el cual se interrumpió el término trienal conforme los artículos 489 CST y 151 CPTSS, siendo radicada la demanda el 10 de mayo de 2018 (*pág. 2, archivo "1. PROCESO 2018-299*"), esto es, antes del vencimiento del término prescriptivo que volvió a correr.

Por lo anterior, los derechos laborales causados con anterioridad al 03 de octubre de 2014 están prescritos. De suerte que resultan prescritas las primas de servicios convencionales causadas hasta junio de 2014.

Sobre las demás excepciones se declararán no probadas dado el resultado del estudio de la controversia.

- **Condena por concepto de primas de servicios convencionales**

Para su liquidación se tuvieron en cuenta los salarios reportados en los comprobantes de pago, allegados por las partes (*pág. 150, 162 y 171, archivo "1. PROCESO 2018-299*"), en los términos del artículo 29 Convencional (*pág. 39 y 30, archivo "1974", subcarpeta "01ConvecionColectiva*"). El monto de la condena por prima de servicios extralegal asciende a **$2.754.794**, conforme se detalla a continuación:

PRIMA DE SERVICIOS CONVENCIONAL			
Año	**Prima Junio**	**Prima Diciembre**	**Subtotal**
2014	$ -	$844.340	$844.340
2015	$1.011.591	$898.863	$1.910.454
2016	$ -	$ -	$ -
Total			**$2.754.794**

Por tanto, se condenará a la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a pagar las anteriores sumas debidamente indexadas desde la causación de cada una de ellas hasta el momento en que se produzca su pago efectivo.

Sin costas en segunda instancia. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada y deberán ser tasadas por el *a quo*.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: DECLARAR que **EDIVAN VILLEGAS MUÑOZ** tiene derecho a los beneficios convencionales que estuvieron vigentes durante el tiempo en que prestó sus servicios a favor de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, desde el 1° de octubre de 2008 al 31 de marzo de 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a reconocer y pagar a favor del demandante **EDIVAN VILLEGAS MUÑOZ** la suma de **$2.754.794** por concepto de primas de servicios convencionales, monto que deberá indexarse en los términos ordenados en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: SIN COSTAS en segunda instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: EDIVAN VILLEGAZ MUÑOZ
DEMANDADO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA
RADICADO: 11001 31 05 019 2018 00299 01

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento parcial de voto respecto de la decisión adoptada por la mayoría:

En el presente caso se condenó a la demandada a pagar la prima de servicios convencional o extralegal, no obstante, se considera que las partes de manera voluntaria pactaron que cualquier remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este contrato, sea cual fuere la denominación no se tenía en cuenta ni para efectos de liquidación (archivo 1, página 245), pacto respecto del que no se alegó falta de validez, razón por la que se debió confirmar la decisión de primera instancia.

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 20-2022-00352-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la parte **DEMANDADA** contra la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del despido y ordenó el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor categoría, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social dejados de percibir y condenó en costas a la demandada (min. 26:08 archivo "*09ActaAudienciaFallo"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 5 a 26 archivo *"01ExpedienteDigital"*).**

EDGAR YECID ALDANA TRIANA llamó a juicio a la sociedad **SERVIOLA S.A.S.**, con el fin de que se ordene su reintegro y se condene por el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización del artículo 23 de la ley 361 de 1997, indemnizaciones moratorias de los artículos 65 CST y 99 de la ley 50 de 1990, condenas ultra y extra *petita* y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que se vinculó al servicio de la empresa **SERVIOLA S.A.S.** el 12 de noviembre de 2019 como trabajador en misión, devengando un salario inicial de $2.211.360; que el 05 de octubre de 2020 sufrió un accidente de origen común de fractura de hombro *"luxo fractura anterior de humero proximal"*, por lo que fue intervenido varias veces por cirugías de hombro e incapacitado desde el 05 de octubre de 2020 al 01 de marzo de 2021; que informó a su empleador mediante correo electrónico su situación de salud y las recomendaciones médicas y laborales otorgadas por su médico tratante, no obstante fue despedido de manera unilateral el 02 de marzo de 2021 sin autorización del Ministerio del Trabajo; que tiene pendiente una nueva intervención quirúrgica de hombro derecho y se encuentra en tratamiento médico y cuenta con 1.030 semanas de cotización al Sistema General de Pensiones, por lo que considera es sujeto de especial protección por fuero de salud y por calidad de pre pensionado.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Pág. 5 a 26 archivo *"01ExpedienteDigital"*).**

La demandada **SERVIOLA S.A.S.** manifestó su oposición frente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; dijo ser ciertos los hechos contenidos en los numeral 2 y 8, admitiendo el salario devengado por el demandante y las recomendaciones laborales realizadas por el médico tratante. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, pago, compensación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 26:08 archivo "*09ActaAudienciaFallo"*)

El 17 de marzo de 2023, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del despido ocurrido el* ***02 de marzo del año 2021, y por tanto ORDENAR a SERVIOLA S.A.S.****, al reintegro del trabajador EDGAR YECID ALDANA TRIANA al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a uno de mejor*

categoría, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social dejados percibir entre el despido y el reintegro, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. ***SEGUNDO:*** *Condenar en costas a la parte demandada, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes. (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si la prohibición dispuesta en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 se enmarca en la caso puesto a consideración, igualmente, si el demandante se encontraba en estabilidad laboral reforzada por su condición de pre pensionado, de salir avante alguna de las hipótesis, establecer si hay lugar a declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y por tanto ordenar su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.

Para resolver, el Juez indicó que de acuerdo al material probatorio aportado al proceso y en atención a las normas aplicables al caso y a la jurisprudencia de la CSJ y la Corte Constitucional, se concluye que si bien el demandante tenía un cuadro clínico producto del accidente sufrido el 05 de octubre de 2020, por el cual fue incapacitado por 30 días, no se acreditó alguna disminución física a la terminación del contrato, tampoco estaba calificado o incapacitado, echando de menos el presupuesto que lo haga favorecedor de la estabilidad laboral reforzada, por lo que la demandada no debía agotar previamente la autorización ante el Ministerio de Trabajo, siendo que en este caso medió una justa causa por terminación de la obra contratada. De otro lado, frente a la calidad de pre pensionado del demandante, refirió que los afiliados al RAIS pueden ser considerados pre pensionados, pero dado que los requisitos para acceder a la pensión de vejez en ese régimen son distintos, debe equipararse a los presupuestos para acceder a la garantía de pensión de mínima, por lo que en el caso concreto, si bien el demandante no cumple con el mínimo de aportes en su cuenta para pensionarse de acuerdo al artículo 64 de la ley 100 de 1993, para la fecha de terminación del contrato contaba con la edad de 59 años y de acuerdo al reporte de semanas cotizadas, se evidencia que a marzo de 2021 contaba con 1.030 semanas de cotización, es decir, menos de tres años para acceder a la garantía de pensión de mínima, establecido en el artículo 65 de la ley 100

de 1993 que requiere 1.150 semanas, encontrándose en riesgo la expectativa de la pensión de vejez del demandante, concluyendo que el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por calidad de pre pensionado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación, sustentado en que su representada no tuvo la oportunidad de conocer la historia laboral en materia pensional del demandante al momento de terminar el contrato de trabajo, en tanto se trata de un documento confidencial y reservado el cual solo es exterior al demandante, por lo que la empresa no tenia posibilidad de acceder a esa historia en pensiones, como quiera que era un tercero y PORVENIR no se la iba a entregar, por lo que no pudo verificar exactamente cuál era el capital que tenía acumulado el demandante en su CAI o cuántas semanas había cotizado al sistema de pensiones para determinar si gozaba de la calidad de pre pensionado a la fecha de terminación de la relación laboral, indicando que le correspondía al actor demostrar que informó tal situación al empleador, omitiendo el actor proceder de esa manera. Además, dijo que el Juez de Tutela concluyó que el capital que tenía acumulado el demandante en su CAI no era suficiente para pensionarse y por el contrario le faltaban más de tres años para reunir el mínimo para acceder a la pensión de vejez y el bono pensional solo podría ser redimido en el año 2024 (min. 1:05:19 archivo "*09ActaAudienciaFallo"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderad del **DEMANDANTE** presentó sus alegatos, solicitando confirmar en su totalidad la sentencia de primer grado. A su turno, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo y, en su lugar absolver a su representada de las pretensiones formuladas en la demanda y condenar en costas al actor, reiterando los argumentos de la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si al momento de la terminación del contrato que existió entre las partes, el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero de pre pensionado y, de ser así, establecer la procedencia de su reintegro y de las demás condenas rogadas en la demanda, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

No es motivo de controversia en esta instancia: ***i)*** la existencia de un contrato de trabajo en misión por el término que dure la obra o labor celebrado entre la demandada **SERVIOLA S.A.S.** en condición de empleador y el demandante **EDGAR YECID ALDANA TRIANA** en calidad de trabajador, para desempeñar el cargo de Analista Nivel 3, vigente a partir del 12 de noviembre; ***ii)*** la asignación del trabajador en misión a la empresa usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO; ***iii)*** la remuneración devengada por el actor, que lo fue por la suma de $2.211.360; ***iv)*** la terminación del contrato de trabajo a partir del 02 de marzo de 2021 por finalización de la labor contratada (Pág. 43 a 87 archivo *"01ExpedienteDigital"* y Pág. 50 archivo *"06ContestacionServiola"*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró la ineficacia del despido, ordenó el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor categoría y emitió condena contra la demandada por el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social y costas. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación, de acuerdo a las siguientes consideraciones.

- **Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada por pre pensionado.**

El artículo 12 de la Ley 790 de 2002, consagró una protección laboral especial a favor de ciertos funcionarios públicos de entidades en procesos de reestructuración administrativa, al limitar el retiro de quienes sufren una limitación física, mental, visual o auditiva, sean madres cabeza de familia sin alternativa económica o cumplan con los requisitos para causar su pensión de vejez en los tres (3) años siguientes, figura denominada como *reten social*. La H. Corte Constitucional, en la sentencia SU-389 de 2005, extendió el retén social a favor de los padres cabeza de familia, en virtud del principio de igualdad.

Sobre el alcance de esta protección, la H. Corte Constitucional señaló que la estabilidad no es absoluta, ya que se limita a que los beneficiarios conserven su trabajo el mayor tiempo posible, siendo las últimas personas en ser desvinculadas en los procesos de renovación institucional o hasta la configuración de una justa causa de terminación del contrato debidamente comprobada, tal y como indicó la Alta Corte en las sentencias T-835 de 2012, T-420 de 2017, T-084 de 2018, T-055 de 2022, entre otras.

Mediante la Sentencia T-638 de 2016, la H. Corte Constitucional concluyó la posibilidad de trasladar el amparo por reten social a favor de los trabajadores del sector privado, para materializar el principio de igualdad y proteger los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, entre otros. Tal decisión se adoptó al considerar que el *retén* social ya había sido extendido a favor de servidores públicos no considerados inicialmente en la Ley 790 de 2002, por cuanto la sentencia T-802 de 2012 lo extendió a los funcionarios públicos de entidades públicas ajenas al sector central en procesos de renovación, la sentencia T-862 de 2009 lo extendió a los servidores vinculados en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, razón por la cual no había motivo para negar

su extensión al sector privado cuando se evidencia una situación de debilidad manifiesta en la cual, terminar el contrato de trabajo afecte los derechos a la igualdad, trabajo y seguridad social, por encontrarse en alguno de los tres casos protegidos por la figura del retén social.

Para el caso específico de la protección del pre pensionado, la H. Corte Constitucional indicó en la sentencia T-357 de 2016 la necesidad de acreditar que la persona se halle a tres o menos años de adquirir el estatus de pensionado por vejez, esto es, del cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas. Posteriormente, en la sentencia T-638 de 2016 la Alta Corte reiteró la sentencia T-009 de 2008, en la cual analizó la Ley 790 de 2002 y 812 de 2003 para concluir que se considera que una persona está próxima a pensionarse cuando está a tres años o menos de adquirir los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

Con la sentencia SU-003 de 2018, la H. Corte Constitucional precisó el alcance del concepto *pre pensionado* y concluyó que dicha figura aplica tanto en el sector privado como público, a favor de las personas vinculadas laboralmente y que están próximas a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en un plazo de tres años o menos, ya sea porque reúnen la edad y número de semanas o tiempo de servicios requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. No obstante, advirtió la Alta Corte que cuando el único requisito faltante es la edad, aquel se puede cumplir con o sin vinculación laboral vigente, sin que la falta de dicha relación frustre el acceso a la pensión de vejez, motivo por el cual, si solo resta la edad, porque ya se cuenta con el número mínimo de semanas de cotización, la persona no será titular de la garantía de pre pensionado.

La posición de la H. Corte Constitucional relativa a que procede el fuero de pre pensión en el sector privado y que el mismo no se configura cuando el único requisito faltante para cumplir los presupuestos exigidos para causar la pensión de vejez sea la edad, fue reiterada en las

sentencias T-500 de 2019, T-055 de 2020 y T-385 de 2020, criterio acogido por la H. CSJ en la sentencia SL-442 de 2022.

Ahora, en tratándose de afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en sentencia T-055 de 2020 la H. Corte Constitucional señaló que tales afiliados pueden ser considerados pre pensionados, pero como los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ese sistema son sustancialmente distintos en comparación con los previstos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien cotice al RAIS podrá gozar de tal calidad: ***i)*** si se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para acreditar el derecho o, ***ii)*** si está a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía de la pensión mínima.

- **Sobre la protección al pre pensionado vinculado a través de contrato de obra o labor.**

Ha dicho la H. Corte Constitucional que la protección constitucional de pre pensionados no se traduce, *per se*, en una permanencia indefinida en el empleo, así como tampoco puede desprenderse de tal garantía la perpetuidad de las relaciones de trabajo, por lo que la condición de pre pensionado no puede entenderse de manera absoluta dado que, en todo caso, será importante analizar la naturaleza del vínculo y el contexto de la terminación contractual.

Así, con respecto al contrato de trabajo por duración de la obra o labor regulado en el artículo 45 CST, debe asumirse que la relación laboral subsiste mientras no se haya finalizado la obra para la cual fue contratado el trabajador, ello por cuanto las personas que suscriben un negocio jurídico de esas características entienden que la duración de la labor es temporal o transitoria, acotándose que se requiere claridad entre las partes frente a la función específica que cumplirá el empleado.

En tales términos y para evitar que el empleador aduzca como razón el fin de la obra para desvincular a un trabajador que alegue proximidad al cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a su

pensión de vejez, debe el Juez necesariamente verificar: ***i)*** si el trabajador cumple con la condición de pre pensionado, y ***ii)*** si la desvinculación acaeció por la finalización cierta y efectiva de la obra para la cual fue contratado o, al contrario, aún se mantiene vigente (sentencia T-055 de 2020).

- **CASO CONCRETO.**

Descendiendo al *sub examine,* advierte la Sala que el señor **EDGAR YECID ALDANA** nació el 25 de octubre de 1961, por lo que, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, -recordemos, 02 de marzo de 2021-, tenía más 59 años, estando a menos de tres años para cumplir la edad de pensión, que para el caso de los hombres corresponde a 62 años (Pág. 41 archivo "*01ExpedienteDigital*").

Igualmente, se evidencia que el promotor del litigio se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS administrado por el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., extrayéndose, de acuerdo a la historia laboral consolidada aportada al expediente, que para el 02 de marzo de 2021 contaba con un total de 1.030 semanas cotizadas y un monto en su cuenta de ahorro individual de $13.286.214 (Pág. 79 a 85 archivo *"01ExpedienteDigital"*), resultando evidente que el monto que compone la cuenta individual del demandante resulta insuficiente para pensionarse en un lapso inferior a tres años con base en lo previsto por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, cuando este tipo de afiliados -al RAIS- no logran reunir el capital pensional, cuentan con la posibilidad de disfrutar de la garantía de pensión mínima prevista en el artículo 65 *ibidem*, siempre que, en el caso de los hombres cumplan 62 años de edad y coticen un mínimo de 1.150 semanas.

Siendo así, la conclusión a la que al respecto arribó el *a quo* resulta acertada, pues indiscutiblemente para la fecha en que feneció el vínculo laboral (02 de marzo de 2021), el actor estaría a menos de tres años de cumplir tanto la edad como las semanas cotizadas para acceder al

derecho pensional, pues cumplirá los 62 años el 25 de octubre de 2023 y tan solo le faltarían 120 semanas de cotización, que equivalen a un poco más de dos (2) años para completar el número mínimo de semanas requeridas, y en ese orden, el demandante, con 59 años y 1.030 semanas cotizadas al RAIS para el momento de la terminación del contrato de trabajo, cumplía con la condición de pre pensionado.

Sucede empero, que en los términos definidos por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, la protección que se predica de la condición de pre pensionado no se deriva única y exclusivamente de esa situación, pues debe analizarse la naturaleza del vínculo y el contexto de la terminación contractual, siendo que en casos en los cuales la contratación laboral medió a través de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, como ocurre en este asunto, además debe verificarse si la desvinculación acaeció por la finalización cierta y efectiva de la obra contratada.

De tal manera, y en atención a que el caso de marras se trata de un contrato individual de trabajo por la duración de la obra o labor contratada, se tiene que, de conformidad con las previsiones del artículo 61 CST, en su literal d), la terminación de la obra o labor contratada, es una de las formas legales para que opere la terminación de contrato de trabajo, situación que es la presentada en el *sub judice,* en tanto no existe ningún reparo frente a que tal causal fue la invocada por la demandada para dar por finalizada la relación laboral.

Por lo tanto, a efecto de determinar si la labor para la cual fue contratado el demandante ciertamente culminó para la fecha en que se dio por terminada la relación laboral, se tiene la cláusula segunda del contrato de trabajo celebrado entre las partes el 07 de noviembre de 2019, que en lo pertinente dispone (Pág. 85 a 87 archivo *"01ExpedienteDigital"*):

> *"…En virtud al contrato de prestación de servicios celebrado entre SERVIOLA S.A.S y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO "FNA", la labor contratada para la ejecución del presente contrato de trabajo es la restructuración organizacional del Fondo Nacional del Ahorro – personal de apoyo para ejecutar programas y proyectos administrativos, de*

servicios y operativos, la cual durará por el tiempo estrictamente necesario e indispensable solicitado al EMPLEADOR por el USUARIO, y/o hasta la finalización del Contrato No. 118 de 2019. En consecuencia, este CONTRATO terminará al momento en que el USUARIO comunique al EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios del TRABAJADOR, sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna…".

Igualmente, obra en el proceso el contrato No. 118 suscrito entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y SERVIOLA S.A.S., de fecha 05 de noviembre de 2019, cuyo objeto se encuentra estipulado en su cláusula primera, que consiste en (Pág. 86 a 93 archivo *"06ContestacionServiola"*):

"Suministro, administración y pago de nómina de trabajadores en Misión atendiendo a las necesidades de crecimiento para cumplimiento de los objetivos del Fondo Nacional del Ahorro".

Encontrándose que dicho contrato de suministro tenía una vigencia inicial de seis (6) meses, contratación que fue objeto de otrosí de prórroga y adición del 06 de mayo de 2020, extendiéndose su ejecución por seis (6) meses más hasta el 11 de noviembre de 2020 o hasta agotar presupuesto (Pág. 94 a 96 archivo *"06ContestacionServiola"*).

De igual, en el proceso milita el listado de los trabajadores de **SERVIOLA S.A.S.** retirados el 11 de noviembre de 2020 en virtud a la finalización del contrato No. 118 de 2019.

En el curso del debate probatorio, se escuchó en interrogatorio de parte al representante legal de la demandada, quien al respecto indicó que después del 02 de marzo de 2021 la empresa no continuó con el suministro de personal del FONDO NACIONAL DEL AHORRO por cuanto para esa época finalizaron relación comercial con esa entidad porque no resultaron favorecidos en el proceso de licitación, que el contrato No. 118 de 2019 finalizó el 11 de noviembre de 2020 y que a la fecha **SERVIOLA** sigue operando y suministrando trabajadores en misión a sus diferentes empresas usuarias pero no al FNA.

Así que, confrontado el contenido de las documentales que militan en el expediente, de cara a la declaración rendida por el representante legal de la accionada, es claro que la actividad desarrollada por el

demandante intrínsecamente hacía parte del objeto del contrato de suministro No. 118 de 2019 y tenía como finalidad dar cumplimiento a éste. Dicho en otras palabras, la actividad para la que fue contratado el actor, devino exclusivamente de la contratación celebrada entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y **SERVIOLA S.A.S.**, de ahí que, el término de duración del contrato de trabajo quedara condicionado a la terminación del contrato No. 118 de 2019.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que, conforme lo aseveró la pasiva desde el escrito de réplica a la demanda, y así se confirmó con el acervo probatorio vertido en autos, dicha contratación de suministro de personal –contrato No. 118 de 2019- culminó el día 11 de noviembre de 2020, quedando de sobra demostrada la terminación para dicha data de múltiples contratos de trabajos con otros trabajadores de la empresa demandada.

Bajo tal óptica, no puede salir avante la pretensión del demandante tendiente a obtener su reintegro por la potísima razón de que la obra o labor para la cual fue contratado culminó desde el 11 de noviembre de 2020, incluso con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo, entendiendo la Sala que el empleador mantuvo vigente la relación laboral hasta el 02 de marzo de 2021 precisamente con ocasión a las incapacidades que le produjo al demandante el accidente ocurrido el 05 de octubre de 2020, la primera por 30 días hasta el 03 de noviembre de 2020 (Pág. 78 archivo *"01ExpedienteDigital"*), y la segunda, del 29 de enero al 25 de febrero de 2021 (Pág. 51 archivo *"06ContestacionServiola"*).

Sumado a lo dicho, debe considerarse que el demandante para la fecha de suscripción del contrato de trabajo -12 de noviembre de 2019-, contaba con la edad de 58 años, por lo que fácilmente podía prever la cercanía de su condición de pre pensionado y, aun así, aceptó la duración del mismo.

En verdad, en el caso de marras no hay manera de disponer el reintegro del demandante, pues quedó suficientemente acreditado que **SERVIOLA S.A.S.** no se dedica actualmente al suministro de trabajadores en misión a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO,

iterándose que el contrato de trabajo suscrito con el demandante dependía intrínsicamente del contrato No. 118 de 2019 que finalizó el 11 de noviembre de 2020, y en ese orden, de manera alguna puede llegar a predicarse que hubo ilicitud alguna en la decisión de dar por terminado el vínculo laboral.

Corolario, no es viable garantizar la estabilidad laboral reforzada del demandante, pues pese a que tiene la calidad de pre pensionado, como quedó visto, ésta no responde a un carácter absoluto, sino que debe analizarse en el caso específico la naturaleza del vínculo y la forma de su terminación.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que de manera alguna quedó acreditado que la sociedad demandada tuviera conocimiento del total de aportes que tenía el actor al Sistema General en Pensiones y mucho menos de su intención de acceder a la pensión de vejez, ello precisamente fue punto de defensa del apoderado demandado y por demás constituyó uno de los supuestos de hecho expuestos en su apelación, quien alegó el desconocimiento por parte de la empresa demandada de la historia laboral del ex trabajador; aunado, éste último no lo hizo saber así al momento en que la demandada comunicó la culminación del contrato, limitándose a estampar su rúbrica en la misiva de terminación en señal de aceptación.

Por si fuera poco, tampoco acreditó el actor circunstancias tales que permitieran por lo menos inferir la afectación grave de su mínimo vital, pues el soporte fáctico sobre el cual edificó sus aspiraciones no se condujo de esa manera.

De esta suerte, no podrá por esta vía acceder el demandante al pretendido reintegro, pues en verdad no le asiste el derecho reclamado, menos aún al pago de salarios y demás acreencias laborales rogadas en la demanda, por cuanto todas derivaban de la configuración de una estabilidad laboral reforzada, siendo las razones hasta aquí expuestas suficientes para arribar una conclusión absolutoria.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

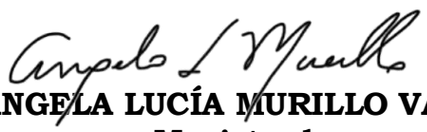
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, y en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **SERVIOLA S.A.S.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en la demanda, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.20-2021-00350-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 26 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a **EL CAIMO TECH S.A.S.** a pagar la indemnización por despido indirecto, costas procesales y absolvió de las demás pretensiones (*min. 03:40:46, enlace archivo "14Acta AudienciaFalloORD2021-350"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

GIOVANNA MORENO QUINTERO llamó a juicio a la sociedad **EL CAIMO TECH S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de contrato de trabajo y que el mismo fue terminado por justa causa imputable al empleador y, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria, sanción por no consignación oportuna de las cesantías del año 2020 a un fondo, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho

Como fundamento fáctico indicó que el día 22 de agosto de 2018 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con CLOT S.A.S. para ejercer el cargo de jefe de publicidad y mercadeo; que con ocasión de la sustitución del empleador ocurrida el 16 de octubre del año 2019 continúo prestando sus servicios a la empresa **EL CAIMO TECH S.A.S.**, teniendo como salario la suma de $3.800.000; que en el mismo lugar donde prestaba su servicio se encontraba trabajando personal contratado por Hotaleza S.A.S. y Xei S.A.S., todos bajo la subordinación de Luz Myriam Velásquez Laverde y Héctor Mauricio Mayorga; que desde el 1° de abril hasta el 20 de abril de 2020 el empleador definió unilateralmente la modificación de la asignación mensual por pagos en especie del 30% al 50%, sin autorización o acuerdo previo; que durante los meses de abril, mayo y junio de 2020 se modificó unilateralmente el valor de la asignación mensual al 50% del salario mensual, sin autorización o acuerdo previo; y que en junio de 2020 no se pagó la prima de servicios y tampoco se llegó a un acuerdo especificó para su pago.

Manifestó que durante la relación laboral Luz Myriam Velásquez Laverde, en calidad de gerente y representante legal, realizó actos que vulneraron y restringieron sus derechos y que ofendieron su dignidad, derivados del señalamiento a su forma de vestir y peinar, y solicitudes de realizar cambios a los mismos, además, que el empleador incurrió en una violación grave de las obligaciones al modificar y desmejorar las condiciones laborales del equipo de trabajo, consistentes en la falta de materia prima como de personal, lo que imposibilitaba la realización de las labores pactadas y asignadas por parte del empleador de forma descoordinada; que el 17 de septiembre de 2020 presentó renuncia por causas imputables a la empresa y en el mismo mes se le entregó la liquidación definitiva donde la empresa reconoce que existen salarios pendientes de pagar, prestaciones sociales y vacaciones.

Indicó que el 30 de octubre de 2020 le hicieron un pago de parcial de $1.900.000, por lo que el 25 de noviembre siguiente elevó

petición con el fin de obtener el pago de todo lo adeudado, recibiendo una consignación en diciembre de 2020 por valor de $1.332.435, motivo por el cual presentó acción de tutela; que el 18 de marzo de 2021 se consignaron las cesantías al Fondo Nacional del Ahorro; posteriormente, el 13 y 15 de abril de 2021 le propusieron acuerdos de pago, los cuales no aceptó; que recibió nuevas consignaciones parciales el 30 de abril de 2021, 15 y 30 de mayo de 2021 y finalmente el 15 de junio de 2021, recibiendo un total de $12.557.957 *(pág. 2 a 14, archivo "01DemandaAnexos").*

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

EL CAIMO TECH S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato, los extremos temporales, la sustitución patronal, el salario devengado por la actora en el año 2020, la jornada laboral, el pago de aportes a seguridad social, la consignación de cesantías a un fondo, la liquidación definitiva de prestaciones sociales, la realización de pagos parciales y la acción de tutela instaurada por la demandante. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como previa la excepción de f*alta de legitimación en la causa por activa* y como de mérito las excepciones de *buena fe* y mala fe del demandante (*pág. 3 a 27, archivo "05Contestacion").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 03:40:46, enlace archivo "14ActaAudienciaFalloORD2021-350"*).

El 26 de enero de 2023, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre la señora GIOVANNA MORENO QUINTERO y la demandada EL CAIMO TECH SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 22 de agosto de 2018 hasta el 17 de septiembre de 2020, devengando como último salario la suma de $3.800.000.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada EL CAIMO TECH a pagar favor de la señora GIOVANNA MORENO QUINTERO, la suma de $6.516.296,30 por concepto de indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador por despido indirecto.* ***TERCERO: ABSOLVER*** *al CAIMO TECH SAS de las demás*

pretensiones incoadas en su contra. ***CUARTO: COSTAS*** *lo serán a cargo de la parte demandada el CAIMO TECH a favor de la parte actora, tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente (…)".*

Como sustento de la decisión, el Juez señaló que no hubo discusión en la existencia del contrato de trabajo, extremos temporales y último salario devengado. Que de conformidad con el artículo 167 del CGP la trabajadora debe invocar las justas causas que dieron lugar a la terminación del contrato, de lo contrario se estaría en una renuncia voluntaria del mismo. Al respecto, estableció que si bien entre las partes hubo un acuerdo para el pago en especie de un 30%, no hay en el expediente prueba que acredite que la empresa haya cumplido dicho acuerdo y tampoco el pago de salarios y primas aludidos por la actora, máxime que de la liquidación definitiva CAIMO TECH aceptó deber por salarios la suma de $4.754.750 que concuerda con las suma que la demandante relacionó como adeudados en la carta de terminación, aspecto que también se corrobora con la respuesta de fecha 05 de enero de 2021, por lo que concluyó que el empleador incumplió el contrato celebrado entre las partes, dando lugar a la que el mismo se terminara de forma unilateral por la actora, siendo una justa causa.

Respecto de la indemnización moratoria, señalo que la empresa pagó la totalidad de la liquidación pero tardó más de 8 meses en su cancelación, no obstante, consideró que la empresa nunca tuvo la intención de sustraerse de la obligación en el pago de prestaciones sociales, por lo que la mala fe no estuvo presente en la parte demandada ya que a medida que iba teniendo liquidez la empresa, por el tema de la pandemia y su situación financiera, se iban realizando los pagos parciales a la parte actora, no siendo procedente esta pretensión.

Y finalmente, respecto de la sanción por no consignación cesantías, expresó que al terminarse el contrato de trabajo en septiembre de 2020 no se generó la obligación de consignar las cesantías ya que se debían liquidar en conjunto con las prestaciones sociales

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación por la no condena al pago de indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías. Adujo que la demandada permaneció 9 meses sin hacer el pago de la liquidación, no siendo viable los pagos parciales para exonerarse, puesto que no hubo acuerdo previo, no siendo viable hablar de buena fe cuando la accionante tuvo que presentar acción de tutela para obtener dicho pago. Con relación a pagos parciales invocó la sentencia de la SL de la CSJ del 3 de julio de 2019, radicado 40.509, donde se estipula que los pagos parciales no quieren decir que se está cumpliendo con la obligación o que extiendan el plazo legal, más aún cuando era el único sustento que tenía la demandante dada la existencia de la pandemia. Y que lo mismo ocurrió por la no consignación oportuna de las cesantías del año 2020, que se causaron en el año 2019 *(min. 03:55:38, enlace archivo "14Acta AudienciaFalloORD2021-350").*

El apoderado de **EL CAIMO TECH S.A.S.** interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque los ordinales 2 y 4 de la sentencia. Señaló que la cuantía de la indemnización no corresponde a los montos establecidos en la ley, por cuanto, no han sido determinados y explicados por el Juez, razón por la cual la condena no resulta procedente por falta de motivación y legitimación dado que una sanción debe ajustarse a la normatividad vigente.

Indicó que existe una incongruencia ya que el juez acredita la buena fe de la demandada para exonerarla de la moratoria, pero aun así establece una mala fe en los pagos de los salarios, por lo que considera que al hablarse de despido indirecto deben demostrarse 3 elementos, esto es, la configuración del despido indirecto, el incumplimiento de la causal y que dicho incumplimiento sea grave y sistemático, pero que en este proceso no quedan acreditados, que se hicieron pagos en especie que la accionante aceptó y que los pagos parciales se hicieron con autorización de los trabajadores debido a la crisis económica producto de la pandemia, aspecto que dice no analizó

el Juez en la sentencia. Respecto a las costas judiciales pide revocarlas como consecuencia de la absolución de casi todas las pretensiones (*min. 04:04:08, enlace archivo "14Acta AudienciaFalloORD2021-350"").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la empresa demandada solicitó revocar la condena, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, la demandante pidió que se concedan las pretensiones de sanción moratoria por falta de pago oportuno de la liquidación y falta de consignación oportuna de las cesantías, según lo referido en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala debe establecer si se configuró el despido indirecto, si le asiste derecho a la demandante al pago de la indemnización moratoria por el retardo en el pago oportuno de la liquidación de prestaciones sociales y la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, según los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** entre la demandante **GIOVANNA MORENO QUINTERO** y la empresa CLOT S.A.S. se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 22 de agosto de 2018, desempeñando el cargo de jefe de mercadeo y publicidad *(pág. 37 a 47, archivo "06Pruebas*

*Contestacion"); **ii)*** el 16 de octubre de 2019 se presentó una sustitución patronal entre CLOT S.A.S. y **EL CAIMO TECH S.A.S.** *(pág. 68 a 69, archivo "06Pruebas Contestacion"); **iii)*** y en comunicación del 17 de septiembre de 2020 la demandante dio por terminado el contrato de trabajo por renuncia, aduciendo causas imputables al empleador *(pág. 82 a 85, archivo "01DemandaAnexos").*

- **Sobre el despido indirecto y la renuncia**.

El artículo 62 del CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 CST. Cuando es el trabajador el que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina despido indirecto y procede el pago de la indemnización correspondiente.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de ha reiterado que la indemnización por despido indirecto opera cuando el trabajador acredita dentro del proceso que presentó renuncia al empleador, señalando los hechos que dan lugar a la misma y exponiendo las razones o justas causas por las cuales considera que esta determinación es imputable al empleador, y prueba efectivamente su ocurrencia (Sentencia radicado 44155 del 26 de junio de 2012 y SL1082-2020).

Adicionalmente, la misma Corporación ha precisado que la renuncia es una manifestación unilateral del trabajador para terminar el contrato de trabajo, de manera consciente, libre, espontánea y alejada de cualquier tipo de constreñimiento, la cual puede ser nula si se acredita vicio del consentimiento (nulidad relativa) o cuando no se acreditan los requisitos para obligarse (nulidad absoluta), tal y como

ha indicado la Alta Corte en las sentencias Rad 22.482 del 30 de septiembre de 2004, SL3089 de 2014, SL18541 de 2017, SL3827 de 2020, SL4823 de 2020, entre otras.

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia condenó a la parte pasiva al pago de la indemnización por despido indirecto.

Para resolver el recurso de apelación en este aspecto, se observa que el escrito de renuncia presentado por **GIOVANNA MORENO**, de fecha de 18 de septiembre de 2020 *(pág. 82 a 85, archivo "01DemandaAnexos")* se edifica sobre dos incumplimientos. El primero relacionado con la modificación unilateral de la asignación salarial, el pago incompleto de los salarios causados durante los meses de abril, mayo y junio de 2020, la prima de servicios del mismo año y la no entrega de desprendibles de nómina, y el segundo tiene que ver con la falta de apoyo para la correcta prestación de sus servicios y sobrecarga de funciones.

Respecto de la indemnización por despido indirecto, se reitera que en virtud del artículo 62 del CST, le correspondía a la parte actora demostrar las causas imputables al empleador como justificativas del rompimiento del vínculo contractual pero únicamente aquellas manifestadas para el momento de la extinción del vínculo, pues en virtud del parágrafo de la citada norma, no puede alegarse válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En ese contexto, la Sala constatará la configuración del primer incumplimiento relacionado en la carta de renuncia, pues en caso de encontrarse demostrado conllevaría a la configuración de la justa causa alegada, resultando inane efectuar algún pronunciamiento sobre el segundo punto expuesto en la comunicación de terminación del contrato de trabajo.

Luego de revisar los documentos aportados al expediente se tiene que es suficiente con acudir a la liquidación definitiva del contrato de trabajo para darle la razón a la demandante, por cuanto en dicho

documento es el propio demandado quien aceptó deber no solo salarios en la suma de $4.754.750, sino que en dicha liquidación se incluyeron 257 días para calcular la prima de servicios, lo que es indicativo que no se pagó esta prestación social con la nómina del mes de junio, como era su deber legal. Además, no se adosaron con la contestación prueba fehaciente que los comprobantes de nómina se pusieron a disposición oportunamente a la entonces trabajadora.

Tampoco hay prueba de los términos del presunto acuerdo en que llegaron los trabajadores con la empresa para el pago del salario en especie, del pago parcial de salarios y prestaciones en vigencia de la relación laboral, en especial para el caso de la demandante. Al respecto, si bien GIOVANA MORENO confesó en el interrogatorio (*min. 38:12, enlace archivo "12ActaAudienciaTramite"*) que el 24 de abril de 2020 mediante videollamada se les dijo a los empleados que se les iba a pagar una parte del salario en efectivo y la otra en especie, hasta el 30%, dada la situación económica de la empresa, no hay elemento persuasivo que determine que la empresa cumplió oportunamente ese acuerdo, ni siquiera hay constancia de la entrega de los bonos y mucho menos del pago del salario restante por los periodos incluidos en la carta de terminación del contrato, circunstancia que también fue mencionada por el testigo Jorge Javier Calderón Cuellar (*min. 08:00, enlace archivo "14ActaAudienciaFallo ORD 2021-350"*).

Por tanto, dicho escenario es indicativo del incumplimiento sistemático del empleador pues dejó de lado su obligación legal para los meses de abril, mayo y junio. Y aunque no fue objeto de debate el pago de salarios de julio, agosto y la primera quincena de septiembre de 2020, ese solo hecho no desnaturaliza la justa causa invocada por la demandante para terminar el contrato, la cual se configuró plenamente, en la medida en que los salarios a la terminación del contrato no se habían cancelado, de lo que da fe la citada liquidación definitiva.

Ahora, respecto de la situación económica de la compañía y los efectos de la pandemia, invocados por la parte demandada como

configurativos de fuerza mayor para edificar la demora en el reconocimiento de acreencias laborales, es importante resaltar que en este caso no se trata de la suspensión del contrato de trabajo, que es la única posibilidad que otorga el artículo 53 del CST para que el empresario se sustraiga de la obligación del pago de salarios. Con todo, se advierte que deben acreditarse las circunstancias en que se dio la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito pues la prueba no se restringe a la simple ocurrencia de un suceso con tal calificativo (CSJ SL3478-2017).

Sobre este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL11919-2017, reiteró que la jurisprudencia ha sido clara en definir el caso fortuito o la fuerza mayor como un hecho imprevisible e irresistible, el imprevisto a que no es posible resistir. Dice la Corte, además, que para poder emplear la fuerza mayor o el caso fortuito como eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, el hecho que se invoca con tal calidad no puede derivarse de modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante con el hecho.

En dicha providencia la Corte explicó que los actos del empleador y las repercusiones económicas de los mismos no pueden calificarse como configurativas de fuerza mayor o caso fortuito, para efectos de justificar la mora o sustraerse en el pago de los salarios y prestaciones sociales, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del CST, el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas.

Y aunque el caso estudiado en dicha sentencia refiere a la suspensión del contrato, las enseñanzas de la Corte resultan plenamente aplicables a este asunto puesto que el empleador adujo una circunstancia económica para no pagar de forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales, aspecto que en este caso no son de recibo para la Sala en virtud de las enseñanzas del artículo 28 de la norma sustantiva laboral.

Por tanto, al no estar demostrado plenamente los acuerdos a que llegaron las partes y su cumplimiento y al no acreditarse el pago oportuno de salarios y prima de servicios de junio de 2020, es palmario concluir que se configuró la primera inconformidad expuesta en la carta de terminación y con ello el despido indirecto, por lo que por sustracción de materia la Sala se releva del estudió de los demás aspectos incluidos en la carta de renuncia.

Como consecuencia de esta determinación, la parte actora tiene derecho al resarcimiento de los perjuicios tasados conforme lo dispuesto en el artículo 64 del CST, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia, lo que descarta los argumentos expuestos por el apoderado de la demandada. Resta por precisar que los presuntos incumplimientos de la demandante en el ejercicio de su labor, que fueron mencionados en el juicio por la parte pasiva, no condujeron a llamados de atención o procesos disciplinarios a la trabajadora y tampoco a la terminación del contrato, pues éste fue consecuencia de la decisión unilateral de la accionante.

Al tratarse de un contrato a término indefinido con una duración de 2 años y 26 días y teniendo en cuenta que la parte actora para la fecha de terminación del contrato devengaba un salario mensual de $3.800.000 (diario de $126.667) le corresponden por el primer año 30 días de salario, para el segundo año 20 días de salario y para los 26 días restantes una fracción de 1.44 días, en total 51.44 días de indemnización, que arrojan la suma de $6.515.733,33, por lo que se modificará el monto de la condena.

- **Sobre la indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.**

El artículo 65 del CST define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo. Por su parte, el inciso 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que cuando el empleador no consigne las

cesantías a un fondo de pensiones en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora. Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

En el presente asunto, el empleador adujo problemas económicos para no pagar oportunamente la liquidación final de prestaciones sociales, aspecto que no puede calificarse como configurativa de fuerza mayor o caso fortuito, para efectos de justificar la mora o sustraerse en el pago de los salarios y prestaciones sociales (CSJ S11919-2017).

Y aunque no desconoce la Sala los efectos que generó la pandemia en el ámbito laboral, dicha circunstancia *per se* no es justificativa de la mora en que incurrió el empleador. Para ello, se requería que el empresario acreditara el agotamiento de los diferentes mecanismos establecidos por el legislador para disminuir el impacto de la emergencia sanitaria, circunstancia que no se probó en el presente juicio. Tan solo se hizo mención de un acuerdo de pago que presuntamente se celebró con la trabajadora, documento que si bien fue aportado por la parte demandante adolece de firma de los interesados y, en todo caso, su fecha corresponde a abril de 2021 (*pág. 122 a 24, archivo "01DemandaAnexos"*), es decir, meses después de presentada la renuncia.

Además, nótese como la dificultad económica de la compañía demandada no se generó por efectos de la pandemia, quizás se agravó con ella, pero desde el año 2019 sus estados financieros eran

negativos, según lo expresó Anderson José Roa Salcedo en su testimonio, quien afirmó ser el contador de la demandada desde 2021 (*min. 1:23:15, enlace archivo "12ActaAudienciaTramite*"). Tampoco la empresa fue objeto de proceso de reorganización o insolvencia, que condujera a realizar un análisis diferente.

Por tal motivo, para esta Corporación no son de recibo los argumentos según los cuales **EL CAIMO TECH S.A.S.** no pudo depositar la totalidad de la liquidación en un solo pago debido a la situación económica de la compañía, dejando condicionado el disfrute de las prestaciones a los negocios positivos o ingresos de dinero a la empresa, según se expresó y se infiere en las comunicaciones del 5 de enero de 2021 y 9 de febrero de 2021, entre otras (*pág. 102 y 103, 117 a 119, archivo "06PruebasContestación*"), en la medida en que esta posición vulnera la regla general prevista en el artículo 28 del CST.

Y aun cuando los diversos pagos parciales acreditan la cancelación total de las prestaciones, la última consignación por valor de $2.013.468, se realizó el 15 de junio de 2021, aceptado por la demandada al contestar el hecho 40 de la demanda (*pág. 133, archivo "01DemandaAnexos" y pág. 15, archivo "05Contestación*"), sin que se haya materializado acuerdo de pago alguno con la trabajadora, razón suficiente para revocar en este aspecto la sentencia e imponer condena a la demandada por indemnización moratoria, pues entre la terminación del contrato y el pago total y efectivo de las prestaciones sociales transcurrieron 8 meses y 28 días, siendo una conducta constitutiva de mala fe. Por tal motivo, al presentarse la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo (*25 de junio de 2021, pág. 139, archivo "01DemandaAnexos*"), se condenará a la demandada a pagar la indemnización moratoria causada entre el 18 de septiembre de 2020 hasta el 15 de junio de 2021, la cual asciende a la suma de $33.946.665, discriminados así:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA				
Desde	**Hasta**	**Días**	**Salario diario**	**Monto**
18/09/2020	15/06/2021	268	$ 126.667	$33,946,665
TOTAL				**$33,946,665**

Y por concepto de sanción por no consignación de cesantías a un fondo, se confirmará la absolución puesto que por la forma como está redactada la pretensión (*pág. 6, archivo "01DemandaAnexos*"), dicha sanción se reclama respecto de las cesantías causadas en el año 2020 y no las del año 2019, como erróneamente lo planteó la apoderada de la parte demandante en la alzada. Y al terminarse el contrato de trabajo el 17 de septiembre de 2020, no nació la obligación de consignación de las cesantías a un fondo, sino las de su pago directamente a la trabajadora con la liquidación final.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedará en los siguientes términos "*SEGUNDO: CONDENAR a la demandada EL CAIMO TECH S.A.S. a pagar a favor de GIOVANNA MORENO QUINTERO la suma de $6.515.733,33 por indemnización por despido indirecto y $33.946.665 por indemnización moratoria*", conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

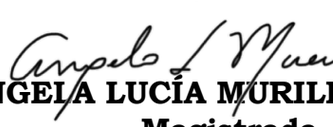
SEGUNDO: **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

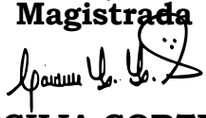
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 20 2021 00653 01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – UGPP** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 24 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a **COLPENSIONES** a realizar el cálculo actuarial por el tiempo laborado por **LAUREANO ENRIQUE HERNANDEZ MEJIA** en la Caja Agraria entre 02 de junio de 1972 hasta el 26 de julio de 1983, condenó a la **UGPP** a pagar dicho cálculo, y ordenó a **COLPENSIONES** a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida en la Resolución SUB-1142209 del 28 de mayo de 2020 *(min. 00:33:32, archivo "18actaaudienciafallo").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

LAUREANO ENRIQUE HERNANDEZ MEJIA llamó a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP** con el fin de que se declare que realizó cotización a pensión con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 02 de junio de 1972 hasta el 26 de julio de 1983, en total 573,57 semanas y, en consecuencia, que se condene al pago de la indemnización sustitutiva de vejez, indexación y costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico señaló que estuvo vinculado en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, en la sede de Montería, desde el 02 de junio de 1972 hasta el 26 de julio de 1983, donde acumulo un total de 573,57 semanas; que debido a que e ISS no tenía cobertura en la región en la que desempeñaba sus funciones, la prestación de sus servicios laborales siempre fue sin aporte al sistema pensional; que después de finalizar sus labores en la Caja Agraria, realizó cotizaciones COLPENSIONES, en total de 118,57 semanas.

Manifestó que una vez cumplida la edad de pensión realizó petición al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, encargada de administrar la cartera de la entidad liquidada, para obtener información exacta de su historial laboral, quien emitió certificación electrónica de los tiempos laborados – CETIL y le indicó que, debido a que los periodos laborados ocurrieron con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a la emisión de un bono pensional; que una vez obtenida la certificación CETIL, el día 06 de mayo de 2020, solicitó a **COLPENSIONES** la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la cual fue reconocida en la Resolución No.114209 del 28 de mayo de 2020, pero solo teniendo en cuenta las 118,57 semanas cotizadas directamente a **COLPENSIONES**, sin incluir el tiempo laborado en la Caja Agraria.

Indicó que ante tan circunstancia reclamó la indemnización sustitutiva ante la UGPP, petición que fue negada mediante Resolución No. RDP 023879 del 21 de octubre de 2020; con ocasión de ello, reclamó a **COLPENSIONES** la reliquidación de indemnización sustitutiva y en comunicación del 02 de diciembre de 2020 se le informó que la misma no se financia con bono pensional (*pág. 2 a 13, archivo "01DemandaAnexos").*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** se opuso a las pretensiones condenatorias. Aceptó la totalidad de los hechos y propuso las excepciones de *falta de integración de litisconsorcio necesario por activo*, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas (*pág. 3 a 8, archivo "05ContestacionUgpp").*

Mediante providencia del 24 de agosto de 2022, se vinculó como litisconsortes necesarios a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a la **NACIÓN** - **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** *(*archivo "07AutoTieneContestadaVincula*").*

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la totalidad de pretensiones. Aceptó las cotizaciones realizadas a ese fondo de pensiones, la solicitud de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y el reconocimiento de la misma, la presentación de la reliquidación y la respuesta negativa manifestando que ese rubro lo debe pagar la empresa Caja de Crédito Agrario e Industrial hoy UGPP. Formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa,* 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 I.P.C., 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 *(pág. 3 a 17, archivo "09*ContestacionColpensiones*").*

La **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** no se opuso ni se allanó a las pretensiones condenatorias al señalar que, al no existir cotizaciones, la indemnización no se financia con bono pensional. Frente a los hechos expresó que no le constaban y propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación*, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva y responsabilidad de la UGPP *(pág. 3 a 15, archivo "11ContestacionMinisterioHacienda").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 00:33:32, archivo "18actaaudienciafallo").

El 24 de marzo de 2023, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que el demandante señor LAUREANO ENRIQUE HERNÁNDEZ MEJÍA laboró para la extinta CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO entre el 02 de junio de 1972 hasta el 26 de julio del año 1983, según las anotaciones precedentes. **SEGUNDO: CONDENAR** a la UGPP al reconocimiento y pago del cálculo y/o liquidación de los aportes al Sistema General de Pensiones, correspondiente al periodo laborado para la extinta CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO entre el 02 de junio de 1972 hasta el 26 de julio de 1983, a favor del demandante LAUREANO ENRIQUE HERNANDEZ MEJIA, identificado con cedula de ciudadanía 15.913.551 y con destino a Colpensiones, con los salarios devengados por el mismo año a año sin que exceda el tope máximo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 1650 de 1977,de conformidad con lo antes proveído. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES elaborar y entregar el cálculo y/o liquidación de los aportes al sistema general de pensiones del señor LAUREANO ENRIQUE HERNANDEZ MEJIA para que la UGPP le traslade los correspondientes recursos, de conformidad con lo antes proveído. **CUARTO:** cumplido lo anterior CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a que proceda a realizar la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida a través de la resolución SUB-1142209 del 28 de mayo de 2020, según las anotaciones precedentes. **QUINTO:** ABSOLVER al MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO de las pretensiones incoadas en su contra de conformidad con lo antes expuesto. **SEXTO:** De ser o no apelada la presente decisión, remítanse*

las diligencias ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta teniendo en cuenta que fue condenada la UGPP unidad del sistema general de pensiones de la cual es garante la nación. ***SEPTIMO:*** *CONDENAR EN COSTAS a la UGPP y a favor de la parte actora., tásense por secretaria incluyéndose como agencia en derecho el equivalente a un (01) SMLMV*".

Como sustento de la decisión, el Juez indicó que no hubo discusión de la calidad del demandante como extrabajador de la extinta Caja Agraria, desde el 02 de junio de 1972 hasta el 26 de julio de 1983, según certificación Cetil, tampoco que **COLPENSIONES** le reconoció a **LAUREANO ENRIQUE HERNANDEZ MEJIA** la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución 114209 de 2020. Expresó que si bien en el lugar donde laboró el actor no existía cobertura del ISS, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que no le está dado al empleador librarse de responsabilidad cuando no afilia al trabajador, o no cotiza a su nombre a la seguridad social y como consecuencia deberá trasladar al fondo de pensiones el cálculo actuarial pertinente mediante un título o bono pensional.

Por ello, al encontrar no acreditado el pago de aportes pensionales ordenó a **COLPENSIONES** a realizar el cálculo actuarial, teniendo en cuenta los salarios certificados CETIL, a la **UGPP** a acreditar su pago y una vez cumplido lo anterior, ordenó a **COLPENSIONES** a realizar la reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez reconocida al accionante mediante Resolución No.114209 del 28 de mayo del año 2020.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** presentó recurso de apelación parcial frente a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Manifestó que se debe supeditar la reliquidación de la indemnización sustitutiva hasta que la UGPP pague el correspondiente cálculo actuarial *(min. 00:37:40, archivo "18actaaudienciafallo").*

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** presentó recurso de apelación en cuanto se declaró que la UGPP es responsable de las cotizaciones dejadas de pagar por la Caja Agraria. Adujo que la **UGPP** no es sucesora patronal de la Caja Agraria, ya que esa entidad simplemente reemplazó el deber que tenían las AFP CAJANAL y CAPRECOM por lo que no es responsable de los pagos que omitió en su momento el empleador, siendo una obligación que se trasladó al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y, en consecuencia, considera que la sentencia se encuentra viciada por falta de motivación; igualmente, recurre la condena en costas *(min. 00:38:55, archivo "18actaaudienciafallo").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, COLPENSIONES allegó escrito de alegatos, pero quien suscribió dicho documento no acreditó su condición de apoderada judicial del fondo de pensiones.

Por su parte, la firma VITERI ABOGADOS S.A.S. allegó documental que la acredita para ejercer la defensa judicial de la UGPP, y a su vez sustituyó el poder a la doctora Laura Natali Feo Peláez, identificada con CC 1.018.451.137 y T.P 318.520 del C.S.J, a quien se le reconoce como apoderada de esa demandada para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si existe la obligación de la demandada **UGPP** de pagar la totalidad del cálculo actuarial o aportes pensionales para el pago de la indemnización sustitutiva por el tiempo laborado por el demandante en la extinta Caja Agraria; y si **COLPENSIONES** debe realizar la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la procedencia de la condena en costas, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales y jurisprudenciales para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hubo controversia en los siguientes elementos fácticos: ***i)*** **LAUREANO ENRIQUE HERNANDEZ MEJÍA** laboró al servicio de Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 02 de junio de 1972 hasta el 26 de julio de 1983 (*pág. 37 a 43, archivo "01DemandaAnexos" y pág. 28 a 34, archivo "05ContestacionUgpp");* ***ii)*** **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB 114209 del 28 de Mayo de 2020, le reconoció al actor indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, incluyendo solo las semanas cotizadas en el ISS, sin tener en cuenta el tiempo laborado en la Caja Agraria (*pág. 44 a 47, 78 y 79, archivo "01DemandaAnexos")*; ***iii)*** **LAUREANO ENRIQUE HERNANDEZ MEJÍA** reclamó la indemnización sustitutiva a la **UGPP**, petición que fue negada a través de la Resolución No. RDP 023879 del 21 de octubre de 2020, bajo el argumento que el demandante no había efectuado aportes al sistema de seguridad social (*pág. 18 a 20, archivo "05ContestacionUgpp")*; ***iv)*** y el demandante reclamó a **COLPENSIONES** la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con ocasión del tiempo laborado en

la Caja Agrario (*pág. 70 a 77, archivo "01DemandaAnexos")*, entidad que mediante oficio del 2 de diciembre de 2020 indicó que la indemnización sustitutiva no se financia con bono pensional (*pág. 78 a 80, archivo "01DemandaAnexos").*

- **Sobre la procedencia del cálculo actuarial.**

Para resolver la controversia, la Sala seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico como juez de casación laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide. En la sentencia de fecha 16 de julio de 2014, radicación N° 41745 (SL9856-2014), y copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad, esa Corporación dispuso la responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no hubo cobertura de los riesgos de Invalidez Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales, máxime cuando se tratan de períodos en que aquellos riesgos estaban a su cargo y, por tanto, deben asumir el valor del título pensional correspondiente (SL5790-2014, SL4072-2017, SL14215-2017, SL1342-2019, SL5109-2019, SL1551-2021, entre otras).

En el presente caso, está por fuera de cualquier de controversia la prestación de servicios del demandante como trabajador oficial en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, entre el 02 de junio de 1972 y el 26 de julio de 1983 (*pág. 18 a 20, archivo "05ContestacionUgpp" y pág. 67 a 69 archivo "01DemandaAnexos")* y que dicha entidad no lo afilió al sistema de pensiones durante la totalidad de dicho lapso por no existir obligación de afiliación al no tener cobertura el ISS en el lugar donde prestaba sus servicios. Se resalta que estos tiempos laborados no pueden ser desconocidos para su disfrute prestacional, pues el hecho de que **COLPENSIONES** le hubiera reconocido una indemnización sustitutiva de pensión por vejez por periodos de cotización diferentes a los aquí reclamados, no enerva su derecho a reclamar los periodos que deben ser computados

a través de cálculo actuarial, que se traducen en un mayor valor de la prestación económica reclamada, siendo este un derecho irrenunciable e imprescriptible, no pudiendo el empleador beneficiarse o exonerarse de dicho pago.

Se advierte que la aplicación del precedente jurisprudencial antes citado no implica la aplicación retroactiva de las normas, pues desde la Ley 90 de 1946, se definió para los empleadores la obligación de hacer las provisiones necesarias para el cubrimiento de las pensiones de sus trabajadores o para una subrogación posterior del riesgo de invalidez, vejez y muerte, luego aun cuando no existía la obligación de afiliación si estaba la de hacer las provisiones para cubrir o financiar el futuro derecho pensional en proporción del tiempo servido por un trabajador.

Además, debe recordarse que el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que el cálculo actuarial es el mecanismo por antonomasia para validar los periodos en los que la prestación del servicio estuvo a cargo de los empleadores, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura (CSJ SL1342-2019, SL1551-2021 y SL2263-2022, entre otras), en la medida en que la ley que regula las consecuencias por la falta de afiliación es la vigente al momento de la consolidación del derecho pensional (pensión o indemnización) y no la que regulaba el pago de los aportes durante el tiempo en que se prestó el servicio (SL14388-2015, SL1041-2021, SL3470-2022, entre otras). Igualmente, la misma Corporación ha precisado que la indemnización sustitutiva corresponde reconocerla a la administradora del sistema general de pensiones a la que haya cotizado el trabajador y no en estricto sentido al empleador o empleadores ante quienes aquel prestó sus servicios (SL3694-2021).

En este caso, la causación de la prestación económica se generó en vigencia de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual no es posible en este tipo de asuntos ordenar el pago de los aportes. Tampoco es viable

la expedición de un bono pensional, dado que dicho título de deuda pública se encuentra destinado a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar pensiones y no para el pago de indemnizaciones sustitutivas (art. 115 Ley 100 de 1993). Lo procedente es el pago del cálculo actuarial que debe liquidar y expedir el respectivo fondo de pensiones teniendo en cuenta los salarios devengados por el trabajador durante el tiempo objeto de validación. Por tal motivo, se modificará el alcance de la condena contenida en los ordinales segundo y tercero del fallo de primera instancia.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que de conformidad con el Parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es el empleador quien debe trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de estos dineros (SL3154-2022, SL3847-2022 y SL1493-2023, entre otras).

Por lo tanto, el pago del cálculo actuarial con ocasión de la falta de afiliación del trabajador al ISS corresponderá en su totalidad al empleador, sin que sea posible exigir contribución alguna al accionante, cálculo que deberá realizar **COLPENSIONES**, en los términos señalados en los artículos 2.2.4.4.1 y siguientes del Decreto 1833 de 2016, lo que descarta que la asunción de dicho riesgo deba realizarse mediante bono pensional, como lo alega la UGPP; razón por la cual en dicho procedimiento no interviene el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

En relación con la entidad obligada, la Sala concluye que corresponde a la UGPP asumir el pago de dicho cálculo actuarial, pues se trata del pago de una obligación pensional a cargo de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, dicha responsabilidad se enmarca en el artículo 3° del Decreto 2842 de 2013, hoy compilado en el artículo 2.2.10.13.3. del Decreto 1833 de 2016.

Por otra parte, la decisión de convalidar los tiempos dejados de cotizar, por falta de cobertura, a través del cálculo actuarial, conlleva que sea viable el estudio de la reliquidación. En efecto, al concederse la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez bajo los presupuestos de la Ley 797 de 2003, conforme lo dispuso **COLPENSIONES** mediante Resolución No. 114209 del 28 de mayo de 2020 teniendo en cuenta solo las 118.57 semanas cotizadas en ese fondo de pensiones, en cuantía de $1.868.453.00, (*pág. 44 a 47, archivo "01DemandaAnexos")* y al convalidarse más de 11 años como tiempo efectivamente laborado a cargo de la extinta Caja Agraria, riesgo asumido hoy por la UGPP, que adicionadas a las que tuvo en cuenta **COLPENSIONES** para el pago de la indemnización, le representan al actor la posibilidad de incrementar el valor de la prestación.

No obstante, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que dicho estudio solo será procedente cuando **COLPENSIONES** reciba a satisfacción los dineros provenientes del cálculo actuarial.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por la **UGPP** y **COLPENSIONES**, la misma no es procedente en atención a que el pago del cálculo actuarial a transferirse es imprescriptible, tal y como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL941-2018, SL738-2018 y SL2340-2022), toda vez que el citado pago hace parte de los aportes que formarán el capital indispensable para un posible incremento del monto a recibir por indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del actor.

Y frente a la inconformidad de la apoderada de **la UGPP** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó

la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que la **UGPP** deberá pagar el cálculo actuarial que elabore **COLPENSIONES**, en los términos señalados en los artículos 2.2.4.4.1 y siguientes del Decreto 1833 de 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que el estudio de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del demandante solo será procedente cuando **COLPENSIONES** reciba a satisfacción los dineros provenientes del cálculo actuarial a cargo de la **UGPP**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

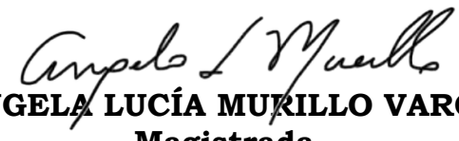
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

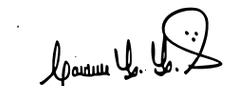
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 21-2018-00107-02

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 17 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la demandada al pago de $25.674.927 por concepto de prestaciones asistenciales y $104.664.079 por prestaciones económicas, reconocidas al afiliado JUAN PABLO SAMPEDRO HERNÁNDEZ, así como el reembolso del 61.77% por el pago de mesadas de la pensión de invalidez durante los meses de agosto y septiembre de 2017 y el 61.77% del valor total de la reserva matemática, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, condenó al pago de indexación y costas procesales *(min. 47:53, archivo "CONEXIÓN AUDIENCIA RAD. 2018-00107-20211117_100228-Grabación de la reunión").*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. llamó a juicio a **COLMENA SEGUROS S.A.** con el fin de que se declare que todo el tiempo de exposición al riesgo de JUAN PABLO SAMPEDRO HERNÁNDEZ fue bajo la cobertura de la ARL demandada o en subsidio el porcentaje que se establezca y, en consecuencia, se condene al pago

de $6.651.890 por mesadas pensionales, $373.139.481 por reserva matemática, $136.384.459 por incapacidades temporales, $26.726.593 por prestaciones asistenciales, junto con el pago de intereses moratorios o indexación, condenas ultra y extra *petita,* costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que JUAN PABLO SAMPEDRO HERNÁNDEZ estuvo afiliado a ARL COLMENA, periodo en el cual estuvo expuesto a riesgos psicosociales que le produjeron las patologías diagnosticas como de origen laboral denominadas trastorno mixto de ansiedad y depresión; que COLMENA aseguró los riesgos laborales de JUAN PABLO SAMPEDRO HERNÁNDEZ hasta el 28 de febrero de 2013 y a partir del 1° de marzo siguiente los riesgos fueron asumidos por POSITIVA; que mediante dictamen del 19 de diciembre de 2016, le establecieron a JUAN PABLO SAMPEDRO HERNÁNDEZ una PCL del 52.70%.

Manifestó que como consecuencia de dicho dictamen le reconoció pensión de invalidez al afiliado a partir del 1° de agosto de 2017 en cuantía de $1.330.378, junto con un retroactivo de $6.651.890; a su vez, que constituyó una reserva matemática para atender el pago de la pensión de invalidez que con corte a julio de 2017 ascendía a la suma de $373.139.481; que pagó incapacidades temporales otorgadas a JUAN PABLO SAMPEDRO HERNÁNDEZ por un monto de $136.384.459 y por prestaciones asistenciales la suma de $26.726.593; por tal motivo, que solicitó a ARL COLMENA el reembolso de dinero, sin que a la presentación de la demanda haya recibido suma alguna (*fls. 1 a 13, expediente físico*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLMENA SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la calificación de la patología de origen laboral de trastorno de ansiedad realizada a JUAN PABLO SAMPEDRO HERNÁNDEZ por la EPS SANITAS el 25 de septiembre de 2010, la afiliación en esa ARL desde el 03 de agosto de 2006 hasta el 28 de febrero de 2013 y la afiliación en POSITIVA. Indicó que por el artículo 2.31.4.4.8 del

Decreto 2973 de 2013, constituyó una reserva de enfermedad laboral para el pago de recobros de otras ARL, sin que la demandante haya recobrado, además que la exposición del riesgo se incrementó bajo la cobertura de POSITIVA, ARL que además no controvirtió oportunamente el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez y no está llamada a reconocer la pensión de invalidez ni demostró los pagos recobrados. Interpuso las excepciones de *inexistencia de prueba de los presupuestos legalmente exigidos para que sea procedente la acción de recobro*, falta de prueba de la ocurrencia del siniestro, errores de fondo del dictamen de la Junta Regional, inexistencia de prueba del pago, prescripción, improcedencia de intereses moratorios, responsabilidad de COLMENA limitada al tiempo de exposición al riesgo, ausencia de ocurrencia del siniestro durante la afiliación a COLMENA, improcedencia del recobro ante pensión de invalidez, retroactivo y reserva matemática e improcedencia recobro de incapacidades (*fls. 479 a 534*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 47:53, archivo "CONEXIÓN AUDIENCIA RAD. 2018-00107-20211117_100228-Grabación de la reunión")

El 17 de noviembre de 2023, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(…) ***PRIMERO: CONDENAR*** *a la demandada RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPANIA DE SEGUROS DE VIDA a pagar a favor de la demandante POSITIVA COMPANIA DE SEGUROS S.A. las siguientes sumas y conceptos como consecuencia de las prestaciones asistenciales y económicas reconocidas al afiliado JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ: prestaciones asistenciales la suma de $25,674,927, prestaciones económicas subsidio de incapacidad temporal la suma de $104,664,079, el reembolso en el pago de la pensión de invalidez sobre el 61.77% de las mesadas pensionales canceladas al señor JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ durante los meses de agosto y septiembre de 2017, suma que corresponde a la suma de $821.774 por mes, para un total de $1 '643.548, el reembolso a POSITIVA COMPANIA DE SEGUROS S.A. del 61.77% de la reserva matemática calculada por la demandante en suma de $373,139,481 conforme al certificado expedido en el mes de octubre de 2017.* ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS*** *las excepciones de "improcedencia de condena por concepto de intereses moratorios" y la de "la responsabilidad de Colmena Seguros S.A. se encuentra limitada*

en proporción al tiempo de exposición al riesgo'' conforme lo indicado, parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones. Se condenará en costas a la parte demandada y a favor de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $4.000.000 (…).

Como sustento de la decisión la Juez expresó que en este caso los dictámenes de calificación se encuentran en firme y que, al generar relaciones jurídicas respecto a terceros no vinculados al proceso, los mismos no pueden ser modificados o desconocidos, más aún cuando el litigio versa exclusivamente sobre la procedencia de condenar al reembolso.

Frente a la exposición del riesgo dedujo que conforme con las historias clínicas, el trabajador JUAN PABLO SAMPEDRO FERNÁNDEZ estuvo expuesto a los factores que derivaron el trastorno de ansiedad y trastorno de cambio de personalidad desde 08 de julio de 2008, según se registró en la primera revisión médica por psiquiatría, fecha para el cual estaba laborando en el CTI de la Fiscalía General de la Nación y afiliado a la ARL COLMENA, riesgo que se extendió hasta el 22 de septiembre de 2010, fecha de calificación de origen en primera oportunidad por parte de la EPS SANITAS donde estableció que la enfermedad era de origen laboral, por lo que en caso de probarse el pago de prestaciones económicas y asistenciales le corresponde cubrir el riesgo en un 100% a COLMENA.

Por tal razón, que al revisar los anexos aportados por POSITIVA relacionadas con los pagos de prestaciones asistencias e incapacidades al trabajador, excluyendo los valores pagados durante el 3 de enero al 1° de febrero 2015 y del 12 de noviembre al 11 de diciembre del mismo año, por cuanto los diagnósticos fueron diferentes a los calificados, y los certificados de revisoría fiscal de POSITIVA, sobre los cuales recae presunción de veracidad, que no fueron desvirtuados por la demandada, además teniendo en cuenta la excepción de prescripción parcial que prospera respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 20 de febrero de 2015, concluyó que le corresponde a COLMENA reembolsar la suma de $25.674.927 por prestaciones asistenciales, menos $137.880 por

facturas prescritas, y la suma de $104.664.079 por prestaciones económicas – incapacidades temporales, menos $24.209.615 correspondientes a incapacidades que fueron declaradas prescritas.

Respecto de la pensión de invalidez reiteró que la fecha inicial del riesgo fue el 08 de julio de 2008 y que la fecha final fue el 14 de enero 2016, fecha de estructuración de la invalidez, por lo que con COLMENA estuvo 1.671 días de exposición que corresponde al 61.77% mientras que con POSITIVA desde el 1° de marzo 2013 hasta 14 de enero de 2016, 1.034 días de exposición, con un porcentaje del 38,23%, por lo que ordenó a la demandada a pagar el respectivo pago proporcional respecto de las mesadas de agosto y septiembre de 2017, para un monto total de $1.643.548, dado que no se acreditan pagos posteriores.

Y frente al pago de la reserva matemática dijo que era viable ordenar a la ARL COLMENA a reembolsar a POSITIVA 61.77% de dicha reserva, cuyo valor total fue calculado por POSITIVA en la suma de $373.131.481. Y finalmente, dedujo que no hay lugar al pago de intereses moratorios en la medida en que no hay norma que prevea el pago de los mismos en este tipo de asuntos, sin que sea aplicable el parágrafo segundo del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, y en su lugar, ordenó el pago indexado de las condenas, tomando como índice inicial el mes del último pago realizado y como índice final, la fecha en que se efectúe el pago por parte de COLMENA.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **POSITIVA** presentó recurso de apelación parcial. Como sustento de la alzada señaló que todas las incapacidades fueron reconocidas entre el año 2015 y 2017, y teniendo en cuenta que la radicación de la demanda fue el 21 de febrero de 2018, considera que ninguna de las incapacidades temporales estaría prescrita. Frente al cálculo a prorrata del tiempo de exposición respecto de la pensión de invalidez solicita su revisión al señalar que POSITIVA recibió un trabajador con unos riesgos materializados, pues venía con unas calificaciones de unas patologías de origen laboral que fueron cubiertos

por COLMENA, por lo que peticiona que se aplique la misma regla del 100% a cargo de COLMENA para el pago la reserva matemática; Y por último, que se debe revisar la no condena a intereses moratorios en el sentido que considera que a la luz de lo establecido por la Ley 776 y del Decreto 1072 de 2015 sí habría lugar al cobro de los intereses y si bien no hay una reclamación previa, la condena debe realizarse por lo menos a partir de la presentación de la demanda (*min. 49:44, archivo "CONEXIÓN AUDIENCIA RAD. 2018-00107-20211117_100228-Grabación de la reunión").*

Por su parte, la apoderada de **COLMENA** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se absuelva a dicha demandada. Adujo que la patología de cambio perdurable de la personalidad nunca fue cubierta por COLMENA, que venía siendo tratada por la EPS como patología de origen común, nunca había sido calificada como una patología laboral durante la afiliación con COLMENA y solo vino a ser calificada como de origen laboral durante la afiliación a POSITIVA; que no están de acuerdo que la calificación de la Junta Regional y Junta Nacional surta efecto respecto del origen de esta patología, en la medida en que en el dictamen de la Junta Nacional sí quedó establecido expresamente que no se modifica el origen de la invalidez por no haber sido apelado por ninguna de las partes. En tal sentido, considera que POSITIVA reconoció indebidamente una pensión de invalidez por unos dictámenes que no apeló atacando el origen de la enfermedad, aspecto que era determinante para la pérdida de capacidad laboral, por lo que por no haber apelado considera que la sociedad demandante no tiene derecho al recobro de esa pensión de invalidez y sus prestaciones.

En relación con las pruebas aportadas por POSITIVA para el pago de prestaciones económicas dijo que varias providencias de este Tribunal han precisado que las certificaciones del revisor fiscal, las certificaciones del gerente de indemnizaciones o las facturas que le fueron remitidas eventualmente en su momento por los prestadores de los servicios asistenciales, no constituyen prueba del pago de las prestaciones cuyo recobro se pretende, al estar huérfanas de los soportes concretos y contables que evidencien dicho pago, aspecto que dice ocurre en el presente asunto pues además de ellas no se puede extraer a cuáles

facturas de venta corresponde tal valor, como tampoco si fueron en virtud de los mismos padecimientos del trabajador, con lo cual no se logra acreditar que, en efecto, las prestaciones asistenciales son el soporte de las enfermedades laborales y riesgos que fueron asumidos tras la calificación.

Solicita que en caso de no revocarse la condena se revise la distribución de la proporción frente al recobro de las incapacidades temporales y de las prestaciones asistenciales, pues aunque el Juzgado estableció que la exposición al riesgo se dio desde la fecha de inicio de los síntomas en el año 2008 hasta la fecha de la primera calificación, en el año 2010, no tuvo en cuenta que en el año 2010 no hubo calificación de la patología de cambio perdurable de la personalidad, por lo que no tiene sentido que sobre esta patología se atribuya al 100% de la cobertura a COLMENA, cuando ni siquiera para el año 2010 había calificación de origen; que de esas prestaciones asistenciales y de esas incapacidades temporales no se sabe cuáles tuvieron su causa directa en el trastorno de ansiedad que sí tuvo cobertura durante COLMENA o cuáles tuvieron su causa en el cambio perdurable de la personalidad que siempre fue tratada como una patología común tratada por la EPS. Ante tal circunstancia, manifestó que fue un riesgo que asumió POSITIVA a partir de las cotizaciones que recibió por parte del afiliado desde el 1° de marzo de 2013 (*min. 53:53, archivo "CONEXIÓN AUDIENCIA RAD. 2018-00107-20211117_100228-Grabación de la reunión").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado actor solicitó la adición de la condena a la demandada frente al reconocimiento de las incapacidades temporales recobradas, intereses moratorios y el correcto cálculo de la prorrata de responsabilidad en el reconocimiento del recobro del retroactivo pensional y la reserva matemática. Por su parte, el apoderado principal de **COLMENA** reiteró los argumentos elevados en la alzada para que se revoque la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **COLMENA SEGUROS S.A.** está obligada a reembolsar, en proporción al tiempo de exposición al riesgo de afiliado JUAN PABLO SAMPEDRO HERNÁNDEZ, a **ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** el valor de prestaciones asistenciales y económicas por enfermedades y pensión de invalidez de origen laboral pagados con posterioridad al 1º de marzo de 2013, junto con intereses moratorios.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** y la demandada **COLMENA SEGUROS S.A.** actúan como administradoras de riesgos laborales; ***ii)*** **COLMENA SEGUROS S.A.** cubrió los riesgos laborales de los servidores públicos de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN entre el 1° de enero de 1996 y el 28 de febrero de 2013 (*fl. 534*) ***iii)*** el 1° de marzo de 2013 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN trasladó la gestión y asunción de los riesgos laborales de sus servidores públicos a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** (*fl. 39*).

- **Sobre la acción de repetición en favor de la ARL que asume las prestaciones por enfermedad y pensión de invalidez de origen laboral**

El Parágrafo 2º del artículo 1° de la Ley 776 de 2002 y el artículo 5º del Decreto 1771 de 1994, compilado en el artículo 2.2.4.4.5 del Decreto 1072 de 2015, consagran el deber de pagar las prestaciones derivadas de la enfermedad laboral por la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) a la cual este afiliado el trabajador al momento de

requerir la prestación asistencial o de adquirir el derecho a la prestación económica.

El inciso 2º del Parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 776 de 2002, establece concretamente que la administradora de riesgos laborales que sufrague las prestaciones económicas y asistenciales de los trabajadores objeto de cobertura, podrán repetir contra aquellas que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, es decir, proporcionalmente según el valor pagado y el tiempo de exposición al riesgo por parte del afiliado. El segmento normativo en cita señala textualmente lo siguiente:

> *"…Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura…"*

Del estudio de los anteriores requisitos se infiere razonablemente que para que proceda el recobro entre ARL debe demostrarse: ***i)*** la existencia de una enfermedad laboral; ***ii)*** que en virtud de esa enfermedad laboral la ARL recobrante cancele una prestación; ***iii)*** que el tiempo de exposición al riesgo que generó esa enfermedad laboral abarque el tiempo de cobertura de la ARL frente a la cual se hace el reclamo.

En cuanto los requisitos formales que debe contener la solicitud de recobro entre ARL, debe precisarse que ante la ausencia de normas que los establezcan expresamente, debemos remitirnos a los establecidos en el artículo 4º del Decreto 1771 de 1994, pues no solamente están orientados a garantizar la adecuada administración, destinación y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social acorde con el artículo 48 de la Constitución Política, sino a suplir un vacío regulatorio en los términos previstos por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, artículo 30 del Código Civil, Sentencia C-083 de 1995 y C-284 de 2015.

Dichos requisitos son los siguientes: ***i)*** razón social y NIT del recobrante; ***ii)*** nombre e identificación del afiliado; ***iii)*** nombre o razón social y NIT del empleador; ***iv)*** número de historia clínica, su ubicación, diagnóstico y tratamiento del afiliado; ***v)*** valor de los servicios prestados al afiliado junto con la cuenta de cobro presentada por la IPS donde se especifiquen los procedimientos y servicios prestados. Estas exigencias son similares a los previstos para otros eventos, como los recobros de tecnologías en salud a la ADRES, en los que la EPS recobrante debe demostrar que pagó a la IPS el servicio a través de factura o documento equiparable y la conexidad entre el servicio y la tecnología ordenada médicamente.

CASO CONCRETO

Determinados los requisitos sustanciales y formales de los recobros entre ARL, procede la Sala a resolver los reproches de los apelantes.

Para determinar el tiempo de exposición al riesgo del afiliado, es necesario acudir a la información contenida en los dictámenes de calificación de origen o de determinación de pérdida de capacidad laboral, conforme lo dispone el artículo 2.2.5.1.28 del Decreto 1072 de 2015, pues según esta norma, las solicitudes de dictámenes que se presenten ante las juntas de calificación de invalidez debe contener como mínimo ***i)*** la definición de los factores de riesgos a los cuales se encuentra o se encontraba expuesto el trabajador, ***ii)*** el tipo de labor u oficio desempeñado durante el tiempo de exposición, ***iii)*** el análisis de exposición al factor de riesgo al que se encontraba asociado la patología y ***iv)*** el tiempo de exposición al riesgo o peligro durante su jornada laboral.

Con el propósito de establecer la proporcionalidad a cargo de las administradoras de riesgos laborales durante el lapso de exposición al riesgo por parte del trabajador y cuyas prestaciones pagadas son objeto de recobro, es necesario definir la fecha en la que inició la exposición al riesgo o peligro y la fecha cierta más próxima posible hasta donde estuvo expuesto. En relación con la fecha inicial, debe considerarse la

que aparece consignada en el dictamen, pero en caso de que no lo establezca, al punto de no indicar los factores de riesgo y tiempo de exposición a los mismos, resulta entonces necesario tener en cuenta otros criterios como la antigüedad del trabajador en la empresa, la antigüedad en el cargo y la primera fecha de manifestación de la sintomatología de la enfermedad calificada como laboral, los cuales constituyen criterios auxiliares que permiten determinar el tiempo exposición al riesgo que sufre el afiliado y que conllevaron a la enfermedad laboral por la cual se causaron las prestaciones recobradas.

En cuanto a la fecha de finalización a la exposición al riesgo, para la Sala la fecha del dictamen o de la estructuración en determinados casos resulta insuficiente por cuanto el trabajador, aún después del dictamen, pudo continuar expuesto al riesgo ocupacional, incluso abarcando periodos cuya cobertura están a cargo de la ARL que demanda el recobro; ahora bien, si se tuviera en cuenta la fecha del dictamen, tendríamos que en aquellos casos en los cuales el dictamen hubiese sido emitido antes de que asumiera el riesgo la ARL sucedánea, se le estaría exonerando de responder por el lapso en el que el afiliado ha estado bajo su cobertura. Luego, resulta más equitativo y ajustado a la realidad tener en cuenta como extremo final, siempre que se encuentre debidamente probado, la fecha de prestación del último servicio recobrado por la ARL con ocasión de la enfermedad calificada como de origen laboral, salvo que se demuestre un cambio en las condiciones que permita inferir que cesó la exposición al riesgo por reubicación del trabajador, por incapacidades ininterrumpidas, por terminación de la relación laboral o el retiro del servicio por reconocimiento pensional, todo ello dependiendo del estudio que se debe realizar de forma particular en cada caso.

En el presente asunto se acreditó que el trabajador JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ estuvo afiliado a **COLMENA** del 03 agosto de 2006 al 28 de febrero de 2013 (*fl. 534*), y desde el 1° de marzo de 2013 fue afiliado para riesgos laborales a **POSITIVA** (*fl. 39*).

A su vez, que la EPS SANITAS calificó el origen en primera oportunidad del evento de salud padecido por el trabajador JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ denominado *trastorno de ansiedad*, como de origen profesional (*fls. 33 y 34*). Posteriormente, POSITIVA en dictamen del 26 de marzo de 2015 llegó a igual conclusión relatando que los episodios de ansiedad aparecieron en el año 2008, según valoración de psiquiatría realizada el 08 de julio de ese año, siendo un paciente expuesto a factores de riesgo psicosocial de origen laboral (*fls. 28 a 32*).

POSITIVA en dictamen del 03 de mayo de 2016, calificó en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral del afiliado JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ respecto del diagnóstico denominado *trastorno de ansiedad* concluyendo que corresponde a enfermedad de origen laboral, con fecha de estructuración 18 de abril de 2016, con una PCL de 17.30%. En relación con la patología de *otros cambios perdurables de la personalidad* señaló que es un componente *"no asociado al evento laboral que magnifica la expresión de los síntomas y procesos terapéuticos estacionarios" (fls. 476 a 482).*

En primera instancia, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, en dictamen del 25 de agosto de 2016, estableció que tanto el *trastorno de ansiedad* como *otros cambios perdurables de la personalidad* son de origen laboral, con fecha de estructuración 14 de enero de 2016, que le generan al trabajador una PCL de 52.70% (*fls. 483 a 488*).

Recurrida dicha decisión, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen del 25 de enero de 2017 confirmó el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, advirtiendo que el origen y la fecha de estructuración no se modifican por no haber sido apelado por ninguna de las partes. En el resumen de historia clínica se relató que el paciente lleva dos años incapacitado, sin posibilidad de reintegro dado que al acercarse al ambiente que generó el estrés inicial a nivel laboral, se reactivan los síntomas (*fls. 489 a 498*).

Con todo, en el estudio la Junta Nacional resaltó que la patología aludida por la EPS, *cambios perdurables de la personalidad*, aunque relacionado con los factores descritos, no podría considerarse como una patología derivada del estrés, sin embargo, que al tratarse de una valoración integral, siendo un caso de simultaneidad de patologías, una de origen profesional y otra común, para determinar el origen y la fecha de estructuración se debe atender el factor de mayor peso porcentual que en este caso, dice la Junta, corresponde al trastorno de ansiedad.

Teniendo en cuenta que en el presente asunto no se discute la validez de los respectivos dictámenes, sino la concurrencia en el pago de dos administradoras de riesgos laborales de acuerdo con el periodo de cobertura, es evidente que los argumentos expuestos en la alzada por **COLMENA** no son de recibos para la Sala puesto que sus reproches conllevarían al estudio de la nulidad o modificación de calificaciones de pérdida de capacidad laboral que están en firme, sin que dichos aspectos hayan sido incluidos en la acción que dio origen al presente litigio y mucho menos al momento de delimitarse el problema jurídico. Y aunque le asistiría razón en cuanto a la existencia de una patología de origen común, lo cierto es dicha circunstancia no modificaría la conclusión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de que el origen es laboral por ser el trastorno de ansiedad la patología que mayor porcentaje representa en la pérdida de capacidad laboral del afiliado.

Por ende, para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas, las dos enfermedades padecidas por el afiliado deben apreciarse como de origen laboral.

Ahora, en cuanto a la exposición del riesgo, según los dictámenes de calificación, el diagnóstico de *trastorno de ansiedad* tiene una evolución sintomatológica desde el año 2008 y aunque no se puede especificar la fecha exacta de su inicio, es suficiente acudir a la valoración psiquiátrica realizada al paciente el 08 de julio 2008 para tener por demostrado ese extremo.

Y respecto del fin de la exposición, el *a quo* la fijó el 23 de septiembre de 2010, fecha de la calificación de origen en primera oportunidad del evento de salud, análisis que para el Tribunal es desacertado, en la medida en que la exposición al riesgo se mantuvo, con tal intensidad que la condición de salud del trabajador JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ se agravó, incluso en vigencia de la cobertura por parte de la ARL **POSITIVA**, así se desprende de la historia clínica referida en los diferentes dictámenes de calificación. Tampoco puede fijarse a la fecha de estructuración de la invalidez, aunque el estado de salud de trabajador continúo deteriorándose, pues para el 14 de enero de 2016, había cesado en sus funciones laborales al servicio de la Fiscalía General de la Nación, por presentar incapacidades medicas sucesivas.

En tal sentido, para la Sala en el presente caso, la fecha límite para determinar la cobertura del riesgo corresponde al 04 de octubre de 2014, pues a partir del día siguiente el afiliado JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ dejó de prestar sus servicios debido a incapacidades médicas que se otorgaron hasta el día 31 de julio de 2017, momento desde el cual recibe pensión de invalidez (*fls. 51, 52, 58 a 60, 73 y 77 a 80*). Y pese a que durante la vigencia de las incapacidades médicas su situación de salud continúo agravándose, tal situación ocurrió o fue consecuencia de la exposición al riesgo durante el periodo de julio de 2008 hasta octubre de 2014. Se resalta que el hecho de que no se haya acreditado la expedición de incapacidades desde el 1° al 08 de septiembre de 2015, así como otros pocos días de interrupción que se presentaron con posterioridad, no es suficiente para establecer una fecha de exposición del riesgo diferente al 04 de octubre de 2014, en la medida en que este momento va en consonancia con lo consignado en la valoración por terapia ocupacional realizada el 12 de enero de 2017 (*fl. 494*), donde se advirtió que el afiliado llevaba dos años incapacitado.

Sobre el diagnóstico denominado *cambios perdurables de la personalidad,* cuyo origen se estableció de índole laboral, pese a la

inconformidad expuesta por **COLMENA**, al tratarse de una enfermedad asociada a los factores de riesgo que produjeron los trastornos de ansiedad del afiliado, como lo estableció la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en dictamen del 25 de enero de 2017, para establecer la proporción al tiempo de exposición al riesgo debe acudirse al mismo periodo determinado anteriormente.

Luego, cualquier servicio asistencial y obligación en el pago de prestaciones económicas, incluida la pensión de invalidez, derivadas de las patologías objeto de calificación, le corresponde asumirlas a las ARL que ampararon a JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ desde el 08 de julio de 2008 hasta el 04 de octubre de 2014, equivalentes a 2.246 días. Al estar demostrado en este juicio que el trabajador estuvo afiliado a **COLMENA** del 03 agosto de 2006 al 28 de febrero de 2013 (*fl. 534*), y desde el 1° de marzo de 2013 fue afiliado para riesgos laborales a **POSITIVA** (fls. 39), le corresponde a **COLMENA** asumir un total de 1.672 días de exposición al riesgo, equivalente al 74.44%, y a **POSITIVA** 574 días de exposición, equivalentes al 25.56%, motivo suficiente para modificar la sentencia de primera instancia, lo que descarta los planteamientos de los recurrentes.

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar cuáles prestaciones fueron pagadas por **POSITIVA**, que determinen la posibilidad de recobro, conforme se alegó en la alzada.

- **Prestaciones asistenciales**

Al revisar las pruebas aportadas por la parte demandante (*fls. 59 a 469*) se acredita que POSITIVA autorizó diferentes servicios médicos al afiliado JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ, hay constancia de la efectiva prestación de dichos servicios por parte de IPS y las respectivas facturas de venta a cargo de la ARL. Sin embargo, no hay ningún soporte que acredite que **POSITIVA** pagó a los prestadores de servicios estos conceptos. Y si bien reposa certificación de la gerencia indemnizaciones de **POSITIVA** que da cuenta que cancelaron por prestaciones asistenciales la suma de $26.726.593 (*fl. 41*), aspecto que ratificó el revisor fiscal de la misma Compañía en comunicación del 05

de octubre de 2017 (*fls. 472 y 473*), estas certificaciones a lo sumo dan fe de unos pagos, pero no de los conceptos reclamados en este proceso. En efecto, no se acredita qué tipo de servicio asistencial fue el que se brindó, la enfermedad tratada, la fecha de su materialización, el prestador del servicio y la fecha de su respectivo pago, lo que imposibilita determinar que existan saldos objeto de recobro a favor de la demandante y con cargo a los recursos de la ARL demandada, motivo suficiente para revocar la condena por estos conceptos y, en su lugar, se absolverá a COLMENA de dicha obligación.

- **Prestaciones económicas**

La parte demandante allegó relación de incapacidades otorgadas al afiliado JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ, junto con su correspondiente fecha de pago, las cuales contienen además la duración de cada una de ellas y el diagnóstico que las generó (*fls. 51, 52, 58 a 60, 73 y 77 a 80*). Y aunque únicamente se expresa el código del diagnóstico, estos pueden ser corroborados de acuerdo con la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), que se puede consultar en la página web del Sistema Integral de Información de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social[1]. En el siguiente cuadro se condensan las obligaciones que debe asumir la demandada de acuerdo con el porcentaje de asegurabilidad del riesgo y los eventos relacionados con las enfermedades laborales padecidas por el afiliado:

DURACIÓN INCAPACIDAD		**CÓDIGO DIAGNÓSTICO**	**PATOLOGÍA**	**VALOR PAGADO**	**FECHA DE PAGO**	**SUMA A CARGO DE COLMENA (74,44%)**
INICIO	**FINAL**					
30/04/2014	2/05/2014	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION	$ 296.792	28/08/2015	$ 220.932
3/05/2014	11/05/2014	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION	$ 1.044.735	28/08/2015	$ 777.701
7/07/2014	5/08/2014	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION	$ 3.482.450	28/08/2015	$ 2.592.336
5/10/2014	3/11/2014	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION	$ 3.482.450	28/08/2015	$ 2.592.336

[1] https://web.sispro.gov.co/WebPublico/Consultas/ConsultarDetalleReferenciaBasica.aspx?Code=CIE10

DURACIÓN INCAPACIDAD		CÓDIGO DIAGNÓSTICO	PATOLOGÍA	VALOR PAGADO	FECHA DE PAGO	SUMA A CARGO DE COLMENA (74,44%)
INICIO	FINAL					
4/11/2014	3/12/2014	F419	TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO	$ 3.482.450	28/08/2015	$ 2.592.336
4/12/2014	2/01/2015	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION	$ 3.482.450	28/08/2015	$ 2.592.336
3/01/2015	1/05/2015	F439	REACCION AL ESTRES GRAVE Y TRASTORNOS DE ADAPTACION	$ 3.482.450	28/08/2015	$ 2.592.336
2/02/2015	3/03/2015	F419	TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO	$ 3.482.450	28/08/2015	$ 2.592.336
4/03/2015	2/04/2015	F419	TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO	$ 3.482.450	28/08/2015	$ 2.592.336
3/04/2015	2/05/2015	F419	TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO	$ 3.482.450	28/08/2015	$ 2.592.336
3/05/2015	1/06/2015	F419	TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO	$ 3.884.920	28/08/2015	$ 2.891.934
2/06/2015	1/07/2015	F419	TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO	$ 3.884.920	16/10/2015	$ 2.891.934
2/07/2015	31/07/2015	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION	$ 4.028.315	16/10/2015	$ 2.998.678
1/08/2015	30/08/2015	F419	TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO	$ 4.028.315	16/10/2015	$ 2.998.678
10/09/2015	9/10/2015	F419	TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO	$ 4.028.315	24/12/2015	$ 2.998.678
10/10/2015	8/11/2015	F419	TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO	$ 4.028.315	24/12/2015	$ 2.998.678
12/11/2015	11/12/2015	F429	TRASTORNO OBSESIVO-COMPULSIVO, NO ESPECIFICADO	$ 4.028.315	31/03/2016	$ 2.998.678
12/12/2015	10/01/2016	F629	CAMBIO PERDURABLE DE LA PERSONALIDAD, NO ESPECIFICADO	$ 4.028.315	31/03/2016	$ 2.998.678
11/01/2016	9/02/2016	F629	CAMBIO PERDURABLE DE LA PERSONALIDAD, NO ESPECIFICADO	$ 4.028.315	19/05/2016	$ 2.998.678
12/02/2016	12/03/2016	F620	CAMBIO PERDURABLE DE LA PERSONALIDAD DESPUES DE UNA EXPERIENCIA CATASTROFICA	$ 4.028.315	19/05/2016	$ 2.998.678
13/03/2016	11/04/2016	F620	CAMBIO PERDURABLE DE LA PERSONALIDAD DESPUES DE UNA EXPERIENCIA CATASTROFICA	$ 4.028.315	19/05/2016	$ 2.998.678

DURACIÓN INCAPACIDAD		CÓDIGO DIAGNÓSTICO	PATOLOGÍA	VALOR PAGADO	FECHA DE PAGO	SUMA A CARGO DE COLMENA (74,44%)
INICIO	FINAL					
12/04/2016	9/05/2016	F620	CAMBIO PERDURABLE DE LA PERSONALIDAD DESPUES DE UNA EXPERIENCIA CATASTROFICA	$ 3.759.760	12/07/2016	$ 2.798.765
11/05/2016	9/06/2016	F620	CAMBIO PERDURABLE DE LA PERSONALIDAD DESPUES DE UNA EXPERIENCIA CATASTROFICA	$ 4.028.315	16/06/2016	$ 2.998.678
11/06/2016	10/07/2016	F620	CAMBIO PERDURABLE DE LA PERSONALIDAD DESPUES DE UNA EXPERIENCIA CATASTROFICA	$ 4.028.315	16/09/2016	$ 2.998.678
12/07/2016	10/08/2016	F620	CAMBIO PERDURABLE DE LA PERSONALIDAD DESPUES DE UNA EXPERIENCIA CATASTROFICA	$ 4.028.315	12/08/2016	$ 2.998.678
12/08/2016	10/09/2016	F620	CAMBIO PERDURABLE DE LA PERSONALIDAD DESPUES DE UNA EXPERIENCIA CATASTROFICA	$ 4.028.315	19/09/2016	$ 2.998.678
13/09/2016	12/10/2016	F620	CAMBIO PERDURABLE DE LA PERSONALIDAD DESPUES DE UNA EXPERIENCIA CATASTROFICA	$ 4.028.315	19/10/2016	$ 2.998.678
13/10/2016	11/11/2016	F411	TRASTORNO DE ANSIEDAD GENERALIZADA	$ 4.028.315	12/01/2017	$ 2.998.678
14/11/2016	13/12/2016	F411	TRASTORNO DE ANSIEDAD GENERALIZADA	$ 4.028.315	12/01/2017	$ 2.998.678
15/12/2016	13/01/2017	F411	TRASTORNO DE ANSIEDAD GENERALIZADA	$ 4.028.315	15/02/2017	$ 2.998.678
16/01/2017	114-2-17	F628	OTROS CAMBIOS PERDURABLES DE LA PERSONALIDAD	$ 4.028.315	27/02/2017	$ 2.998.678
17/02/2017	18/03/2017	F628	OTROS CAMBIOS PERDURABLES DE LA PERSONALIDAD	$ 4.028.315	12/05/2017	$ 2.998.678
19/03/2017	17/04/2017	F411	TRASTORNO DE ANSIEDAD GENERALIZADA	$ 4.028.315	11/07/2017	$ 2.998.678
18/04/2017	17/05/2017	F411	TRASTORNO DE ANSIEDAD GENERALIZADA	$ 5.029.144	11/07/2017	$ 3.743.695
18/05/2017	16/06/2017	F411	TRASTORNO DE ANSIEDAD GENERALIZADA	$ 5.029.144	11/07/2017	$ 3.743.695
19/06/2017	18/07/2017	F411	TRASTORNO DE ANSIEDAD GENERALIZADA	$ 5.029.144	26/07/2017	$ 3.743.695
			TOTAL A CARGO DE COLMENA			**$101.524.591**

Y aunque se acreditó que el afiliado presentó incapacidades hasta el 31 de julio de 2017 (*fl. 73*) no se allegó constancia de su cancelación ni al trabajador como tampoco a la empresa. En tal sentido, se modificará el alcance de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a **COLMENA SEGUROS S.A.** a pagar la suma de **$101.524.591** a favor de POSITIVA por concepto de recobros de prestaciones económicas derivadas de incapacidades temporales.

Sobre el pago de mesadas pensionales y la reserva matemática basta precisar que si el objetivo de la reserva es garantizar el pago de las obligaciones asumidas por el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen laboral y la misma fue calculada hasta antes de comenzarse a cancelar dicha prestación es evidente que no puede exigirse un doble cobro, como lo pretende la entidad accionante. En este caso, el Gerente de Actuaria de POSITIVA en certificación del 15 de septiembre de 2017 señaló que dicha reserva calculada a agosto de 2017 asciende a la suma de $373.139.481 (*fl. 42*), valor que, al tratarse de una operación aritmética para amparar un riesgo periódico, le correspondía desvirtuar a la ARL demandada a través de otro cálculo que condujera a determinar que el monto era diferente, en los términos del artículo 167 del CGP, carga procesal que no se ejecutó en este juicio.

Atendiendo que la primera mesada pensional se comenzó a pagar para el mes de agosto de 2017 a favor de JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ, es palmario concluir que dicha mesada se encuentra incluida en la reserva matemática obtenida por la ARL. Bajo dicho escenario, se revocará la condena por pago de mesadas pensionales. Adicionalmente, al establecerse un porcentaje diferente de cobertura a cargo de la ARL COLMENA el valor de la reserva matemática que debe asumir asciende a la suma de **$277.765.030**, y así se modificará la parte resolutiva de la decisión de primer grado.

Respecto de intereses moratorios se confirmará la absolución dado que, si bien dichos intereses están contenidos en el Parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 1994, los mismos son procedentes

cuando se ha presentado la cuenta de cobro respectiva. En este caso, **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS** no acreditó que haya reclamado previamente el reembolso de los recursos, siendo procedente ordenar el pago indexado de las condenas en la forma señalada por el *a quo* en la parte considerativa (*índice inicial del mes del último pago realizado y como índice final, la fecha en que se efectúe el pago por parte de COLMENA*), aspecto que no fue objeto de recurso.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, el artículo 22 de la Ley 1562 de 2012, en concordancia con los artículos 488 del CST y 151 del CPT SS, establece que las mesadas pensionales y las demás prestaciones establecidas en el Sistema General de Riesgos Profesionales prescriben en el término de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que se genere, concrete y determine el derecho.

En este caso la demandante no presentó reclamación previa para el pago de los conceptos objeto de recobro y la demanda fue radicada en reparto el 20 de febrero de 2018 (*fl. 15*). Por tal razón, en principio las incapacidades generadas antes del 20 de febrero de 2015 serían las únicas que se encontrarían afectadas por el fenómeno prescriptivo. No obstante, de acuerdo con la relación de incapacidades estas tan solo fueron presentadas y registradas para cobro ante **POSITIVA** el 06 de junio de 2015 y canceladas el 28 de agosto siguiente (*fls. 58*), es decir, en el término trienal referido precedentemente, por lo que a partir de allí la entidad demandante tenía 3 años para presentar la reclamación ante la ARL demandada o, en su defecto, instaurar la acción ordinaria como en efecto ocurrió, motivo por el cual no prospera este medio exceptivo, lo que conlleva a modificar el ordinal segundo de la sentencia de primer grado en lo pertinente.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a la demandada **COLMENA SEGUROS S.A.** a pagar a la demandante **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** la suma de **$101.524.591** por concepto de recobros de prestaciones económicas derivadas de incapacidades temporales y el valor de **$277.765.030** por reserva matemática para garantizar el pago de la pensión de invalidez, montos correspondientes al 74.44% del tiempo de exposición al riesgo del afiliado JUAN PABLO SAMPEDRO HERNANDEZ, valores que deberán ser indexados en la forma determinada por el *a quo*. A su vez, revocar la condena por concepto de prestaciones asistenciales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar no probada la excepción de prescripción.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 21-2021-00012-01

Bogotá D.C, treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 29 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá mediante la cual absolvió a **COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la accionante *(min. 26:51, enlace archivo "22ActaAudiencia20230529").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

MONICA MARCELA MEJIA GUZMAN llamó a juicio a la **AADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se condene a la accionada a reconocer el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en Pensión del período comprendido entre el 1° de junio de 1988 al 31 de diciembre de 1994, dejados de realizar por la extinta sociedad ITALO ESPAÑOLA DE CERÁMICA ITA LTDA, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 17 de julio de 1987; que laboró alrededor de 10 años con la sociedad ITALO ESPAÑOLA DE CERÁMICA ITA LTDA, empleador que le realizó cotizaciones al ISS para los meses de julio de 1987, enero, marzo y junio de 1988, enero de 1990 y enero de 1991, sin que realizara aportes por todo el tiempo laborado; por tal razón, elevó varias reclamaciones al ISS desde el 2008 solicitando la actualización de la historia laboral; que en reporte del 28 de abril de 2008, el ISS expidió la relación No.111116627-18 de reporte de semanas cotizadas en la que señala que la sociedad ITALO ESPAÑOLA DE CERÁMICA ITA LTDA, registra una deuda por concepto de aportes a pensión de los períodos comprendidos entre el 1 de junio de 1988 a 31 de diciembre de 1994, por un valor total de $4.044.916 y posteriormente, recibió respuesta en comunicación del 07 de julio de 2008 donde se le informó que esos ciclos no se suman al total de semanas cotizadas.

Manifestó que el 16 de octubre de 2019 presentó nueva solicitud de corrección de historia laboral siendo respondida el 10 de enero de 2020 donde se le indicó que "*no se evidencia pago efectuado por dicho empleador para tales ciclos, razón por la cual no se contabilizan en la historia laboral*"; que la sociedad ITALO ESPAÑOLA DE CERÁMICA ITA LTDA, no se encuentra inscrita en el registro de Cámara de Comercio de Bogotá y que la única prueba que da cuenta del período de aportes sin cotizar desde 1988/06/01 a 1994/12/31, es la relación de reporte de semanas cotizadas No 111116627-18 de fecha 28 de abril de 2008 expedida por el ISS; y finalmente, que el 07 de diciembre de 2020 presentó la correspondiente reclamación administrativa (*pág. 5 a 19, archivo "01DemandaAnexos" y pág. 5 a 18, archivo "06SubsanacionDemanda").*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante al ISS, la presentación de las diferentes reclamaciones y sus respuestas, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le

constaba y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*, buena fe, presunción de legalidad de actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada genérica (*pág. 3 a 22, archivo "09ContestacionColpensiones").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 26:51, enlace archivo "22ActaAudiencia20230529")

El 29 de mayo de 2023, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

***(…) PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MÓNICA MARCELA MEJÍA GUZMÁN, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción denominada inexistencia del derecho reclamado. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante y a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Liquídense por secretaría, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de $200.000. **CUARTO: CONSULTAR** la presente decisión con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a favor de los intereses de la demandante, en caso de no ser apelada oportunamente **(…)**.*

Como sustento de la decisión la Juez indicó que conforme con la reiterada línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para que se hable de inclusión de cotizaciones es necesario que haya pruebas razonables de un vínculo laboral o una prestación efectiva del servicio, con el fin que el administrador del fondo de pensiones, cuando exista mora patronal, pueda realizar y ejercer las correspondientes acciones de cobro por aportes pensionales. En tal sentido, precisó que en el presente asunto le correspondía a la parte actora acreditar la prestación del servicio durante el tiempo que dice se presentó la mora patronal, sin que en el expediente exista prueba alguna que de fe de la existencia de la citada

relación laboral durante el periodo comprendido entre el 1° de junio de 1988 al 31 de diciembre de 1994, pues no se allegó por lo menos contrato de trabajo, carta de renuncia o de despido, liquidaciones, certificados laborales, tampoco testimonios o cualquier otra prueba que permitiera demostrar este presupuesto.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se accedan a las pretensiones. Adujo que los argumentos expuestos en el fallo trasladan la carga de la prueba y condenan a casi un imposible a la demandante, se desconoce el principio *in dubio pro operario* y la duda de la prestación del servicio se resolvió a favor de **COLPENSIONES**; que la demandada no allegó ninguna prueba que haya ejercido las acciones de cobro y dicha omisión no se le puede trasladar a la trabajadora, desconociendo el reiterado precedente constitucional, por lo que solicita se realice una debida valoración de las pruebas (*min. 26:51, enlace archivo "22ActaAudiencia20230529").*

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandante solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** incurrió o no en omisión del cobro de aportes por presunta mora del empleador ITA LTDA por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 1988 al 31 de diciembre de 1994.

VII. CONSIDERACIONES

- **Sobre la mora del empleador y la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones:**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realicé su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ sostiene, de forma pacífica y reiterada, que el trabajador dependiente no debe asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque sólo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL5607 de 2019, SL 4295 de 2021, SL1116 de 2022, SL4282-2022, entre otras.

Así las cosas, la mora del empleador en el pago de aportes, conlleva que la administradora de pensiones deba considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando haya una afiliación válida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio.

Además, la Corte Constitucional en sentencia SU-068 de 2022 reiteró que existe libertad probatoria para demostrar la configuración de la mora patronal, pero que, por regla general, la afiliación activa del trabajador y la inexistencia de una novedad de retiro en la historia laboral permiten inferir que: (i) el vínculo laboral se mantuvo durante los periodos acusados de estar en mora; (ii) el empleador tenía el deber de hacer el traslado de los aportes, pero lo incumplió; y, (iii) la administradora de pensiones no adelantó las gestiones pertinentes para obtener el pago de esos aportes. Y que, en algunos casos, es posible que existan dudas serias y fundadas sobre la existencia de la relación laboral que dio lugar a las cotizaciones al sistema de pensiones, no siendo posible establecer que el fondo de pensiones debía adelantar acciones de cobro en favor del trabajador.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio procede la Sala a determinar si **COLPENSIONES** incumplió su obligación de cobrar los aportes en mora por parte del empleador ITA LTDA por los periodos del 1° de junio de 1988 al 31 de diciembre de 1994, para ello la accionante aportó los siguientes medios de prueba:

- Reporte de semanas cotizadas del 28 de abril de 2008 *(pág. 37, archivo "01DemandaAnexos").*

- Respuesta del ISS de fechas 07 de julio de 2008 y 19 de diciembre de 2008 relacionada con deuda presunta del empleador *(pág. 40 y 41, archivo "01DemandaAnexos").*

- Respuesta de **COLPENSIONES** del 10 de enero de 2020 a solicitud presentada por la demandante para corregir la historia laboral *(pág. 39 y 39, archivo "01DemandaAnexos").*

A su vez, con la contestación de la demanda se encuentran los siguientes documentos que son relevantes:

- Historia laboral expedida por **COLPENSIONES** el 14 de octubre de 2021, que da cuenta que **MONICA MARCELA MEJIA GUZMAN** tiene cotizadas 963.57 semanas cotizadas, entre ellas 45.71 semanas con el empleador ITA LTDA entre el 17 de julio de 1987 al 31 de mayo de 1988 (*pág. 23 a 30, archivo "09ContestacionColpensiones*").

- Reporte tradicional de semanas, sin fecha de expedición, incorporado por **COLPENSIONES** en la contestación, donde se evidencia novedad de ingreso a nombre de la demandante con el numero patronal 01006120208 ITA LTDA el 17 de julio de 1987 y con fecha de retiro 31 de agosto de 1990. Igualmente, aparece debito por cobrar a cargo de ITA LTDA por mora patronal entre el 1° de junio de 1988 al 31 de diciembre de 1994 (*pág. 493 a 502, archivo "09ContestacionColpensiones*").

Al revisar los documentos aportados, y teniendo en cuenta que frente a la mora su análisis no se supedita únicamente en establecer si el fondo de pensiones se allanó a la misma por no ejercer las acciones de cobro oportunamente, sino que se requiere de la participación activa del afiliado quien deberá demostrar la efectiva prestación del servicio en esos periodos, la Sala encuentra lo siguiente:

Por el lapso comprendido entre el 1° de septiembre de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, no aparece afiliación en el sistema pensional a nombre de **MONICA MARCELA MEJIA GUZMAN** por parte del empleador ITA LTDA y con los documentos aportados no se acredita la efectiva prestación de su servicio que se menciona en la demanda, aspecto que resultaba relevante en la medida no se probó la existencia actual de la empresa lo que limita el ejercicio del deber oficioso del juez laboral para esclarecer la vigencia vínculo contractual (CSJ SL3807-2020). En tal sentido, no se acreditan los requisitos mínimos para la consolidación de este tiempo con fines pensionales. Y aun cuando dicho periodo hace parte de un débito por cobrar al número patronal 01006120208 aportante ITA LTDA, según relación incorporada en el reporte tradicional de semanas, al no acreditarse dicha prestación y no

aparecer ese periodo con alguna novedad, no es posible aplicar la figura del allanamiento a la mora.

Y aunque dicho aspecto beneficia al fondo de pensiones, debe recordarse que tanto el precedente de la Corte Suprema de Justicia como el de la Corte Constitucional le exigen al afiliado acreditar por cualquier medio probatorio la prestación del servicio que da lugar a las cotizaciones al sistema pensional, cuando existan dudas serias y fundadas sobre la existencia de la relación laboral, como sucede en el presente caso, sin que dicha carga procesal vulnere los derechos del trabajador. Nótese que incluso desde el 24 de abril de 1991 al 24 de junio de 1991 registra relación laboral con el empleador Laboratorio Biogen de Colombia, días que aparecen como cotizados, lo que genera dudas no solo en la existencia de otro vínculo laboral paralelo, sino en la solución de continuidad del servicio que se reclama en esta acción, motivo por el cual no son de recibo los argumentos elevados por el apelante.

Sin embargo, no sucede lo mismo respecto del periodo comprendido entre el 1° de junio de 1988 al 31 de agosto de 1990 puesto que fue el propio empleador quien durante ese tiempo reportó cambio de salarios en 2 oportunidades (1° de enero de 1989 y 1° de enero de 1990), y además reportó la novedad de retiro (*pág. 493, archivo "09ContestacionColpensiones*"), siendo demostrativo que para esa fecha estaba vigente y en ejecución una relación laboral y había plena prestación del servicio de la accionante. Siendo ello así, ante la falta de pago de cotizaciones de ITA LTDA el ISS debió agotar las acciones pertinentes para saldar las obligaciones de dicho aportante, las cuales no se evidencian en este juicio.

Por lo anterior, a la luz del precedente jurisprudencial, es claro que la demandante del 1° de junio de 1988 al 31 de agosto de 1990 logró acreditar el vínculo laboral, en donde el empleador tenía la obligación de sufragar los respectivos aportes, pero no los hizo, y al estar reportada la respectiva novedad de retiro del servicio, se deduce que el

ISS hoy **COLPENSIONES** incumplió su obligación y no adelantó las gestiones pertinentes para obtener el pago de esas cotizaciones. En consecuencia, el fondo de pensiones debe asumir e incluir los periodos en la historia laboral de la demandante.

En esa medida, se revocará la sentencia de primera instancia para que el fondo de pensiones actualice la historia laboral con el tiempo habilitado en esta providencia.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, la misma no es procedente en atención a que en el presente asunto la condena en contra de dicha entidad es para la actualización de la historia laboral, por lo que al tratarse de aportes pensionales estos tienen el carácter de irrenunciables e imprescriptibles, conforme con el artículo 48 Constitucional, los cuales servirán para consolidar el futuro pensional de la afiliada, tal y como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL941-2018, SL738-2018 y SL2340-2022).

Frente a las demás excepciones propuestas y por el resultado del estudio objeto de litigio, tampoco tienen vocación de prosperidad.

Sin costas en las instancias.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a actualizar la historia laboral de la demandante **MONICA MARCELA MEJIA GUZMAN** incluyendo como cotizado por el empleador ITA LTDA, con número de aportante 01006120208, por allanamiento a la mora, el periodo comprendido entre 1° de junio de 1988 al 31 de agosto de 1990, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

CUARTO: SIN COSTAS en las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.21-2021-00142-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR**, **COLFONDOS** y **SKANDIA**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 15 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación y a actualizar la historia laboral, y condenó en costas a la parte pasiva (*min. 01:31:02, enlace archivo "40ActaAudiencia20230615*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

NELLY AMPARO GAMBOA SANCHEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**

Y CESANTIAS PROTECCION S.A., **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS por la inobservancia del deber de información y, en consecuencia, se condene a las AFP demandadas a devolver a **COLPENSIONES** todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos, intereses y los rendimientos que se hubieren causado, junto con las condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el día 10 de octubre de 1965, empezó su vida laboral el día 7 de junio de 1984 y cotizó al ISS desde 1984 a 1997; que el 08 de mayo de 1997 se trasladó a la AFP COLMENA y posteriormente realizó diversos traslados horizontales en el RAIS; dice que los asesores de las AFP le ofrecieron el beneficio de pensionarse a más temprana edad, que el ISS iba a ser liquidado y sus aportes se encontrarían en riesgo, que el monto de la pensión sería más al alto al que le correspondería en el ISS, pero no le brindaron información clara y suficiente respecto de las implicaciones que conllevaría su decisión de traslado de régimen; que en simulación pensional realizada por **SKANDIA** su mesada en el RAIS sería de $1.995.613 mientras que en el RPM el valor ascendería a $5.927.000; y finalmente, que presentó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** (*pág. 4 a 31, archivo "01DemandaAnexos*").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó que la demandante estuvo afiliada en dicho fondo en cuatro oportunidades y que actualmente es la AFP donde se encuentra activa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *la demandante para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al Régimen de Prima Media administrado por el liquidado Instituto de*

Seguros Sociales; actos de relacionamiento; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable; prescripción de la acción; prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración; buena fe y la genérica (*pág. 3 a 25, archivo "09ContestacionDemandaSkandiaLlamamientoGarantia")*.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, el traslado de régimen pensional, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad, inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 3 a 41, archivo "11ColpensionesAllegaContestaciónDemanda"*).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la suscripción del formulario de afiliación. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad

del traslado; compensación y pago y nadie puede ir en contra de sus propios actos (*pág. 4 a 27, archivo "13ContestacionDemandaColfondos").*

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones, expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la innominada o genérica (*pág. 2 a 32, archivo "14ContestacionDemandaPorvenir").*

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; innominada o genérica; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes (*pág. 3 a 28, archivo "15ContestacionDemandaProteccion").*

Mediante providencia del 30 de junio de 2022, se admitió el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (*archivo "17Autotienecontestadaadmitellamamiento*"), entidad que al contestar la demanda ni se opuso ni se allanó a las pretensiones expresando que no le corresponde a ella efectuar el pronunciamiento del caso. Formuló las excepciones de *las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles* y reconocimiento oficioso de excepciones. Frente al llamamiento en garantía aceptó la iniciación del proceso ordinario laboral, la suscripción de contrato de seguro previsional de invalidez y

sobrevivencia entre SKANDIA y MAPFRE y los respectivos pagos realizados por SKANDIA. Frente a los demás hechos expresó que no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *llamamiento en garantía realizado a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones;* inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA; MAPFRE no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (*pág. 3 a 20, archivo "24ConstestacionDemandaMapfre").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:31:02, enlace archivo "40ActaAudiencia20230615*")

El 15 de junio de 2023, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO**: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora NELLY AMPARO GAMBOA SÁNCHEZ al régimen de ahorro individual el 5 de agosto de 1997, con fecha de efectividad el 01 de octubre de 1997, por intermedio de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A. quedando por la ineficacia también los traslados realizados con posterioridad a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. **SEGUNDO:***

CONDENAR *a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora NELLY AMPARO GAMBOA SÁNCHEZ por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el nacimiento del acto ineficaz o de la afiliación y durante el tiempo de permanencia de ésta con cada uno de dichos fondos con cargo a sus propios recursos y utilidades.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a SKANDIA S.A. -ultimo fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante- a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante – tales aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora NELLY AMPARO GAMBOA SÁNCHEZ. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia.* ***CUARTO:*** *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.* ***QUINTO:*** *DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por SKANDIA S.A. COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., así como por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.* ***SEXTO:*** *DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. relacionada en la parte motiva frente al llamamiento en garantía, la que denominó como "Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A." carece del 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 frente a "Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.".**SÉPTIMO**: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. **OCTAVO:** CONDENAR en costas de esta instancia a las demandadas y a favor de la demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de$1.000.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A. y la suma de $200.000 a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., para cada una de ellas. **NOVENO:** CONDENAR en COSTAS a cargo de SKANDIA S.A. y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud del llamamiento en garantía efectuado. Liquídense por Secretaría, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000. DÉCIMO**:** CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá., en favor de los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente."*

Como sustento de su decisión la Juez expresó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el deber de información recae en los fondos de pensiones, y que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que efectivamente la AFP Colmena hoy **PROTECCIÓN** al momento de acoger como afiliada a la actora le hubiese suministrado información acerca de las características, condiciones, ventajas y desventajas de su traslado a un fondo privado, siendo el formulario prueba insuficiente para demostrar este propósito, por lo que concluyó que era viable declarar la ineficacia de dicho traslado. Adicionalmente, negó el llamamiento en garantía al advertir que la obligada a realizar la devolución de aportes con sus respectivos rendimientos es **SKANDIA**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que la demandante hizo su traslado de manera libre y voluntaria, que el traslado generaría una inestabilidad del sistema pensional; que al

haber pasado 27 años de la realización del traslado se hace imposible probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se generó el mismo, ya que para la época no era obligatorio dejar un registro documental; que el deber de información solo se materializó a través de Ley 1748 de 2014 y Decreto 2061 de 2015 pues antes de eso solo se requería el consentimiento informado en los formularios de afiliación; que se deben tener en cuenta los traslados horizontales en el RAIS dado que son actos propios de relacionamiento, de lo que se deduce que el deseo de la demandante es continuar en dicho régimen y conoce su funcionamiento; que en caso de confirmarse la decisión, solicita se condicione su cumplimiento al previo a la devolución de los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual y gastos de administración; por último, reclama que no se condene en costas dado que **COLPENSIONES** no participó en el acto que se presume ineficaz (*min. 01:35:24, enlace archivo "40ActaAudiencia20230615*")

La apoderada de **SKANDIA** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Señaló que el traslado pensional se realizó después de estar vigente la Ley 100 de 1993 por lo que para este caso no es dable aplicar el precedente jurisprudencial de ineficacia de traslado pues la demandante no tuvo afiliación el ISS antes de 1994, entonces ella tuvo la oportunidad de escoger entre RPM y RAIS acogiéndose a este último; que en todo caso solicita la revocatoria parcial de los numerales 3, 7 y 9 frente al retorno de aportes y demás gastos deducidos durante el tiempo de afiliación al RAIS dado que la devolución de aportes debe regirse por la normatividad legal vigente, por ello pide que se aplique el Decreto 3995 del año 2008, que en el artículo 7 establece aquellos emolumentos que deben trasladarse, dicha norma no indica de manera taxativa que deban devolverse los gastos de administración y los bonos previsionales y que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la destinación de los gastos de administración; además, reclama se extienda los efectos de la sentencia a los contratos de seguros previsionales, dada la pérdida de interés asegurable, por lo que dicha aseguradora debe restituir el pago de las primas; igualmente, que no se le condene en costas o en su

defecto que las costas también sean impuestas a la aseguradora MAPFRE (*min. 01:39:54, enlace archivo "40ActaAudiencia20230615*").

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria parcial de la sentencia frente al numeral 2 sustentando que con la indexación se impondría una doble sanción ya que los rendimientos generados por la gestión de la AFP superan esa pérdida del poder adquisitivo, según providencias de los tribunales superiores de Cundinamarca y Cali (*min. 01:49:44, enlace archivo "40ActaAudiencia20230615*").

El apoderado de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación en lo relacionado con el retorno de los rubros del RAIS al RPM al considerar que estos se descuentan por disposición legal, para ello citó el Decreto 2555 de 2010 y los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 para hacer referencia a los gastos de administración y a la financiación de la pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que deduce que no tienen la obligación de devolver dichos conceptos pues no financian la pensión de vejez y en caso de ordenar su devolución generarían un enriquecimiento sin justa causa de la entidad que los va a recibir; además que dichos conceptos no fueron objeto de fijación del litigio; y finalmente que tampoco procede la indexación de dichos rubros, los cuales tampoco fueron pedidos con la demanda (*min. 01:51:13, enlace archivo "40ActaAudiencia20230615*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, **PORVENIR, COLPENSIONES** y **SKANDIA** en sus escritos de alegatos solicitaron la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada. No hubo intervención de la parte actora, **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS**.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de

derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, y la condena en costas conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **NELLY AMPARO GAMBOA SANCHEZ** nació el 10 de octubre de 1965 y se afilió al RPM a partir de junio de 1984 (*pág. 43, archivo "11* ColpensionesAllegaContestaciónDemanda*"*); ***ii)*** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 5 de agosto de 1997, con efectividad a partir del 1° de octubre siguiente (*pág. 37 y 43, archivo "15ContestacionDemandaProtección*"); ***iii)*** y posteriormente realizó traslados horizontales en el RAIS inicialmente a **PORVENIR S.A.** el 05 de agosto de 1998 (*pág. 80 y 82 archivo* "14*ContestacionDemandaPorvenir*"), luego a **SKANDIA** el 20 de abril

de 2007 (*pág. 58, archivo* "09*ContestacionDemandaSkandiaLlamam…*"), a **COLFONDOS** el 26 de junio de 2009 (*pág. 28, archivo* "13*ContestacionDemandaColfondos*"), luego retornó a **SKANDIA** el 22 de febrero de 2010 (*pág. 58, archivo* "09*ContestacionDemandaSkandiaLlamamientoGarantia*"), después pasó a **COLFONDOS** el 1° de diciembre de 2011 (*pág. 28, archivo* "13*ContestacionDemandaColfondos*"), volvió a **SKANDIA** el 1° de julio de 2012 (*pág. 58, archivo* "09*ContestacionDemandaSkandiaLlamamiento…*"), de nuevo a **PORVENIR** el 14 de noviembre de 2013 (*pág. 80, archivo* "14*ContestacionDemandaPorvenir*") y finalmente regresó a **SKANDIA** el 25 de septiembre de 2014, donde permanece afiliada actualmente (*pág. 58, archivo* "09*ContestacionDemandaSkandia*").

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

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia,

mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

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

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

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

- **Sobre el llamamiento en garantía.**

El artículo 64 CGP consagró la figura del llamamiento de garantía, a favor de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio o el reembolso total o parcial del pago que haga como resultado de la sentencia en el proceso que promueva o se le promueva, o que según la ley sustancia tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. Por su parte, el artículo 65 CGP indica expresamente que la demanda por la cual se llame en garantía debe cumplir los requisitos exigidos en el artículo 82 CGP y demás normas aplicables, a su vez, el artículo 66 CGP establece el trámite del llamamiento en garantía.

La H. CSJ ha analizado la figura del llamamiento en garantía, indicando en providencia AL2622 de 2020, que tal figura consagrada en el artículo 64 CGP, permite incorporar al debate un tercero, que por vinculo legal o contractual, en caso de que el convocante sea hallado responsable frente al promotor del litigio, deba asumir la condena a reembolsar a éste lo pagado; adicionalmente, en providencia AC2900-2017, reiteró las reglas adoptadas en las sentencias SC Rad. 2000-00276-01 del 16 de diciembre de 2006 y SC5885 de 2016, afirmando que ésta figura tiene fundamento en una relación material de garantía de tipo personal, por la cual el llamante puede pedir que se transfieran al citado las consecuencias pecuniarias desfavorables previstas para el convocante en el litigio y que resulten ordenadas en el fallo.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, COLMENA hoy

PROTECCIÓN brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que los asesores de la AFP le informaron que el ISS se iba a acabar y que sus aportes estaban en riesgo, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

Se precisa que actos como no usar el derecho de retracto, realizadas traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al

permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación y a recibir los aportes sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se

ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará esta parte de la sentencia.

También se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó el llamamiento en garantía. En este caso, no se comparte el argumento de **SKANDIA** porque no se acredita siquiera de forma sumaria una relación material de garantía, pues si bien **SKANDIA S.A.** celebró contrato de seguro previsional con **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados de la AFP, del contenido de las pólizas aportadas se advierte que el único riesgo cubierto por la aseguradora fue la suma adicional para financiar las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin incluir ningún amparo de las consecuencias pecuniarias derivadas de la declaración judicial de ineficacia del traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados entre AFP (*pág. 97 a 108, archivo "09ContestacionDemandaSkandiaLlamamientoGarantia"*).

Las pólizas aportadas no acreditan que la compañía aseguradora se obligara a cubrir el riesgo pecuniario de la devolución de gastos administrativos cobrados al afiliado durante su permanencia a la AFP ante la ineficacia del traslado al RAIS por omisión de las obligaciones de información y buen consejo, por tanto, dicho riesgo no lo trasladó el tomador al asegurador en los términos señalados en los artículos 1037, 1045, 1054, 1056 CCO, por lo cual no hay ningún mérito para acceder al llamamiento en garantía reclamado.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los efectos patrimoniales de la ineficacia del traslado pensional por omisión de las obligaciones de información y buen consejo los debe asumir la AFP con cargo a sus propios recursos.

En efecto, la Alta Corte ha sostenido que los gastos de administración, pólizas de seguro previsional y comisiones deben ser retornados a **COLPENSIONES** por las AFP, por el tiempo de vinculación del afiliado, conforme las sentencias SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras.

Así las cosas, es la AFP y no la compañía de seguros quien debe asumir con cargo a sus propios recursos el perjuicio económico de retornar el afiliado al RPM, sin que dicho riesgo haya sido transferido contractualmente a la aseguradora.

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

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

Y frente a la inconformidad de las demandadas por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento

laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteadas en la contestación y en el llamamiento, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP. Y respecto de gravar en costas a la aseguradora, dicha petición es improcedente puesto que el llamamiento en garantía no tuvo vocación de prosperidad.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

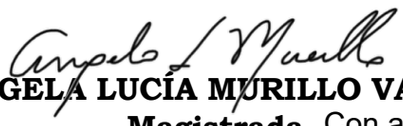
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NELLY AMPARO GAMBOA SANCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2021 00142 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.23-2020-00183-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por **AAGV** y **AVIANCA** contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de dos contratos de trabajo del actor con **AVIANCA** entre el 7 de octubre del 2003 al 30 de abril de 2005 y entre el 1° de agosto del 2012 al 31 de octubre del 2017 y a partir del 1° de noviembre de 2017 con **SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS – SAI S.A.S.**, la intermediación laboral de **MISION TEMPORAL**, la excepción de cosa juzgada y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, condenando en costas a la parte actora (*min. 01:06:30, archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00182-20220825_081403-Grabación de la reunión"*).

Dado que el proceso de la referencia gravita en torno a la presunta vulneración de derechos de una persona diagnosticada con el virus de inmunodeficiencia humana, la Sala estima pertinente suprimir de la publicación de la sentencia y de todas las actuaciones subsiguientes el nombre completo y demás datos que permitan la identificación del demandante, como una medida de protección de su

derecho a la intimidad y de la confidencialidad que ampara su historia clínica.

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

AAGV llamó a juicio a **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA** y **SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con AVIANCA entre el 07 de octubre de 2002, su calidad de beneficiario de estabilidad laboral reforzada por ser persona que padece VIH/SIDA, la ineficacia de la transacción del 31 de octubre de 2017 y, en consecuencia, se condene a AVIANCA a reintegrarlo al cargo que tenía antes de suscribir el acta de transacción, al pago del plan de beneficios de la compañía de AVIANCA desde el año 2017 en adelante, salarios, prestaciones sociales, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación de antigüedad, incentivo por no ausentismo, auxilio educativo, auxilio médico, incentivo por ayuda especial de salud, incentivo por auxilio de alimentación, incentivo por auxilio de transporte, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indexación, condenas por facultades ultra y extra *petita* y costas procesales.

De forma subsidiaria reclama la existencia del contrato de trabajo con AVIANCA desde el 07 de octubre de 2002 al 31 de octubre de 2017, su calidad de beneficiario de estabilidad laboral reforzada por ser persona que padece VIH/SIDA, la terminación del contrato de contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización por despido y la indexación; la existencia de un contrato de trabajo con **SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.** desde el 31 de octubre de 2017, que ha sido desmejorado en sus condiciones laborales, por lo que solicita se adicione el contrato de trabajo el plan de beneficios para los empleados de la empresa AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A. y se condene al pago de

dichas prestaciones desde el año 2017, junto con condenas por facultades ultra y extra *petita* y costas procesales.

Como fundamento fáctico indicó que suscribió contrato de obra o labor el 07 de octubre de 2002 con la empresa MISION TEMPORAL LTDA, para desempeñar el cargo de auxiliar de operaciones terrestres para la empresa AVIANCA, finalizado el 30 de abril de 2005; a partir del 1° de mayo de 2005, se hizo cambio de empresa contratante por parte de AVIANCA y firmó contrato con SERVICOPAVA CTA, desempeñando el cargo de auxiliar de oficina; que el 31 de julio de 2012, terminó el contrato por mutuo acuerdo con SERVICOPAVA y a partir del 1° de agosto de 2012 suscribió contrato laboral con AVIANCA para ejercer el cargo de analista de turnos de aeropuerto, cumpliendo funciones de programación de recurso humano, manejo de nómina, coordinar entrenamiento a nuevo y antiguo personal, coordinar proceso de selección de personal, entre otras.

Manifestó que su salario básico fue inicialmente de $2.960.387 más bonificaciones extralegales contenidas en el plan de beneficios; que las funciones desde la vinculación con la empresa temporal, la CTA y AVIANCA fueron siempre las mismas; que el 24 de septiembre de 2016 fue diagnosticado como portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), noticia que comunicó a su jefe directo y que fue conocida por su empleador de manera formal en los exámenes médicos periódicos que le fueron realizados el 23 de noviembre de 2016; que a partir del 1° de agosto de 2017, AVIANCA realizó *otro sí* al contrato de trabajo modificando la duración a indefinida; que su salario promedio para el mes de octubre de 2017 con sus beneficios legales y extralegales ascendía a la suma de $3.800.000; que en dicho mes el director de AVIANCA realizó reuniones en el departamento donde laboraba, indicando que varias personas serian trasladadas a la empresa SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS S.A.S. “SAI”, por cuanto ese departamento seria eliminado y pasaría a controlarlo SAI, por lo que habló con el director a quien le recordó acerca de su estado de salud.

Señaló que 15 de noviembre de 2017, le notificaron el cambio de contrato a SAI, empresa del Grupo Avianca Holding, y la transacción que realizó con AVIANCA, que leyó el contrato y la transacción y estuvo en desacuerdo porque las fechas de liquidación que habían realizado en ese momento no concordaban con la realidad; que a los días siguientes le pasaron nuevamente la transacción y el contrato, y ante la posibilidad de quedarse sin trabajo y con la condición de su salud, firmó dichos contratos, sin que se haya tenido en cuenta su estado de salud; que su nuevo cargo fue el de coordinador de planeación y programación, realizando las mismas funciones que cumplía con AVIANCA con una carga laboral mayor y sin el reconocimiento de beneficios extralegales, y un salario de $3.848.568.

Indicó que el 16 de diciembre de 2019, su empleador le notificó el cambio de cargo a coordinador optimización operacional, por lo que manifestó al director que no estaba de acuerdo con dicho cambio debido a que esto afectaría su crecimiento profesional; que por eso se generó persecución laboral y aislamiento total de sus funciones, fue llamado a diligencia de descargos el 16 de enero de 2020 y en diciembre de ese año solicitó la entrega del manual de funciones; finalmente, que su estado médico lo informó a SAI el 10 de enero de 2020 (*pág. 24 a 49, archivo "SUBSANACION*").

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS – SAI S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó el salario devengado por el trabajador, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como previa la excepción de cosa juzgada y como de mérito las excepciones de *transacción*, cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y de causa en el demandante, mala fe del demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe de SAI, prescripción y la

innominada o genérica *(pág. 1 a 70, archivo "07 CONTESTACIÓN SERVICIOS AEROPORTUARIOS").*

AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA se opuso a las pretensiones. Aceptó la celebración del contrato de trabajo con el actor el 1° de agosto de 2012 para el cargo de analista de turnos de aeropuerto y el cambio de la modalidad contractual el 1° de agosto de 2017, dijo que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y presentó la excepción previa de *falta de integración del litis consorcio necesario* con **MISION TEMPORAL LTDA** y **SERVICOPAVA** y como de fondo las excepciones de *inexistencia de la obligación*, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago, necesidad de probar el nexo causal entre el despido y el estado de salud del demandante, cosa juzgada y la innominada o genérica *(pág. 36 a 85, archivo "08 CONTESTACION AEROVIAS CONTINENTE AMERICANO").*

Mediante providencia proferida en audiencia celebrada el 16 de julio de 2021, se ordenó vincular de oficio como litis consorcio necesario a **MISION TEMPORAL LTDA** y **SERVICOPAVA** (*archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00182-20210716_084556-Grabación de la reunión*").

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA hoy **EN LIQUIDACIÓN** se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido*, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y la innominada o genérica (*pág. 2 a 29, archivo "20 CONTESTACION COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO"*).

MISION TEMPORAL LTDA no se opuso ni se allanó a las pretensiones aduciendo que las mismas no están dirigidas en su contra, señaló que los hechos no eran ciertos o no le constaban y como medio de defensa propuso la excepción previa de *prescripción* y como

de fondo las excepciones de *prescripción*, inexistencia de solidaridad entre la empresa Misión Temporal Ltda y Avianca, inexistencia de causa para pedir, pago total de la obligación, buena fe, mala fe del demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, cesión de la facultad subordinante del demandante a la empresa usuaria, trabajador en misión, cobro de lo no debido, terminación del contrato por finalización de la labor y obra contratada y la innominada o genérica (*pág. 1 a 44, archivo "22 CONTESTACION DE MISION TEMPORAL"*).

Sobre las excepciones previas de prescripción y cosa juzgada, en audiencia del artículo 77 del CPTSS se ordenó diferir su resolución para el momento en que se emita sentencia *(min. 00:21, archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00182-20220804_122451-Grabación de la reunión").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:06:30, archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00182-20220825_081403-Grabación de la reunión"*)

El 25 de agosto de 2022, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el demandante AAGV y las demandadas AEROLINEAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA existieron dos contratos de trabajo, el primero de ellos a término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 7 de octubre del 2003 al 30 de abril de 2005, y el segundo de ellos estuvo vigente entre el 1° de agosto del 2012 al 31 de octubre del 2017, el cual inicialmente fue a término fijo y a partir del 1° de agosto del 2017, por acuerdo entre las partes, pasó a término indefinido.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que entre el demandante AAGV y la demandada SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI existe contrato de trabajo a partir del 1° de noviembre de 2017.* ***TERCERO: DECLARAR*** *probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A. y SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. respecto a las pretensiones de la demanda, principales declarativas identificadas con los numerales 5, 6 y 7 pretensiones principales condenatorias de la 8 a la 54 y subsidiarias 5, 6, 7 y 8.* ***CUARTO: ABSOLVER*** *a AEROLINEAS DEL CONTINENTE AMERICANO, SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI, MISIÓN TEMPORAL y SERVICOPAVA de las pretensiones incoadas por AAGV.* ***QUINTO:*** *Costas a cargo del*

demandante y a favor de los demandados. ***SEXTO:*** *De no ser apelada la presente sentencia se ordena se surta grado jurisdiccional de consulta a favor del señor demandante., dado que las resultas del proceso son totalmente, las condenatorias por lo menos, son totalmente adversas a sus pretensiones. (…)".*

Como sustento de la decisión el Juez indicó que de conformidad con el artículo 24 del CST, una vez acreditada la prestación del servicio, le correspondía a la parte demandada desvirtuar la presunción del elemento de subordinación. En tal sentido, expresó que si bien MISIÓN TEMPORAL celebró tres contratos de obra o labor con el demandante, dos de ellos tuvieron como beneficiaria del servicio a AVIANCA y aunque dicha entidad contrató a la empresa de servicios temporales con el fin de atender presuntos incrementos de producción, los periodos de dichos contratos superaron los términos del artículo 77 de la Ley 50 de 90 y el artículo 6° del Decreto 4369 del 2006, de lo que dedujo que dicha temporal actuó como una simple intermediaria, teniendo como verdadero empleador a AVIANCA entre el 7 de octubre del 2003 al 30 de abril de 2005.

Adicionalmente, que se demostró que AAGV prestó servicios a favor de AVIANCA desde el 1° de mayo del 2005 hasta el 31 de julio del 2012, inicialmente como auxiliar de oficina y posteriormente como auxiliar de turnos, pero a través del vínculo cooperativo con SERVICOPAVA. Al respecto, precisó que si bien se aplica la presunción de subordinación jurídica con AVIANCA la misma quedó desvirtuada dado que se probó que la subordinación se encontraba a cargo de SERVICOPAVA, obran comunicaciones donde le informó al actor el ascenso del cargo, las responsabilidad que debía cumplir, la modificación de los estatutos, ajustes de compensación ordinaria, autorizaciones de descanso anual y otros tantos elementos que dan cuenta que se le aplicaba el régimen asociativo, pues su trabajo era en procura de los fines y beneficios comunes de la Cooperativa, a quien el actor declaró a paz y salvo por todo concepto, documentos que no fueron desconocidos ni tachados; que el demandante no demostró que AVIANCA tuviera injerencia en la labor que ejecutó durante el tiempo en que estuvo en SERVICOPAVA, ni siquiera trajo al proceso algún

testigo que diera cuenta de las condiciones de modo tiempo y lugar en que realizó la actividad encargada, por lo que dedujo que no era posible declarar la existencia del contrato con AVIANCA por este periodo.

Por tanto, estableció que el trabajador tuvo dos contratos de trabajo con AVIANCA, el primero vigente entre el 7 de octubre del 2003 al 30 de abril de 2005 y el segundo vigente entre el 1° de agosto del 2012 al 31 de octubre del 2017, inicialmente a término fijo y a partir del 1° de agosto del 2017 a término indefinido. Precisó que con posterioridad al 31 de octubre del 2017 tampoco existe evidencia que el demandante haya prestado servicios a favor de AVIANCA. Sobre la ineficacia de la transacción por estabilidad laboral reforzada advirtió que el contrato de trabajo se terminó por mutuo acuerdo donde transigieron todas las diferencias o reclamaciones derivadas del contrato de trabajo y del vínculo asociativo que tuvo con SERVICOPAVA. Y si bien se acredita que el demandante presentaba la patología de VIH al momento de la terminación, aspecto conocido por AVIANCA, la misma no le generaba dolencias graves que impidieran el desempeño de las funciones para las cuales había sido contratado, y su estado de salud no implicó la adopción de medidas especiales en desarrollo de la actividad laboral o restricciones que comprometieran su productividad y desempeño, por lo que no podía considerarse beneficiario de la estabilidad laboral reforzada. Además, que no está probado que a la firma del contrato se estuviera en presencia de algún vicio del consentimiento, pues el demandante conoció los términos del acuerdo, los aceptó, lo suscribió y recibió el dinero que le dieron como suma transaccional, sin que se evidencie que haya renunciado a derechos ciertos e indiscutibles.

Y finalmente, declaró la existencia de cosa juzgada respecto del contrato de transacción suscrito entre el trabajador y AVIANCA, al considerar que se transigieron todas las acreencias reclamadas en su contra. Y respecto de SAI expresó que el demandante tiene contrato vigente con dicha empresa, sin que sea viable el pago de beneficios

contemplados en AVIANCA, dado que las mismas son sociedades diferentes y no fueron acordados con el demandante al momento de la celebración del contrato, por lo que no se puede hablar de desmejora de condiciones laborales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que no se logró desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST, pues le correspondía a SERVICOPAVA probar y demostrar en el presente proceso la calidad de afiliado del demandante, que asistía a las diferentes asambleas, que tenía derecho al voto y decisión respecto de esta cooperativa de trabajo asociado, derecho a repartir utilidades y a toma de decisiones, aspectos que no se lograron demostrar, por lo que considera que hubo una errónea interpretación respecto del material probatorio recaudado al existir un solo contrato de trabajo, por eso solicita la existencia de una sola relación laboral con AVIANCA dado que siempre fue la beneficiaria del servicio durante la vinculación con MISION TEMPORAL, SERVICOPAVA y SAI.

Respecto de la estabilidad laboral señaló que el Juzgado pasó por alto una de las características de la enfermedad que padece **AAGV**, pues es una enfermedad ruinosa, catastrófica, que en cualquier momento puede debilitar al actor y el simple hecho de ya tener esta enfermedad, su estado de salud es incierto y puede agravarse en cualquier momento, por eso es que existe un acápite constitucional y una línea muy fuerte respecto de la estabilidad de personas que tienen dicho diagnóstico. Además, que al momento de valorar la transacción no se tuvo en cuenta que por el solo hecho de tener la enfermedad el accionante ya era beneficiario de la estabilidad laboral.

Señaló que el empleador AVIANCA a pesar de tener pleno conocimiento de la enfermedad no le manifestó ni le indicó al trabajador que tenía estabilidad laboral reforzada, que podía haber

afectado o haber quedado establecido en el contrato de transacción; que existen contradicciones en los interrogatorios rendidos por AVIANCA y SAI respecto de la situación especial del demandante, por lo que considera que es evidente el querer desvincular al demandante y desmejorar sus derechos, teniendo en cuenta que en el contrato de trabajo que se celebró con SAI se habla de una cláusula de $52.000.000, teniendo en cuenta que la misma se haría efectiva siempre y cuando el trabajador fuera despedido de manera unilateral y sin justa causa, prerrogativas que no son comunes, lo que demuestra la mala fe del grupo del holding empresarial. Y finalmente, respecto de la condena en costas a favor de SERVICOPAVA y MISION TEMPORAL señala que no es viable y solicita se tenga en cuenta que en la demanda no se vincularon a estas empresas y tampoco se elevaron pretensiones contra ellas, su vinculación al proceso se dio de oficio por parte del Juzgado (*min. 01:08:47, archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00182-20220825_081403-Grabación de la reunión"*).

AVIANCA interpuso recurso de apelación de manera parcial respecto de la vinculación con misión temporal desde 07 de octubre del 2003 al 30 de abril de 2005. Adujo que, si bien existieron dos contratos mediante los cuales el demandante prestó sus servicios como trabajador en misión, cada uno de ellos es autónomo e independiente, cuyos términos de temporalidad no superaron los tiempos establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y si se revisa el objeto de los mismos las funciones tienden a ser diferentes, situación que se corrobora con el interrogatorio absuelto por el demandante. Además, que Misión Temporal ejerció verdaderos actos de empleador y hubo una interrupción entre ambos contratos que si bien el despacho dice que son solo 10 días, dicha situación es indiferente, pues lo cierto es que hubo interrupción en la que seguramente el actor prestó sus servicios a otras empresas; y que el despacho pasó por alto que la declaratoria de contrato de trabajo para el período de vinculación del actor con Misión Temporal claramente ya se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción (*min.*

01:17:13, archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00182-20220825_081403-Grabación de la reunión").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el doctor John Jairo Rodríguez Bernal, identificado con CC No.1.070.967.487 y T.P. No. 325.589 del C.S.J., allegó documental que lo acredita como apoderado de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien actúa en el presente proceso como apoderada principal de **AVIANCA**, y en su escrito de alegatos solicitó la modificación de la sentencia en el sentido de declarar la existencia de un solo contrato de trabajo desde el 1° de agosto de 2012 hasta el 31 de octubre de 2017, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

La apoderada de **SERVICOPAVA** manifestó que las pretensiones formuladas por el demandante carecen de fundamento legal, por lo que se debe absolver a dicha Cooperativa de todas las pretensiones.

El apoderado principal de **SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Y el apoderado del demandante dijo que se logró probar la existencia de un único contrato de trabajo entre el actor y la empresa AVIANCA, por lo que considera que hay lugar a la aplicación del principio de la realidad sobre las formas y así acceder a las pretensiones de la demanda.

Se allegó renuncia de poder del Dr. José Luis Cubillos Pimentel, como apoderado de **AAGV**, escrito que cumple los presupuestos del artículo 76 del CGP. A su vez, el accionante confirió poder a la Dra. Diana Margarita Hernández Acevedo, identificada con C.C.

No.1.010.211.855 y T.P. No. 284.167 del CSJ, a quien se le reconoce dicha calidad.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si entre **AAGV** y **AVIANCA** existe o existió un solo contrato de trabajo, si se presentó el fenómeno de la intermediación laboral, si el demandante al 31 de octubre de 2017 gozaba de estabilidad laborar reforzada, la validez del acuerdo de transacción, si hay lugar al pago de las prestaciones reclamadas, la prosperidad o no de las excepciones de cosa juzgada y prescripción y la procedencia de la condena en costas al demandante respecto de las entidad vinculadas como litis consorcios necesarios, de conformidad con lo alegado por las partes.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia que: ***i)*** **AAGV** celebró dos contratos de trabajo por obra o labor con la empresa de servicios temporales **MISION TEMPORAL LTDA** entre el 07 de octubre de 2003 al 04 de octubre de 2004 y del 14 de octubre de 2004 hasta el 30 de abril de 2005, ocupando el cargo de *auxiliar asistente tierra* siendo la beneficiaria del servicio la empresa usuaria **AVIANCA** (*pág. 88, 89, 99 y 100, archivo "22 CONTESTACION DE MISION TEMPORAL*"); ***ii)*** el demandante tuvo un vínculo asociativo con **SERVICOPAVA** desde el 1° de mayo de 2005 hasta el 31 de julio de 2012, teniendo como último cargo el de *Analista Turnos Aeropuerto*s, vínculo terminado por mutuo acuerdo entre las partes (*pág. 470 y 472, archivo "4. 20*

CONTESTACION COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO"); ***iii)*** a partir del 1° de agosto de 2012 paso a ser empleado de **AVIANCA**, por medio de un contrato de trabajo a término fijo, luego a término indefinido, para desempeñar el cargo de Analista Turnos Aeropuertos, que se mantuvo hasta el 31 de octubre de 2017, fecha en la cual las partes a través de acuerdo transaccional dieron por finalizada la relación laboral (*pág. 60 a 64 y 118 a 121, archivo "03 SUBSANACION DDA*"); ***iv)*** y desde el 1° de noviembre de 2017 suscribió contrato a término indefinido con **SERVICIOS AEREOS INTEGRADOS SAI S.A.S.**, para desempeñar el cargo de Coordinador de Planeación y Programación, contrato que a la fecha se encuentra vigente (*pág. 71 a 76, archivo "03 07 CONTESTACIÓN SERVICIOS AEROPORTUARIOS*").

- **Sobre la figura del trabajador en misión.**

El artículo 71 de la Ley 50 de 1990, define la empresa de servicios temporales como aquella que contrata la prestación de servicios con terceros, a quienes colabora temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor de personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, frente a quienes ostenta la calidad de empleador. Por su parte, el artículo 73 *ibídem* establece que se denomina usuario a la persona natural o jurídica que contrata los servicios de la empresa de servicios temporales.

Ahora bien, el artículo 74 de la Ley 50 de 1990 define a los trabajadores en misión como aquellos a los que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. A su vez, el artículo 77 *ibídem* limita la contratación de empresas de servicios temporales únicamente a 03 eventos: ***i)*** cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias conforme el artículo 6 CST, ***ii)*** cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia o en incapacidad por enfermedad o maternidad y, ***iii)*** para atender incrementos en la producción, transporte, ventas, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 06 meses prorrogable

hasta por 06 meses más, plazo declarado exequible por la sentencia C-330 de 1995.

Sobre la figura del trabajador en misión, la H. CSJ ha señalado que las empresas de servicios temporales no se pueden instrumentalizar para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, por cuanto su finalidad es atender las actividades excepcionales y temporales señaladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y la infracción de dicha norma conlleva que el trabajador en misión se repute como trabajador directo de la usuaria, vinculado con contrato de trabajo a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que el real empleador tiene previsto a favor de sus asalariado, fungiendo la empresa de servicios temporales como un simple intermediario, tal y como indicó en las sentencias SL3520-2018, SL467-2019, SL2710-2019 y SL4330-2020, entre otras.

- **Sobre la existencia del contrato de trabajo**

Para resolver la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST que definen al contrato de trabajo y sus elementos, y los artículos 59 de la Ley 79 de 1988 y 10° del Decreto 4588 de 2006, que regula el trabajo asociado.

De acuerdo con estas normas, en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo diferentes, a saber: el que presta un trabador en favor de terceros bajo contrato de trabajo (al cual le es aplicable la legislación laboral); y el que presta un asociado en favor de una cooperativa de la cual forma parte. Sobre esta última modalidad se ha pronunciado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para definir la validez de la estipulación normativa que excluyó al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, precisando sin embargo y claramente, que esta forma de vinculación no puede utilizarse de "*manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales*

legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de [TERCERAS] personas naturales o jurídicas" (Sentencia radicación 25713 del 6 de diciembre de 2006 y SL3436 de 2021).

Por ello, la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las personas naturales o jurídicas que fungieron como verdaderos empleadores del trabajador asociado, por haber sido los beneficiarios del servicio personal y haber ejercido en forma directa el poder subordinante propio del contrato laboral. En la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a la que se ha hecho referencia, se adoctrinó que no puede considerarse legal el trabajo de un trabajador asociado a terceros cuando se ejerce subordinación por parte del beneficiario del servicio, en la medida en que en la relación existente entre la cooperativa y el trabajador asociado no puede haber subordinación estrictamente laboral, en cuanto la relación no se rige por un contrato de trabajo (artículo 59 Ley 79 de 1988), y porque la delegación de la subordinación a un tercero se predica de otro tipo de relaciones jurídicas como la que surge entre una empresa de servicios temporales y una empresa usuaria.

Así las cosas y dada la vigencia del artículo 59 de la ley 79 de 1988 (declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000), cuando el servicio del asociado no se presta en favor de un tercero sino de la cooperativa, y la subordinación la ejerce ésta, la excepción normativa cobra vigencia. Pero cuando el servicio del asociado se presta en favor de un tercero y quien ejerce la dirección y subordinación de la relación es el tercero, se debe aplicar la legislación laboral que regula las prestaciones sociales mínimas del trabajador y las indemnizaciones que surgen del contrato de trabajo, utilizando al efecto bajo el principio constitucional del contrato realidad. Lo dicho, resulta coincidente con la prohibición prevista en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Luego, una vez reunidos los tres elementos del contrato de trabajo (servicio personal, subordinación y remuneración) éste existe y no deja de serlo por el nombre que se le dé, ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen (artículo 23 del CST); y para hacer efectiva esta disposición normativa, el 24 del mismo Código estableció una presunción legal de la cual se derivan consecuencias procesales.

Por ello en procesos como el que nos ocupa, dada la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, a la demandante que alega su ocurrencia le bastará con demostrar la prestación de servicios personales en favor del demandado, pues la carga de desvirtuar el hecho presunto (la subordinación) corresponde a éste, para lo cual deberá aportar al proceso evidencia de la cual se pueda obtener certeza judicial sobre autonomía técnica y directiva del contratista en el servicio ejecutado; es decir evidencia clara de ausencia de subordinación. Este elemento del contrato de trabajo implica para el empleador la posibilidad de impartir órdenes al trabajador sobre modo, tiempo, lugar, y cantidad de labor.

- **Sobre los indicios de relación de trabajo subordinada consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

Sobre este punto, la Recomendación 198 de 2006 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, referida a la relación de trabajó[1], exhorta a los Estados a "*luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la*

[1] La Corte Constitucional, en sentencia SU555 de 2014, reiteró que las recomendaciones, por regla general, no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países.

protección a la que tienen derecho". Además, que la existencia de una relación de trabajo "*debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes*", con la posibilidad de que los estados:

1. Admitan una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
2. Consagren una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
3. Determinen previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.
4. Y consideren la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1439-2021 y SL3436 de 2021, entre otras, ha insistido que solo algunos de los *indicios* o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron consagrados en el artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho artículo hace una mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo.

La anterior regla jurisprudencial ha sido ratificada en las sentencias SL3345 de 2021, SL3695 de 2021 y SL3777-2022, entre

otras. En dichas providencias, la H. CSJ indicó que el artículo 23 CST consagró como "*indicios de determinación de relación subordinada*" el cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos, pero existen otros indicios recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, a saber:

a) Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020).
b) La exclusividad (SL460 de 2021).
c) La disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019).
d) La concesión de vacaciones (SL6621 de 2017).
e) Aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015).
f) Cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019).
g) El cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019).
h) La realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020).
i) El suministro de herramientas y materiales (SL981 de 2019).
j) El hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (SL4479 de 2020).
k) El desempeño de un cargo de la estructura empresarial (SL Rad 34.393 del 24 de agosto de 2010; SL2885 de 2019).
l) La terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).
m) La integración del trabajador en la organización de la empresa (SL4479 de 2020; SL5042 de 2020).

Finalmente, en la sentencias SL3436 de 2021 se analizó el criterio de integración del trabajador en la organización de la empresa, concluyendo la H. CSJ que una empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de un titular, siendo indicio de subordinación que el empresario organice, de manera autónoma, sus procesos productivos e inserte al trabajador, dirigiendo y controlando su labor en pro de sus fines empresariales, ya que si el colaborador no tiene un negocio propio ni una organización

empresarial con una estructura propia, medios de producción, especialización y recursos, se infiere que carece de autonomía propia de quien *realiza libremente un trabajo para un negocio*, siendo que en realidad *aporta su fuerza de trabajo al engranaje de un negocio conformado por otro*.

CASO CONCRETO

Con las reglas anteriores y una vez revisado el expediente, de entrada, anuncia la Sala que no le asiste razón a **AVIANCA** por cuanto los elementos de prueba acreditan que dicha entidad usó de forma irregular la figura del trabajador en misión para suplir, de manera permanente en el tiempo, las necesidades propias del giro ordinario de sus negocios, alejándose de la finalidad excepcional y limitada de dicho tipo de contratación.

La revisión del expediente se acredita que **AAGV** celebró los siguientes contratos de trabajo con la empresa temporal **MISION TEMPORAL LTDA**:

Página – archivo	#	Empresa de Servicios Temporales	Fecha inicio	Fecha terminación
88 y 89 (22 CONTESTACION DE MISION TEMPORAL)	1	MISION TEMPORAL LTDA	07/10/2003	04/10/2004
99 y 100 (22 CONTESTACION DE MISION TEMPORAL)	2	MISION TEMPORAL LTDA	14/10/2004	30/04/2005

De los contratos antes relacionados se advierte que **AAGV** siempre fue destinado a funciones de *auxiliar de asistente en tierra*, las cuales aparecen relacionadas en las certificaciones laborales expedidas por la empresa de servicios temporales (*pág. 88, 89, 99 y 100, archivo "22 CONTESTACION DE MISION TEMPORAL"*), y se encuentran en consonancia con las actividades descritas por el propio demandante en el interrogatorio (*min. 38:16, archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00182-20220804_122451-Grabación de la reunión")*, es

decir, que fue vinculado para atender la demanda de productos y servicios de la aerolínea que, en todo, caso corresponden a las actividades ordinarias, continuas y necesarias para prestar y llevar a cabo el servicio ofrecido por **AVIANCA**, según su objeto social.

Y si bien cada contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la empresa de servicios temporales no superó el periodo máximo de vigencia del trabajo temporal consagrado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la Sala no puede limitarse a un análisis reducido de las circunstancias sometidas a juicio, llamando la atención de como **AVIANCA** mantuvo, de forma sostenida en el tiempo, el disfrute del servicio del trabajador en misión para el desarrollo de las mismas funciones a lo largo de año y medio, en una actividad que no se puede considerar ocasional como lo era la logística para el cargue, descargue y alistamiento de aeronaves, entre otras acciones. Nótese como el requerimiento de personal en ambos contratos, en formato de la EST, provino de la empresa usuaria con destinación especifica a la unidad organizacional 700, posición 403280, del Hangar II del Puente Aéreo (*pág. 80 y 92, archivo "22 CONTESTACION DE MISION TEMPORAL").*

Y aunque hubo una interrupción en la solución de continuidad por un espacio de 9 días, entre la terminación del primer contrato y el inicio del segundo, al no tratarse de labores ocasionales, accidentales o transitorias o para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, se deduce que esa cesación de vínculo laboral se hizo con el fin de soslayar la prohibición temporal contenida en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Por tal motivo, aplicando la sanción descrita en las sentencias SL3520-2018, SL467-2019, SL2710-2019 y SL4330-2020, entre otras, que no es otra que declarar a la empresa usuaria real empleador ante el mal uso del trabajo temporal y observando la total ausencia de pruebas de que en efecto **AVIANCA** hubiera atravesado un incremento de los servicios que presta de forma temporal y constatado que se perduró por año y medio la vinculación del **DEMANDANTE** no queda

opción distinta que confirmar la sentencia de primera instancia respecto la declaratoria del contrato de trabajo entre el demandante y **AVIANCA**, en los extremos temporales determinados por el *a quo*, siendo responsable solidariamente la EST de las obligaciones a cargo del empleador, en aplicación del 35 del CST.

Por otra parte, respecto del vínculo cooperativo con **SERVICOPAVA**, la Sala encuentra demostrada la prestación personal del servicio de **AAGV**, a favor de la demandada **AVIANCA**, junto con la correspondiente remuneración, por lo que sé presume la existencia de un contrato de trabajo, en los términos señalados en el artículo 24 del CST, presunción que no fue desvirtuada por la parte pasiva.

Prueba de ello, es que a pesar de que no se requiere prueba calificada para desvirtuar la presunción, **AVIANCA** no logró acreditar que el demandante prestó un servicio de manera independiente y en ausencia de subordinación, situación que no alcanza a materializarse por el hecho de que el trabajador hubiese firmado un convenio asociativo de trabajo.

En efecto, nótese como desde el mismo momento de la vinculación asociativa **SERVICOPAVA** destinó exclusivamente la labor del demandante a las funciones de auxiliar de oficina en **AVIANCA** para darle cumplimiento a la oferta mercantil firmada entre **AVIANCA** y **SERVICOPAVA** para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos de fecha 1° de agosto de 2003 (*pág. 32 a 37, archivo "20 CONTESTACION COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO*"), y hubo un segunda oferta mercantil con el mismo propósito calendada el 05 de febrero de 2009, la cual para la fecha de desvinculación del actor en la Cooperativa había tenido dos prórrogas en virtud de *otros sí* (*pág. 51 a 53, archivo "20 CONTESTACION COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO*"), sin que en el juicio se determinara que el trabajador estuviera destinado a la prestación del servicio a una compañía diferente.

Y aunque el representante legal de AVIANCA en el interrogatorio no hizo mención de dicho aspecto (*min. 09:35, archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00182-20220804_122451-Grabación de la reunión"),* el demandante en la misma diligencia expresó que realizó solicitud de afiliación a **SERVICOPAVA** el 1 de mayo de 2005 y si bien el 11 de marzo de 2011 la Cooperativa le notificó el ascenso como analista de turnos en el aeropuerto, dijo que todo el proceso se lo hizo AVIANCA.

Pese a que la parte actora no solicitó la práctica de interrogatorio al representante legal de **SERVICOPAVA** y tampoco peticionó prueba testimonial que diera cuenta de la forma en que trascurrió el ejercicio de su labor como asociado al servicio de **AVIANCA**, los jefes directos, el manejo de las situaciones administrativas (permisos, vacaciones, incapacidades), las instrucciones, órdenes, el cumplimento del horario, entre otros, no puede perderse de vista que su única obligación probatoria en virtud del artículo 24 del CST, por regla general, era acreditar la prestación del servicio y la remuneración, carga procesal que en efecto cumplió, por lo que dichas particularidades las debía demostrar la empresa a quien se le reclama la existencia del contrato de trabajo para desvirtuar la presunción legal del elemento subordinante.

Sin embargo, en este caso, se reitera, no se demostró que el actor era un trabajador autogestionario de la Cooperativa, como quiera que ésta no se servía de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor, pues utilizaban los elementos de trabajo y acondicionamientos físicos de **AVIANCA**, según se desprende de Contrato de Comodato No.12605021 celebrado entre **AVIANCA** y **SERVICOPAVA**, vigente desde el 1° de marzo de 2006 (*pág. 76 a 88, archivo "20 CONTESTACION COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO*"), de lo que se deduce que los medios de producción siempre fueron de la beneficiaria del servicio, y fue **AVIANCA** quien le proporcionaba los medios necesarios para la ejecución de sus funciones.

Además, no se puede olvidar que las actividades que cumplía **AAGV,** como *Auxiliar Oficina* y luego como *Analista Turnos Aeropuertos* no eran transitorias y ocasionales, fueron permanentes, lo que da cuenta que eran indispensables para el desarrollo de uno de los objetos sociales de **AVIANCA**, como lo es la prestación de servicios de transporte aéreo, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios, según el objeto social contenido en el certificado de existencia y representación legal. Y aunque la Constitución y la ley facultan al empresario para desarrollar libremente sus actividades, las mismas deben sujetarse y cumplirse bajo el estricto respeto del ordenamiento jurídico.

Precisa la Sala, como ya se dijo, que **AVIANCA** no desvirtuó la existencia del elemento subordinación y por el contrario las pruebas aportadas demuestran claramente que los servicios del demandante se prestaron bajo su subordinación y fue su verdadero empleador, relación en la cual no se probó que **SERVICOPAVA** obtuvo beneficio alguno por la actividad del trabajador, por lo que en realidad fungió como intermediario, figura ésta que no puede ejecutar dicha cooperativa según lo dispone el artículo 17 del decreto 4588 de 2006[2].

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1430 de 2018, señaló que *conforme a lo previsto en la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990, se les permite contratar la ejecución de una labor a favor de terceros pero, cuando se está en presencia de la subordinación, así como de la continuada prestación del servicio, no es propio aludir a un vínculo de trabajo asociado avalado por esos preceptos legales, al existir norma de mayor categoría, como la constitucional, que impone verificar la realidad en la que se desarrolló la labor encomendada, para auscultar, si en la forma, se pretendió esconder una verdadera relación laboral (al efecto,*

[2] Las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuario o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

se puede consultar, entre otras, la sentencia de casación. Criterio reiterado en sentencia SL1413-2022.

Y si bien conforme con el artículo 8° del Decreto 4588 de 2006, el contrato de comodato es válido en la medida en que se haya garantizado la plena autonomía de la Cooperativa de Trabajo en el manejo de los medios de producción que hayan sido cedidos, dicha circunstancia no sucedió en el presente asunto, lo que ratifica que la CTA no actuó con plena autonomía técnica, administrativa y financiera. Y pese a que efectivamente **SERVICOPAVA** fue la que realizó el pago de las compensaciones, le notificó los ajustes de la remuneración, el cambio de cargo y los aportes a seguridad social, eso ocurrió con ocasión del vínculo cooperativo que, en todo caso, ha quedado desvirtuado dada la presencia de los elementos integrantes de una relación laboral subordinada entre **AAGV** y **AVIANCA**.

En relación con los indicios sobre la existencia de la subordinación contenidos en los convenios de la OIT, conforme con la jurisprudencia citada en esta providencia, en este caso confluyen diferentes indicios que ratifican y determinan la existencia de una relación subordinada. A modo de ejemplo, la realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020), el suministro de herramientas y materiales (SL981 de 2019) y la inserción del trabajador en el proceso productivo para un negocio propio de **AVIANCA**, servicios de transporte aéreo (SL3436 de 2021).

Por tal motivo, erró el *a quo* a darle validez al vínculo cooperativo del demandante con **SERVICOPAVA** puesto que las pruebas aportadas y la presunción de subordinación que no fue desvirtuada conllevan a concluir que dicha Cooperativa actuó como una simple intermediaria desde el 1° de mayo de 2005 hasta el 31 de julio de 2012 y, por tanto, se debe tener todo ese tiempo como un vínculo laboral con **AVIANCA**.

En tal sentido, se modificará la sentencia, para establecer que existió un único contrato de trabajo entre el demandante y **AVIANCA**

desde el 07 de octubre de 2003 hasta el 31 de octubre de 2017, fecha de la suscripción del contrato de transacción que será objeto de mención más adelante.

Teniendo en cuenta que no se elevó ninguna reclamación por prestaciones sociales y salarios causados entre el 07 de octubre de 2003 al 31 de octubre de 2017, la Sala se releva de su análisis, en aplicación del principio de consonancia. Sin embargo, se advierte que de hacerse su estudio cualquier reclamación salarial, prima de servicios e intereses a las cesantías generados entre el 07 de octubre de 2003 y el 31 de julio de 2012 se encontrarían afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción.

A continuación, se ocupará la Sala de estudiar lo referente a la estabilidad laboral reforzada.

- **Sobre la estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición, según la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que

hace la jurisprudencia de la H. CSJ son válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como se reafirmó en las sentencia SL2841 de 2020, SL5109-2020 y SL487-2021, donde indicó que en vigencia del precitado Decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1º de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

Dicha definición concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, reiterada en la sentencia SL2548-2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017 se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el

ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo. Y la misma Corporación en la sentencia C-200 de 2019, estableció que los trabajadores que sufren de alguna afectación de salud gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos en que su afectación dificulta su desempeño laboral, incluso cuando no existe acreditación de alguna discapacidad.

El entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que estableció que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las entidades respectivas el análisis del caso.

Respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

No obstante, recientemente el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria precisó que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 y, de la Ley estatutaria 1618 de 2013 (27 de febrero de 2013). Además, que la estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren los siguientes elementos: i) la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo; ii) la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; iii) y que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Que, por tal motivo, el trabajador tiene derecho a que esas barreras, comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo, entendidos estos ajustes como "*una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo"* (SL1152-2023).

- **Sobre la estabilidad laboral reforzada y la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).**

En el Decreto 1543 de 1997, compilado en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 reglamentó *"el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS).",* se definieron los conceptos de persona asintomática e infectada, estableció el deber de la confidencialidad, de las personas integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), asintomática o sintomática, están en la obligación de guardar sigilo de la consulta, diagnóstico, evolución

de la enfermedad y de toda la información que pertenezca a su intimida, indicó que ningún servidor público o trabajador privado se encuentra en la obligación a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y que el hecho de que una persona esté infectada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o haya desarrollado alguna enfermedad asociada al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), no será causal de despido.

En la Ley 972 de 2005, que declaró de interés y prioridad nacional la atención integral estatal a la lucha contra el VIH -Virus de Inmunodeficiencia Humana- y el SIDA -Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida-, se protegió la dignidad de las personas portados de VIH al señalar que "*El contenido de la presente ley y de las disposiciones que las complementen o adicionen, se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona; producir cualquier efecto de marginación o segregación, lesionar los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente, el derecho al trabajo, a la familia, al estudio y a llevar una vida digna y considerando en todo caso la relación médico-paciente*".

Y en el ámbito internacional el compromiso de protección especial a las personas con VIH/SIDA se encuentra previsto en diferentes instrumentos como la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994); la Declaración Universal de Derechos Sexuales y Reproductivos (1997); los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000) sobre la necesidad de programas educativos para una sexualidad humana responsable y programas para contener la propagación de la enfermedad; la Declaración de Compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA de la Asamblea General de las Naciones Unidad (2001); la Declaración Política sobre VIH/SIDA (2006) con la que se enfatizó en la necesidad de asegurar la plena realización de los derechos humanos como elemento fundamental de la respuesta mundial a la pandemia del VIH/SIDA; las Directrices internacionales

sobre el VIH/SIDA, Organización de las Naciones Unidas (2006); el Plan Subregional Andino de VIH (2007-2010); y la Recomendación 200 sobre el Trabajo y el VIH de la Organización Internacional del Trabajo (2010), entre otros.

Como referente jurisprudencial, la Corte Constitucional en la sentencia SU 256 de 1996 estableció que el despido motivado en la consideración de ser el empleado portador asintomático del virus V.I.H., no puede ser avalado por el Estado por atentar contra los derechos a la dignidad y a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social. Dice la Corte que no existe libertad absoluta para terminar unilateralmente, por cualquier motivo, una relación laboral, y si ese motivo resulta lesivo de derechos fundamentales, hace que el despido constituya un acto de atropello y no una situación jurídica que pueda ser reconocida como legal. Protección especial de las garantías constitucionales de personas que padecen VIH que también ha sido objeto de análisis en las sentencias T-1042 de 2012, T-146 de 2013, T-428 de 2013, T-229 de 2014, T-520 de 2015, T-412 de 2016, C-248 de 2019, entre otras.

CASO CONCRETO

Considerando que la terminación del contrato acaeció luego de que fuera derogado el Decreto 2463 de 2001, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2013 con la publicación del Decreto 1352 de 2013, corresponde al demandante acreditar que se encontraba en situación de discapacidad para ese entonces, esto es, que sufría de una deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limitó o impidió su capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, que conforme lo indicando en la sentencia SL260 de 2019 implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó su capacidad de trabajo.

En el caso bajo estudio, el demandante se vinculó con **AVIANCA** mediante contrato de trabajo desde octubre de 2003, para desempeñar inicialmente el cargo de *auxiliar asistente tierra.*

AAGV aportó copia de resumen evaluación médica ocupacional de fecha 23 de noviembre de 2016, (*pág. 132 a 134, archivo "03 SUBSANACION DDA*"), que da cuenta de su situación médica como paciente diagnosticado con la infección VIH desde octubre de 2016. Sin embargo, tal circunstancia por sí sola no activa el fuero de estabilidad laboral reforzada, porque quien reclama dicho derecho debe acreditar que su estado de salud le impide o dificulta sustancialmente el ejercicio de su labor.

Igualmente, allegó órdenes medicas farmacológicas y de procedimientos para el tratamiento de sus dolencias (*pág. 135 a 134, archivo "03 SUBSANACION DDA*").

En el interrogatorio rendido por el demandante (*min. 09:35, archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00182-20220804_122451-Grabación de la reunión")* señaló que su condición de paciente VIH se la informó al empleador con los exámenes ocupacionales del año 2016, que no ha sido calificado por pérdida de capacidad laboral y las funciones las realizó de forma normal.

Para la Sala, con las anteriores pruebas son suficientes para concluir que a **AAGV** no se le activó el fuero de estabilidad laboral reforzada.

Si bien el actor no tenía la obligación de poner en conocimiento del empleador su condición de paciente de VIH en virtud de la protección constitucional establecida para este tipo de eventos y que se materializó en el artículo 35 del Decreto 1543 de 1997, compilado en el Decreto 780 de 2016, y pese a que lo hizo, ese solo hecho no es suficiente para otorgar la protección reclamada, pues se requiere

probar que su estado de salud le impedía o dificultaba el cumplimiento de sus funciones contractuales.

Y frente a este presupuesto, con los documentos aportados no se acredita que haya presentado incapacidades o licencias por enfermedad general que le impidieran desarrollar actividades cotidianas o que interfieran en la prestación del servicio. Tanto es que en la evaluación médica ocupacional realizada el 23 de noviembre de 2016 se concluyó que el trabajado es apto con recomendaciones médicas para el desempeño del cargo, aspecto que se corrobora con el interrogatorio rendido por **AAGV** donde señaló que el diagnóstico que padece no le impidió desempeñarse como *programador de turnos*.

Resulta oportuno precisar, que no cualquier afectación en la salud causa la aplicación del fuero de estabilidad ni conlleva a concluir que una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta. No es posible, a juicio del Tribunal, definir que el demandante se encontraba en el estado de debilidad por ser paciente VIH pues, como se dijo, la existencia o aplicación del fuero que aquí se estudia, solo podría definirse si se demuestra una afectación de salud que impida o limite la capacidad de trabajo, situación que no ocurrió en el caso bajo estudio.

Así las cosas, es claro para la Sala que el demandante no probó la situación que a él le correspondía para trasladar la carga de la prueba a la empresa demandada respecto de que la terminación del contrato no obedeció a un trato discriminatorio generado por la condición de salud del trabajador.

Además, la terminación del contrato obedeció a una causa legal prevista por el legislador, artículo 61 del CST, como lo es por mutuo acuerdo.

En efecto, el mutuo acuerdo suscrito entre las partes el 31 de octubre de 2017 es válido, (*pág. 118 a 121, archivo "03 SUBSANACION*

DDA"), pues bien podían, sin vulnerar derechos ciertos y discutibles del trabajador, como en efecto no ocurrió, pactar la forma de terminación del vínculo laboral, sin que para ese propósito y para su perfeccionamiento se exigiera acompañamiento alguno para el empleado o incluir el tema relacionado con su estado de salud, dado que no tenía ninguna limitación, sabía leer y escribir y estaba en el goce pleno de sus derechos. Y el hecho de que la empresa demandada haya ofrecido una bonificación para que el trabajador aceptara la terminación por mutuo acuerdo, no vició su consentimiento, en la medida en que el accionante estaba en libertad de aceptarla o rechazarla, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera podían ser aprobadas o desestimadas por éste, así lo ha reiterado de manera pacífica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL26071 de 2006, SL26830 de 2006, SL 841 2013, SL900-2013, SL7491-2017, entre otras).

En este caso, **AAGV** suscribió el acuerdo transaccional y recibió las sumas de dinero acordada, así también lo manifestó en el interrogatorio y además está probado en el expediente, por lo que se materializó el convenio celebrado entre las partes, sin que en el juicio la parte actora haya acreditado que hubo vicios de su consentimiento en su celebración, y si bien en el interrogatorio rendido por éste señaló que en ese momento estaba muy estresado por la situación que estaba viviendo, no hay ningún elemento de prueba que constate este supuesto que permita realizar un análisis diferente. En todo caso, la situación de salud que presentaba el trabajador no le impedía celebrar ni suscribir este tipo de acuerdos con el empleador.

Por tal motivo, la validez del acuerdo transaccional impartida por en la sentencia recurrida será confirmada, no siendo procedente la indemnización del artículo 64 del CST, dado que la terminación del vínculo contractual no fue por decisión unilateral del empleador.

Y al terminarse el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, no se puede hablar de una continuidad en el servicio con **AVIANCA** a partir

del 1° de noviembre de 2017, pues, aunque a partir de esa fecha el actor celebró contrato de trabajo con **SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS – SAI S.A.S.**, empresa controlada por la sociedad matriz AVIANCA HOLDINGS S.A., propietaria también de **AVIANCA S.A.** (*pág. 186, archivo "07 CONTESTACIÓN SERVICIOS AEROPORTUARIOS*), los servicios no se prestaron exclusivamente para la aerolínea, sino que en cumplimiento de la nueva relación laboral el trabajador se obligó a prestar los servicios como coordinador de planeación y programación para los clientes de SAI, entre ellos, AVIANCA, DELTA e IBERIA como lo confesó en su interrogatorio. Y la inclusión de bonificaciones extralegales condicionadas en el contrato suscrito entre AAGV y SAI atiende a la capacidad de negociación existentes entre las partes, sin que con las mismas se demuestre afectación o vulneración de los derechos del trabajador.

Al no existir prestación causada a favor del demandante, la Sala se releva del estudio de la configuración o no de la excepción de cosa juzgada.

Frente a la excepción de prescripción planteada por **AVIANCA** en la alzada, por haber transcurrido tanto tiempo desde la finalización del vínculo laboral que tuvo el demandante con **MISION TEMPORAL**, se advierte que los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, sin que las referidas normas limiten el estudio de la declaratoria de existencia del contrato de trabajo. Distinto es los derechos laborales derivados de dicha declaración que en este caso no se generaron y tampoco fueron objeto de controversia, motivo suficiente para declarar no probado este medio exceptivo.

Y finalmente sobre la inconformidad del demandante por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, debe precisarse que el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud

del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En este caso le asiste razón al apelante, por cuanto SERVICOPAVA y MISIÓN TEMPORAL fueron convocadas de oficio y contra ellas no se elevó ninguna pretensión, por lo que no se configuran los presupuestos de procedencia de esta condena.

Ahora, al prosperar la declaratoria de existencia del contrato de trabajo con **AVIANCA** desde 2003 hasta 2017, que conlleva a la modificación del ordinal primero de la sentencia de primera instancia, y la absolución de las demás pretensiones de la demanda, para dicha demandada no se generan costas ni a favor ni en contra, siendo procedente únicamente su condena a favor de SAI, y así se modificará la decisión en lo pertinente.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que entre **AAGV**, como trabajador, y la demandada **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA**, como empleador, existió un solo contrato de trabajo desde el 07 de octubre de 2003 hasta el 31 de octubre de 2017, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, condenar al demandante al pago de costas procesales de primera instancia únicamente a favor de

SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S., las cuales deberán ser tasadas por el *a quo*. Sin costas ni a favor ni en contra de las demás partes, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con salvamento parcial de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: AAGV
DEMANDADO: AVIANCA y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 023 2020 00182 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

A continuación, se expone las razones del salvamento de voto:

En la sentencia aprobada por la mayoría se declara la existencia de una única relación laboral con la empresa AVIANCA pese a que se desvirtuó el requisito de subordinación en la relación entre el demandante y AVIANCA ya que durante el periodo que laboró bajo las instrucciones de la cooperativa demandada, fue esta empresa la que ejerció la facultad subordinante respecto del trabajador.

Aunado a lo anterior se considera se desconoció los efectos de cosa juzgada de la transacción suscrita entre el demandante y la demandada AVIANCA, situación contradictoria porque se le dio efectos a dicha transacción respecto de los efectos de la Ley 361 de 1997 y no para los efectos de declarar la existencia de una única relación laboral.

En ese orden de ideas, se considera se debió confirmar la decisión de primera instancia que declaró la existencia de varias relaciones de trabajo con diferentes empresas.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 23-2022-00448-01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 10 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y a **COLPENSIONES** a recibir a la afiliada sin solución de continuidad y a corregir la historia laboral (*min. 32:44, archivo "16Audiencia20230710*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

MARIA EUGENIA PUIN CRUZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

COLPENSIONES y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen pensional realizado al RAIS y, en consecuencia, que se ordene a **PORVENIR** a devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM la totalidad de los dineros que recibió por motivo de su afiliación, tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros generados por estos y las sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, así como los porcentajes correspondientes a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados sin deducción alguna, se ordene a **COLPENSIONES** a recibir los dineros, a activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a actualizar la historia laboral, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 02 de mayo de 1962 y cotizó en el ISS desde el 08 de septiembre de 1988 hasta el 30 de septiembre de 1996; que el 21 de agosto de 1996 se trasladó a **PORVENIR** y al momento de la afiliación el asesor de la AFP se limitó a indicarle sobre el diligenciamiento y suscripción del formulario, sin brindarle la debida información veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comparada y transparente, respecto de los efectos inmediatos y a largo plazo del cambio de régimen pensional; que el 16 de febrero de 1999 se trasladó a HORIZONTE y el 27 de octubre de 1999 retornó a PORVENIR; y que el 20 de septiembre de 2022 presentó solicitud de traslado ante las demandadas, petición que fue negada (*pág. 1 a 17,archivo "01DemandaAnexos*").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las

excepciones de *prescripción*; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; restituciones mutuas y la innominada o genérica (*pág. 2 a 27, archivo "05ContestacionDemandaPorvenir").*

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *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); buena fe de Colpensiones; cobro de lo debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 y la innominada o genérica (*pág. 2 a 23, archivo "07ContestacionColpensiones"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 32:44, archivo "16Audiencia20230710*")

El 10 de julio de 2023, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"…**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del traslado que realizó la señora demandante MARIA EUGENIA PUIN CRUZ hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en este caso por PORVENIR, conforme a lo considerado. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a COLPENSIONES, todos los dineros que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante a dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos hoy declarando. Siguiendo la línea jurisprudencial sentencia 2177 de 2022 se ordena la devolución de gastos administración, seguros previsionales de invalidez*

y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos conceptos debidamente indexados y con cargo a recursos propios. ***TERCERO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y, además, a corregir su historia laboral, conforme las semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.* ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas.* ***QUINTO****: Costas a cargo de la AFP PORVENIR y a favor de la demandante.* ***SEXTO:*** *Se ordena la consulta de la sentencia…"*

Como sustento de su decisión el Juez expresó que la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio al afiliado al momento del traslado le corresponde al fondo de pensiones, y para el presente caso no se puede establecer que para el año 1996 la parte actora hubiese recibido de **PORVENIR** una información completa, suficiente y necesaria para haber adoptado la decisión del traslado debidamente informada, pues la accionante solo firmó el formulario sin la debida asesoría de algún personal de este fondo privado, motivo por el cual dedujo que era viable declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial contra el numeral segundo de la sentencia en cuanto ordenó trasladar los valores indexados. Adujo que ante una declaratoria de ineficacia de traslado los únicos valores a retornar, deben ser los conceptos de rendimientos y aportes, pues no existe determinación legal para generar un retorno por conceptos de gastos de administración y sumas de seguros previsionales de forma indexada en el sentido de que su naturaleza, en este caso de los gastos de administración, no es la de financiar una mesada pensional y adicionalmente se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para **COLPENSIONES**, dado que la AFP sí realizó debidamente la administración de los aportes durante la vigencia de la afiliación; dice que sobre estos conceptos se debe aplicar la figura de la prescripción; que los seguros previsionales se encuentran causados dado que la demandante tuvo durante la vigencia de la vinculación la

cobertura de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, sumas que fueron trasladadas a las aseguradoras. Y, por último, que los rendimientos superan con creces cualquier devaluación y, por tanto, la indexación constituiría una doble condena contra esa AFP (*min. 34:28, archivo "16Audiencia20230710*").

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que no es viable declarar la ineficacia de traslado del régimen pensional, no hay ninguna falta de información por parte del fondo privado, aspecto que debió ser probado por la parte actora, quien tampoco probó vicios del consentimiento; que la carga de la prueba se invierte solo cuando los fondos privados hayan vulnerado alguna expectativa legítima, aspecto que no ocurrió en el presente caso donde la accionante no era beneficiaria del régimen de transición y tampoco estaba próxima a pensionarse; que se evidencia es una negligencia de la actora al preocuparse de su futuro pensional cuando ya estaba próxima a pensionarse, encontrándose inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2° de la Ley 797 del 2003; que el traslado tampoco es viable porque afectaría la sostenibilidad financiera del sistema pensional; y finalmente, solicita se tenga en cuenta que **COLPENSIONES** no tuvo injerencia alguna en la decisión del traslado (m*in. 40:29, archivo "16Audiencia20230710*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma de abogados TABOR ASESORES LEGALES S.A.S. allegó documental que la acredita para actuar como apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y a su vez sustituyó el poder a la doctora Lina María Posada López, identificada con CC No.1.053.800.929 y T.P. No. 226.156 del C.S.J., a quien se le reconoce dicha calidad.

El apoderado de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. Las demandadas reiteraron los argumentos planteados en la alzada con el objetivo de que se revoque la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **MARIA EUGENIA PUIN CRUZ** nació el 02 de mayo de 1962 y se afilió al RPM a partir de noviembre de 1991 (*pág. 20 y 87, archivo "01DemandaAnexos*"); ***ii)*** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR** el 21 de agosto de 1996, con efectividad a partir del 1° de octubre siguiente (*pág. 74 y 77, archivo "05ContestacionDemandaPorvenir*"); ***iii)*** y posteriormente realizó traslados horizontales en el RAIS inicialmente a HORIZONTE el 15 de febrero de 1999 y luego retornó a PORVENIR el 27 octubre de 1999 donde permanece afiliada (*pág. 74, 78 y 79, archivo "05ContestacionDemandaPorvenir"*).

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

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia,

mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

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

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

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que no recibió ninguna asesoría de la AFP y no entregó información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

Y la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin

solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará esta parte de la sentencia.

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión. Tampoco puede ser objeto de prescripción los gastos de administración y demás conceptos descontados de la cuenta de ahorro individual de la actora, en la medida en que el aporte debe regresarse completo al RPM.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA EUGENIA PUIN CRUZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2022 00448 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28-2020-00491-02

Bogotá D.C., treinta (30) de Agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **SKANDIA S.A**. y **COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 17 de abril de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver a **SKANDIA** el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó su vinculación en el RPM, y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (34:28 archivo *"24Audiencia18Parte2")*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 18 archivo "*01Demanda*").**

MARLENE CASTILLO RETAVISCA solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAI, reactivar su vinculación en el RPM, al reconocimiento y pago de perjuicios morales, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 02 de abril de 1966, se afilió al ISS desde el año 1989, el 04 de julio de 1996 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Posteriormente, el 30 de julio de 2012 se

trasladó horizontalmente a la AFP OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, luego se devolvió a **PORVENIR S.A** el 20 de febrero den 2013; finalmente, se volvió a vincular a **SKANDIA S.A**., donde se encuentra actualmente. Aseguró que **SKANDIA S.A.** realizó proyección pensional, resultado que arrojó ser más ventajoso pensionarse en el RPM, radicó solicitud a las **DEMANDADAS** para retornar al RPM, petición que fue rechazada**.**

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó no ser ciertos o no constarle los hechos y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 3 a 55 archivo "*08ContestaciónPorvenir*").

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Expresó no constarle los hechos y formuló las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica (Pág. 2 a 18 archivo "*10ContestaciónColpensiones*").

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó las (2) vinculaciones de la demandante a esa AFP, la proyección pensional y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban (pág. 01 a 21, archivo *"12ContestacionSkandia"*). Llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A (pág. 73 a 76 archivo *"12ContestacionSkandia"*), petición que fue rechazada en providencia del 15 de febrero de 2022 (archivo *"15NiegaLlamamientoGarantia"*), decisión que fue confirmada por esta Sala.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (34:28 archivo *"24Audiencia18Parte2")*

El 17 de abril de 2023, el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora* ***MARLENE CASTILLO RETAVISCA*** *al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de fecha 1° de septiembre de 1996, por intermedio de la* ***ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *y* ***CESANTIAS PORVENIR S.A.****, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por* ***COLPENSIONES,*** *todo conforme se deja en la parte motiva de esta decisión.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.,*** *para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora* ***MARLENE CASTILLO RETAVISCA****, quien se identifica con la cedula de ciudadanía C.C. 39.695.822 a* ***COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*** *para que active la afiliación de la demandante dentro del régimen de prima media con prestación definida y proceda actualizar su historia laboral.* ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.* ***QUINTO: COSTAS*** *de esta instancia están a cargo de las administradoras demandadas, esto es* ***COLPENSIONES,*** *la AFP* ***PORVENIR S.A.,*** *y* ***SKANDIA S.A.*** *Señalándose como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.* ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior, por cuanto le resulto adversa a los intereses de la demandada* ***COLPENSIONES*** *(…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si resulta nulo o ineficaz y subsidiariamente si resulta inexistente, el traslado de la **DEMANDANTE** del RPM al RAIS ante la supuesta omisión de la AFP **PORVENIR S.A**. en su deber de información al momento de efectuar su traslado al Régimen pensional y acoger a la **DEMANDANTE** como su afiliada, y finalmente, si hay lugar a reconocer perjuicios morales a su favor.

Para resolver, indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso no se acredita que las AFP hubieran satisfecho a la accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte de la demandante, no se

puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz. Finalmente, frente al reconocimiento de perjuicios morales, adujo que la SL CSJ indicó que en el marco de la ineficacia del traslado al régimen pensional para la procedencia de tales recursos es necesario que se acredite su procedencia, situación que la parte actora no logro demostrar.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de **SKANDIA S.A.** presentó recurso de apelación parcial contra la condena impuesta a la AFP, en lo pertinente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales. Para sustentar, indicó que con la expedición de la ley 100 de 1993 se incluyó el parágrafo del art 20, artículo que autoriza los descuentos que realizó **SKANDIA S.A.** durante el tiempo de la afiliación, toda vez que dichos conceptos ya fueron entregados a la aseguradora mediante un contrato de aseguramiento. asimismo, indica que la AFP siempre ha actuado de buena fe (36:37 archivo *"24Audiencia18Parte2")*.

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES,** interpone recurso de apelación, argumentó que la afiliada demostró el consentimiento libre y voluntario de trasladarse al RAIS y un ánimo de permanecer allí, toda vez que realizó varios traslados horizontales, situación que convalida realizando aportes al régimen. Asimismo, indica que al declarar ineficaz el traslado de la demandante, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, teniendo presente que **COLPENSIONES** es un tercero de buena fe en este proceso (40:00 archivo *"24Audiencia18Parte2")*.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Por su parte, el apoderado de la **DEMANDANTE**, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.,** así como la procedencia de la condena a la AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante la permanencia del afiliado, conforme a los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **MARLENE CASTILLO RETAVISCA** nació el 02 de abril de 1966 (Pág. 19 archivo "*01Demanda*"), ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS desde el año 1989 (Pág. 41 a 51 archivo "*01Demanda*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** por medio de formulario de afiliación No. 754846 de fecha 04 de julio de 1996 (Pág. 23 archivo *"01Demanda"*)**;** ***iv)*** posteriormente la **DEMANDANTE** realizó traslado horizontal a **SKANDIA** mediante formulario de afiliación No. 596521 del 30 de julio de 2012 y luego a **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA** mediante formulario de afiliación No. 818977 del 27 de septiembre de 2018, donde acumula un total de 1.638,43 semanas a diciembre de 2020

(pág. 36 a 51 archivo *"12ContestacionSkandia"*); ***v)*** la **DEMANDANTE** radicó solicitud a las **DEMANDADAS** para retornar al RPM, petición que fue rechazada (Pág. 21 a 87 archivo "*01Demanda*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver a **PORVENIR** el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó su vinculación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS.** Contra la anterior decisión las **DEMANDADAS** interpusieron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

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

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

objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe

cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que **PORVENIR S.A.,** al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de

cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **SKANDIA** que no probó el deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio, manifestó que la persona que estuvo al momento que firmó el formulario se limitó a señalar que el ISS se iba acabar y que los fondos iban hacer el nuevo régimen para poder pensionarse y que recibió recomendación de que se vinculara con **PORVENIR**, manifestaciones que no benefician a las AFP **DEMANDADAS,** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente

asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional,

indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. Asimismo, **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** deberán devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARLENE CASTILLO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2020 00491 02

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada