República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **01 2020 00310 01**
Demandante:	LEONARDO PINZÓN BARRETO
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.469.231 y T.P. 365.094 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 29 de marzo del 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LEONARDO PINZÓN BARRETO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en diciembre de 1995. En subsidio, solicita se declare la ineficacia o invalidez del traslado que realizó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad en diciembre de 1995.

Consecuencialmente, pretende se ordene a COLFONDOS S.A. y a COLPENSIONES anulen de sus registros, la afiliación y el traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad en diciembre de 1995, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo de su cuenta individual de ahorro, incluyendo las cotizaciones, rendimientos y las sumas cotizadas al fondo de garantía de pensión mínima, de la misma forma, se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el régimen que administra y registre en su historia laboral las cotizaciones que le sean transferidas por parte de PORVENIR S.A. Por último, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de sus facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 18 de noviembre de 1961 y se trasladó del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a COLFONDOS S.A. en diciembre de 1995, precisando que actualmente se encuentra afiliado a PORVENIR S.A. De otro lado, enfatizó que en octubre de 1995 realizaba cotizaciones sobre un IBC equivalente a 5.49 salarios mínimos mensuales legales vigentes para esa calenda y que las condiciones para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, eran las consignadas en los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993.

Añadió, que al momento del traslado los funcionarios de COLFONDOS S.A. no le informaron los requisitos y condiciones para acceder a la pensión en el régimen de prima media, ni le realizaron una proyección de su mesada en ambos regímenes pensionales, es decir, que no le otorgaron información de manera completa, detallada y veraz sobre su situación pensional, como tampoco le indicaron las consecuencias desfavorables que le podía ocasionar el traslado, por

ende, si bien consintió su traslado de régimen pensional, no estaba completamente informado en ese momento sobre las consecuencias desfavorables le acarrearía esa decisión.

Refirió que PORVENIR S.A. mediante comunicación de 17 de abril de 2020, le informó que a los 62 años no tendría el capital suficiente para pensionarse, pero que podía acceder a una pensión a través del fondo de garantía de pensión mínima y que no tenía derecho a bono pensional, aspecto que no se le informó al momento del traslado, igualmente se le dijo en ese escrito que no tenía derecho a excedentes de libre disposición y frente a la proyección de su mesada en el régimen de prima media, que las variables para calcular la mesada en ese régimen difieren de las establecidas en el régimen de ahorro individual.

Sostuvo que su IBL a 2020 asciende a $2.900.946 y que el 3 de junio de 2020 elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES. (f. 1 a 23 archivo 03 y archivo 05).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. dijo oponerse a las pretensiones dirigidas en su contra aduciendo que si brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse entre administradoras de pensiones en ese régimen, asesorando acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación suscrito por el actor.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al RPMPD, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación exclusivamente a cargo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento. (f. 2 a 20 archivo 07).

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones del libelo genitor, arguyendo que si bien el promotor no realizó el traslado de régimen pensional a través de ese fondo, el mismo y los posteriores traslados horizontales son válidos, en tanto, estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, por ende, no es procedente declarar el error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho, frente a condiciones que están determinadas en la ley vigente, la cual es de público conocimiento, aunado a que no se aporta prueba del vicio en el consentimiento que se alega.

Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 2 a 25 archivo 08).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que al plenario no se allega prueba alguna que permita establecer alguna falta al deber de información en cabeza del fondo de pensiones que hubiese generado un vicio en el consentimiento al momento de asesorar al demandante para llevar a cabo su traslado de régimen pensional, así como tampoco de una posible causal de ineficacia o nulidad que afecten su decisión libre y voluntaria, igualmente, el gestor se encuentra incurso en la prohibición de traslado consagrado el artículo 2 de Ley 797 de 2003.

Como excepciones propuso las de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica. (f. 2 a 23 archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de marzo de 2023, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante, señor LEONARDO PINZON BARRETO, identificado con la C.C. No 19.474.284, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

"SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado del demandante señor LEONARDO PINZON BARRETO, identificado con la C.C. No 19.474.284 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

"TERCERO: ORDENAR a las demandadas PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante LEONARDO PINZON BARRETO, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a los fondos demandados, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

"CUARTO: ORDENAR que la demandada COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

"QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

"SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* después de analizar los diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre ellos, el interrogatorio de parte que depuso el gestor y al memorar la amplia y pacífica jurisprudencia emitida sobre el particular, indicó que si bien no se observa constreñimiento para que la activa se trasladara de régimen, lo cierto es, que se advierte la carencia de una debida información al afiliado sobre las ventajas y desventajas del traslado, de modo tal, que pudiera prever las consecuencias que esa situación le acarrearía, incumplido así el fondo demandado con el deber de información a su cargo, el cual era de vital importancia para la correcta elección del afiliado, ello, en aras de tener claridad sobre su futuro pensional.

En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, correspondiendo a las demandadas llevar a cabo lo pertinente a fin de dar vialidad a la afiliación de la demandante en el régimen de prima media y la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, absteniéndose de emitir condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, expuso que, si bien existe un precedente jurisprudencial sobre el asunto, no se puede aplicar de manera indiscriminada, pues de deben verificar las condiciones fácticas de cada caso, más si se tiene en cuenta que las particularidades de los regímenes pensionales se encuentran consagradas en la Ley 100 de 1993. Aunado a que en el presente caso el actor efectuó diferentes traslados horizontales y realizó aportes voluntarios, luego el deber de información se encuentra constatado en el presente caso, por lo que no procede la ineficacia deprecada.

En cuanto al traslado de los rendimientos dijo que se deben retornar los que se hubiesen generado en el régimen de prima media y no los causados en ese régimen, bajo la teoría de que el traslado no surtió efectos, además, tampoco procede la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, pues están estipulados en el artículo 20 de la norma en cita y ya no se encuentran en su poder. De otra parte, señaló que no procedía la indexación de esos emolumentos, pues de ser así, se estaría emitiendo una doble condena.

COLPENSIONES apeló la decisión de primer grado. Al respecto, manifestó que no es viable la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, ya que el actor se afilió y se trasladó de manera voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, aceptando las condiciones del mismo, agregando que se encuentra inmerso la prohibición de traslado de régimen, y la falta de información debe ser probada por el actor, máxime cuando no tenía ninguna expectativa legitima, añadiendo que las condiciones de los regímenes pensionales se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, faltando a sus deberes como afiliado. Finalmente, dijo que en caso de aceptar al actor en ese régimen se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera y los derechos de quienes si

están afiliados a ese régimen, por tanto, solicita se revoque la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 27 de septiembre de 1995, sin embargo, se encuentra que esa vinculación que se hizo efectiva el 1º de octubre de esa anualidad, según el reporte SIAFP. (f. 63 archivo 08). No obstante, se observa que si se allegaron los formularios de afiliación a HORIZONTE y a PORVENIR el 7 de febrero de 1997 y el 30 de octubre de noviembre de 2001, los que se hicieron efectivos el 1º de marzo de 1997 y el 1º de enero de 2002 (f. 26, 27 y 63 archivo 08).

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

Por otra parte, el demandante señor LEONARDO PINZÓN BARRETO en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que el motivo de su solicitud de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media en la actualidad, alude a que en su momento no fue informado sobre las consecuencias o beneficios de esa decisión por parte del fondo privado.

Igualmente, refirió que su traslado a HORIZONTE se dio cuando estaba laborando en SALUDCOOP, pero no recibió más información, misma situación que persistió en su traslado a PORVENIR. Asimismo, adujo que su traslado se dio de manera voluntaria, y que había escuchado que haciendo aportes voluntarios podía pensionarse de manera anticipada, pero no conoce las diferencias entre uno y otro régimen o el valor de su mesada en ambos escenarios.

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

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

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

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

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

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

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

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

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

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema

General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

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

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

Así las cosas, estima la Sala acertada la decisión del *a quo*. Corolario de lo anterior, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia objeto de censura. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 29 de marzo de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **01 2020 00611 01**
Demandante:	JORGE ENRIQUE CÓRDOBA VILLOTA
Demandados:	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 29 de marzo del 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORGE ENRIQUE CÓRDOBA VILLOTA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse que fue inducido en error por parte del fondo privado al omitir su deber de información, igualmente se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 22 de junio de 1996, que COLPENSIONES lo reciba en el régimen que administra junto con los aportes que realizó en el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin efectuar descuento alguno y sin solución de continuidad.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes, bonos y rendimientos, y se ordene a esta última entidad, reciba tales emolumentos sin que el fondo privado efectúe descuentos por comisiones, costos de administración y fondo de solidaridad, además se actualice su historia laboral y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 5 de noviembre de 1952 y prestó servicio militar del 31 de enero de 1969 al 31 de diciembre de 1970, e inició labores el 1º de agosto de 1986 efectuando cotizaciones a través de la CAJA DEL DEPARTAMENTO CUNDINAMARCA, y posteriormente desde el 14 de julio de 1995 al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Asimismo, adujo que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS S.A. el 22 de octubre de 1996, sin que previamente se le explicaran las consecuencias del cambio de régimen pensional, las condiciones para obtener la pensión en ambos regímenes pensionales, empero, si se le dijo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, se iba a acabar.

Agregó, que posterior al traslado se le dijo que se podía pensionar a cualquier edad y en mejores condiciones que en el régimen de prima media, y que no se le realizó proyección pensional a fin de poder tomar la mejor opción. De otro lado, expuso que el 10 de junio de 2020 radicó ante COLFONDOS solicitud de simulación pensional, la cual evidencio que su pensión en ese régimen ascendería a $2.891.249, pese a haber efectuado cotizaciones en los últimos 10 años sobre un salario promedio de $8.000.000 y contar con más de 1567 semanas.

Además, refirió que el 16 de marzo de 2019 solicitó a COLFONDOS la anulación de la afiliación al RAIS, petición que fue negada. Igualmente, el 24 de agosto de 2020, se agotó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, sin que

hubiese recibido respuesta a su solicitud. (f. 4 a 25 archivo 03 y f. 5 a 26 archivo 05).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. dijo oponerse a las pretensiones dirigidas en su contra; aduciendo que si brindó al demandante una asesoría integral y completa, respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, asesorando acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación suscrito por el actor.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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. (f. 5 a 23 archivo 10).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha al fondo privado, cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, concordantes con el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que regula lo atinente al traslado entre regímenes pensionales.

Propuso como excepciones de fondo las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, la innominada o genérica y la de no procedencia al pago de costas en instituciones que administradoras de seguridad social del orden público. (f. 2 a 27 archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de marzo de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor JORGE ENRIQUE CÓRDOBA VILLOTA, identificado con la C.C. No 19.177.341, a través del fondo administrado por la sociedad demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto en precedencia.*
>
> ***SEGUNDO**: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional del demandante señor JORGE ENRIQUE CÓRDOBA VILLOTA, identificado con la C.C. No 19.177.341 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*
>
> ***"TERCERO**: ORDENAR a la demandada COLFONDOS S.A trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante JORGE ENRIQUE CÓRDOBA VILLOTA, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado al fondo demandado, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*
>
> ***"CUARTO**: ORDENAR que la demandada COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.*
>
> ***"QUINTO**: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*
>
> ***"SEXTO**: Sin costas para las partes en la presente instancia."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* después de analizar los diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre ellos, el interrogatorio de parte que depuso el gestor y al memorar la amplia y pacífica

jurisprudencia emitida sobre el particular, indicó que si bien no se observa constreñimiento para que la activa se trasladara de régimen, lo cierto es, que se advierte la carencia de una debida información al afiliado sobre las ventajas y desventajas del traslado, de modo tal, que pudiera prever las consecuencias que esa situación le acarrearía, incumplido así el fondo demandado el deber de información a su cargo, el cual era de vital importancia para la correcta elección del afiliado, ello, en aras de tener claridad sobre su futuro pensional.

En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, correspondiendo a las demandadas llevar a cabo lo pertinente a fin de dar vialidad a la afiliación de la demandante en el régimen de prima media y la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, absteniéndose de emitir condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES apeló la decisión de primer grado. Al respecto, manifestó que no es viable la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, ya que el actor se afilió y se trasladó de manera voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, correspondiéndole demostrar la falta de información por parte del fondo, ya que no se le vulneró ninguna expectativa legítima, y no estaba inmerso en alguna prohibición de traslado de régimen, agregando que las condiciones de los regímenes pensionales se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, faltan a sus deberes como afiliado. Finalmente, dijo que en caso de aceptar al actor en ese régimen se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera y los derechos de quienes si están afiliados a ese régimen, por tanto, solicita se revoque la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del

proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 22 de octubre de 1996, vinculación que se hizo efectiva el 1º de diciembre de 1996, según el reporte SIAFP. (f. 100 y 101 a 102 archivo 10). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el demandante señor JORGE ENRIQUE CÓRDOBA VILLOTA en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que estando al servicio de CAFAM arribaron asesores de COLFONDOS S.A., administradora que se decía pertenecía a ese empleador, por eso los trasladaron a ese fondo sin más explicación, solo les dijeron que el ISS se acabaría, y así suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, pero sin conocer las consecuencias de esa decisión.

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

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en

cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones,*

acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".

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

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se

predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

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

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

Así las cosas, estima la Sala acertada la decisión del *a quo*. Corolario de lo anterior, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia objeto de censura. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 29 de marzo de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **03 2021 00232 01**
Demandante:	LILA ESPERANZA SUAREZ ESPITIA
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 31 de enero del 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LILA ESPERANZA SUAREZ ESPITIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.; adicional a ello, solicita se declare que siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, en razón a que el traslado de régimen no surtió efectos legales.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero referente a bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y aportes voluntarios; de igual manera, solicita se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el régimen que administra y reciba todos los conceptos a retornar por parte de la AFP, actualice y corrija su historia laboral. Por otro lado, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A., al pago de perjuicios morales y se condene en costas a las demandadas.

Como primeras y segundas pretensiones subsidiarias, reitera todas las anteriores basadas en la nulidad o inexistencia de su traslado de régimen, respectivamente.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 16 de mayo de 1969, y estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde 1987, precisando que siempre ha prestado sus servicios a Bancolombia; a su vez, afirmó que el 22 de agosto de 1996 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., sin haber recibido información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, toda vez que no le explicaron las características de ambos regímenes pensionales, las diferencias entre uno y otro, los riesgos, requisitos para pensionarse en el RAIS, modalidades pensionales, bono pensional, y los factores a tener en cuenta para calcular su mesada pensional en ambos regímenes y menos aún del derecho de retracto.

Agregó, que PROTECCIÓN S.A. la engañó al manifestarle que su estatus pensional sería más ventajoso en ese régimen que en el régimen de prima media el cual desaparecería, y que el monto de su pensión sería superior en el RAIS, enfatizando que su mesada en PROTECCIÓN S.A. ascendería a $2.738.876, mientras que en COLPENSIONES su valor aproximado sería de $4.405.923.

Expuso que radicó petición el 5 de abril del 2021 ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES solicitando se aceptara la ineficacia, nulidad o inexistencia del

traslado de régimen pensional, pedimento que fue denegado por ambas entidades.

Por último, refiere que se le brindó una falsa expectativa, lo que a la postre le generó incertidumbre sobre su subsistencia una vez finalice su vida laboral, lo que le ha causado un impacto emocional y un estado de angustia, al no tener seguridad de un ingreso económico que le permita, junto con núcleo familiar tener una buena calidad de vida. (Folios 9 a 21 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

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

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Folios 3 a 29 archivo 04).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho

a la libre escogencia de régimen y en virtud de la información suministrada por los asesores de la AFP, sin que obre prueba de algún vicio en el consentimiento, siendo evidente la negligencia de parte de esta, ya que no realizó consulta alguna sobre su situación pensional, sin que la ignorancia de la ley sirva de excusa. En esa medida, lo que existe es un error de derecho el cual no vicia el consentimiento, por ende, la afiliación de la gestora al RAIS resulta ser válida, y en la actualidad se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las 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, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Folios 2 a 30 archivo 06).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 31 de enero del 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la accionante LILA ESPERANZA SUÁREZ ESPITIA del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 22 de agosto de 1996, para entender válidamente vinculada a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la administradora colombiana de pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el evento que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos durante todo el*

tiempo que estuvo afiliada en esa AFP, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúe la AFP PROTECCIÓN S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante LILA ESPERANZA SUÁREZ ESPITIA, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por la Demandada COLPENSIONES, denominada principio constitucional de sostenibilidad del sistema financiera, y la de prescripción propuesta por ambas demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S. A., las que se tasan en la suma de DOS MILLONES ($2.000.000) DE PESOS MCTE a cargo de cada una.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS"

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó que el problema jurídico a resolver consistía en verificar la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen como consecuencia de la falta de información. Seguidamente, al hacer mención a las pruebas que obran en el plenario, señaló que se podía constatar que el traslado de régimen de la promotora se dio el 22 de agosto de 1996, agregando que, de la declaración rendida por la accionante, no se advierte confesión frente al suministro de una debida información, toda vez que no cumplió con los requisitos exigidos del artículo 191 del C.G.P.

Añadió, que para la fecha del traslado ya existían normas que imponían la obligación de los fondos de brindar una información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de ambos regímenes pensionales, resaltando normas tales como, el numeral 1° artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, además, agrego que la doctrina del precedente vertical emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, fue dando alcance e interpretación a esas normas, así, en sentencia de 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989, se concluyó que la carga de prueba está en cabeza de las administradoras de pensiones y que la firma libre

y voluntaria del formulario de afiliación no era suficiente para dar cumplimiento al deber de información; así mismo, los traslados horizontales, las re asesorías y el hecho de no haber retornado en los tiempos establecidos por la ley, no convalidan el vicio de ineficacia que arrastra el acto inicial del traslado de un régimen a otro.

Concluyendo que en el asunto *sub-examine,* no se logró demostrar el cumplimiento al deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A., declarando la ineficacia del traslado de la demandante el 22 de agosto de 1996, ordenando a PROTECCIÓN S.A trasladar todos los emolumentos a COLPENSIONES que son consecuencia de esa decisión. En relación a los perjuicios morales, aclaro que la demandante debió acreditar cuales fueron los perjuicios o daños que se le generaron, situación que no se dio en el presente asunto, absteniéndose de emitir condena por tal concepto, declaró no probadas las excepciones de inobservancia del principio de sostenibilidad financiera y prescripción, y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, manifestó su disenso frente a la condena en costas, aduciendo que la negativa de aceptar el traslado de la actora a la entidad que administra, se ciñó por el imperio de la ley conforme a lo reglado en la Ley 797 del 2003, por lo cual, debería permanecer incólume en el fondo privado en el que se encuentra. En el mismo sentido, considera que, del interrogatorio de parte rendido por la promotora, no se logró probar la existencia de algún vicio en el consentimiento, sino que se evidenció una espontaneidad y libertad de la misma para realizar la determinación del traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PROTECCIÓN S.A. el 22 de agosto de 1996, vinculación que se hizo efectiva el 1º de octubre de 1996 según el reporte SIAFP. (Folios 30 y 71 archivo 04). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante señora LILA ESPERANZA SUAREZ ESPITIA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que el traslado de régimen pensional se dio en el año 1996, calenda para la cual ya se encontraba al servicio de BANCOLOMBIA, en la sucursal Éxito calle 80 en donde se llevó a cabo una reunión con los funcionarios de PROTECCIÓN S.A. en la que se le dijo a los trabajadores de la sede, que el banco y la AFP habían realizado un acuerdo para que todos los empleados se trasladarán al fondo privado en virtud de que ambas entidades pertenecían al grupo antioqueño y que tendrían mejores garantías pensionales, así como que el ISS se iba a liquidar.

Agregó, que no le dieron información sobre las características, beneficios, tiempo de ahorro y diferencias entre uno y otro régimen, que a pesar de habérsele realizado una reasesoría, solo le explicaron los beneficios de permanecer en PROTECCIÓN S.A., además de manifestarle que debía tener una asesoría con COLPENSIONES, la cual no se dio en razón a que esta última no la quiso atender.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas*

es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

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

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

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

Así las cosas, luce acertada la decisión del Juez de primer grado, sin embargo, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo sostenido por la Alta Corporación, en lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida 31 de enero del 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PROTECCIÓN S.A. a indexar los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima al momento de su devolución a COLPENSIONES, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **03 2022 00028 01**
Demandante:	MAGDA YAMILE RINCON REINA
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 6 de marzo del 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MAGDA YAMILE RINCÓN REINA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de octubre de 1994, por la omisión en el deber de información por parte del fondo privado. Adicionalmente, solicita se declare que siempre estuvo válidamente afiliada al régimen de prima media y que el traslado de régimen no surtió efectos.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, tales como bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración y pólizas por invalidez y muerte, que hayan sido descontados, y una vez efectuada la devolución se ordene a COLPENSIONES que active su afiliación en el régimen que administra, actualice y corrija su historia laboral; además, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*, y a l pago de costas y agencias de derecho.

De manera subsidiaria, reitera todas las anteriores basadas en la inexistencia de su traslado de régimen.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 10 de octubre de 1969 y se afilio al ISS hoy COLPENSIONES el 30 de abril de 1990, permaneciendo en esa entidad hasta el 31 de octubre de 1994, cotizando a través de diferentes empleadores. Expuso, que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de octubre de 1994, sin que se le hubiera suministrado información concreta y veraz sobre las consecuencias de trasladarse de régimen, ventajas, desventajas, monto requerido para adquirir la pensión, proyecciones pensionales en uno y otro régimen, la facultad de efectuar aportes voluntarios, lo referente al bono pensional, entre otros datos relevantes.

Por el contrario, explicó que el asesor de COLMENA le indicó que se podía pensionar anticipadamente y que podía obtener la pensión con un mejor monto, sin aclararle las condiciones para lograrlo.

Seguidamente, refirió que mediante petición radicada el 26 de octubre del 2021, solicitó a PROTECCIÓN S.A., la anulación de su afiliación y una proyección de su mesada pensional, la cual fue resuelta, aclarándole que su mesada en COLPENSIONES sería de $1.731.593, mientras que en el fondo privado lo sería de $908.526 en razón a la garantía de pensión mínima. Por ello, evidenció un daño injustificado a sus derechos pensionales, viendo la necesidad de retornar a COLPENSIONES.

Así las cosas, el 23 de octubre del 2021 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen, petición que negó la entidad. (Folios 3 a 31 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se evidencia por parte de PROTECCIÓN S.A., engaño alguno o acto que demuestre motivación suficiente para declarar la nulidad o ineficacia del traslado. De otro lado, señaló que recibir a la demandante atentaría de forma directa contra la sostenibilidad financiera del régimen que administra, ya que ella se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en la ley 797 del 2003.

Propuso como excepciones de fondo las validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe de COLPENSIONES, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (Folios 2 a 21 archivo 04).

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

Expuso como excepciones las que demonio inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la

nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (Folios 2 a 31 archivo 05).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de marzo del 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado realizado por la demandante MAGDA YAMILE RINCÓN REINA el 19 de octubre de 1994 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como los traslados horizontales que se dieron como consecuencia de la cesión por fusión entre COLMENA S. A. a ING S. A., y de ING S. A. a PROTECCIÓN S. A., para entender válidamente vinculada a la Demandante, en el régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia."*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S. A., a trasladar a la administradora colombiana de pensiones – COLPENSIONES, todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el evento que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera, deberá devolver los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima que hubiesen sido descontados durante el tiempo de permanencia en ese fondo, todo conforme la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO**: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES aceptar el traslado y recibir los dineros provenientes de AFP PROTECCIÓN S. A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo le actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.*
>
> ***CUARTO**: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por ambas demandadas.*
>
> ***QUINTO:** CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las demandadas, las que se tasan en la suma de dos millones de pesos mcte. ($2.000.000) a cargo de cada una.*
>
> ***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el*

parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó que el problema jurídico a resolver consistía en verificar si era ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante, como consecuencia de la falta de información. Seguidamente, expuso que de las pruebas que obran en el plenario, entre ellas la declaración rendida por la demandante no se advierte confesión frente al suministro de la debida información por parte del fondo demandado.

Añadió, que para la fecha del traslado ya existían normas que imponían la obligación a los fondos de brindar una información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes a efectos de que los usuarios pudieran tomar la mejor opción del mercado, para ello, resaltó normas tales como, los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, artículo 97 del Decreto 663 de 1993, articulo 12 del Decreto 720 de 1994, acotando que las mismas han sido interpretadas por la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad.

Así, expuso que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de las AFP, sin que la suscripción libre y voluntaria del formulario de afiliación sea prueba suficiente para dar cumplimiento al deber de información, así mismo, afirmó que los traslados horizontales, las reasesorias y el hecho que no se hubiese retornado en los tiempos establecidos por la ley, no tenían la virtualidad de sanear el vicio de ineficacia que arrastra el acto inicial de traslado de un régimen a otro; de igual manera, explicó cuáles eran la consecuencias de decretar la ineficacia.

Así las cosas, concluyó que al no haberse demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A., era procedente declarar la ineficacia del traslado, así como la ineficacia de los traslados posteriores, por ello, ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido por parte de la demandante tales como, cotizaciones, bonos pensiones, rendimientos, descuentos por gastos de administración, primas de seguros previsiones y el valor destinado a configurar el fondo de garantía de pensión mínima; por último, declaró no probada las excepciones de sostenibilidad financiera y prescripción, y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, manifestó su disenso frente a la condena en costas, aduciendo que la entidad es un tercero de buena fe, quien solo proporcionó la respuesta negativa de aceptar a la demandante en el régimen que administra, conforme a la incapacidad legal palmaria que esta preceptuada en la ley 797 del 2003, respuesta que considera, generó el presente proceso; por ello, estima que la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN S.A. debe permanecer incólume. Adicionalmente, afirma que la determinación de la actora fue espontánea y libre, ya que en ningún momento fue obligada a abandonar el ISS o a escoger un fondo específico.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de octubre del 1994, vinculación que se hizo efectiva el 1º de noviembre de 1994, según el reporte SIAFP (Folios 40 y 89 archivo 05). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante señora MAGDA YAMILE RINCON REINA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que en el año 1994 laboraba para una empresa con funciones de mercadeo, por lo que al estar entregando publicidad con otras cuatro compañeras en la zona de San Victorino, fueron abordadas por tres asesores de COLMENA, quienes le comentaron mejores beneficios pensionales que el ISS, entre ellos, la oportunidad de pensionarse anticipadamente y solo con 15 años de servicio, además les dijeron que el ISS sería liquidado, asesoría que solo tomó 15 minutos, y sin recibir más información sobre los regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

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

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

prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

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

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

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

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

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

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

Así las cosas, luce acertada la decisión del Juez de primer grado; sin embargo, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo sostenido por la Alta Corporación. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida 6 de marzo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES debidamente indexados los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 03 2021 00253 01**
Demandante: VICTORIA EUGENIA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ
Demandado: PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora VICTORIA EUGENIA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A., a fin que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso del causante ANDRES RICARDO RODRIGUEZ VASQUEZ (q.e.p.d.) acaecido el 17 de marzo de 2019, en calidad de madre.

En virtud de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, más los intereses de mora contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria a los intereses moratorios, se condene al pago de la respectiva indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que procreó al señor ANDRÉS RICARDO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ (q.e.p.d.), quien nació el 20 de noviembre de 1983; que la accionante inicialmente dependió económicamente de su compañero permanente hasta el mes de junio de 2016 fecha en la que acordaron su separación, y debido al cáncer que padece acordaron con su excompañero que este la mantendría en calidad de beneficiaria en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a efectos de no interrumpir su tratamiento que venía llevándose a cabo en la EPS FAMISANAR. Que el señor JESUS ANIBAL RODRIGUEZ, padre del causante, falleció el 15 de junio de 2018.

Relata que el causante cotizó 79 semanas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, a la AFP PORVENIR S.A., entre mayo de 2017 y marzo de 2019; que el causante solventaba de forma mensual y constante los gastos requeridos por la accionante.

Finalmente, que su hijo ANDRÉS RICARDO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ falleció el 17 de marzo de 2019, no procreó hijos y no contaba con sociedad conyugal o unión marital de hecho vigente, ante lo cual solicitó el reconocimiento pensional, mismo que fuera denegado por PORVENIR S.A. mediante comunicación del 17 de febrero de 2020, aduciendo que no se acreditaba la dependencia económica.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que para la fecha del deceso del afiliado ANDRÉS RICARDO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ (q.e.p.d.), no residía ni convivía con la accionante, señora VICTORIA EUGENIA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ,

quien por el contrario sufragaba sus gastos con el ingreso que recibía de tres de sus hijos de nombres KAREN PAOLA PRADA VÁSQUEZ, LAURA CAMILA PRADA VÁSQUEZ y ANDRÉS RICARDO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ (q.e.p.d.)., actualmente, la madre del afiliado fallecido sufraga sus gastos con el apoyo económico que le brindan otras dos hijas, JENNIFER ALEJANDRA VÁSQUEZ y ANDREA KATHERINE PRADA VÁSQUEZ; así mismo que el causante no la afilió como beneficiaria en salud, siendo que si fue así afiliada por el señor WILSON PRADA en calidad de compañera permanente.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, cobro de lo no debido e Incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica, buena fe de PORVENIR S.A., prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de agosto de 2022 condenó a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante VICTORIA EUGENIA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ en un 100% y en cuantía inicial de $828.116 a partir del 17 de marzo de 2019 y a razón de 13 mesadas anuales; así mismo al pago de la suma de $38.917.495 por concepto de mesadas pensionales retroactivas desde el 17 de marzo de 2019 hasta julio de 2022, más los intereses moratorios desde el 17 de febrero de 2020, y hasta cuando se efectúe el pago de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, y declaró no probadas las excepciones planteadas por la pasiva en su contestación, autorizando a PORVENIR S.A. a descontar los aportes destinados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para arribar a dicha conclusión, señaló tras hacer un recuento de la investigación administrativa que realizó PORVENIR S.A., el interrogatorio de parte y las pruebas testimoniales, que se acreditó la dependencia económica de la accionante respecto de su hijo, esto desde la separación con su

compañero permanente acaecida en el mes de junio de 2016, más aún cuando si bien fue afiliada como afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud por el señor WILSON PRADA, aquello se debió únicamente con el fin de continuar con el tratamiento de la enfermedad catastrófica que la aquejaba.

De otra parte, si bien recibía apoyo de otras hijas, el simple hecho que se cumplan obligaciones alimentarias o de socorro, no desvirtúa que la accionante dependía económicamente del causante, más aún cuando no se estableció que obtuviera ingresos distintos.

Señaló además que una vez verificados los cálculos, la pensión ascendería a una suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente, lo cual está vedado por la ley, y en ese sentido dispuso el pago en un monto de $828.616 desde el año 2019; refirió además que el causante falleció el 17 de marzo de 2019, sin que hayan transcurrido más de tres años al agotamiento de la reclamación administrativa y la notificación de la demanda, por ende, no operó el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, condenó al pago de intereses moratorios por cuanto PORVENIR S.A. negó el reconocimiento con base en que no se encontraban acreditados los requisitos, lo cual no exime del pago de esta prestación, según lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Ello en tanto para la fecha del deceso del causante, aquel no convivía con la demandante, y además recibía ingresos por el apoyo que le brindaban en conjunto sus hijos; además el causante estaba afiliado a la EPS sin reportar beneficiarios a cargo, y por el contrario, la accionante se encontraba afiliada como beneficiaria del señor WILSON PRADA, estando la unión marital vigente, así como la obligación alimentaria.

Respecto de la testigo KAREN JULIETH ALFARO, quien señaló que también colaboró con el señor WILSON PRADA para traslado a citas médicas, que además una de las hijas si laboraba como mesera y que los causantes solo consignaban algunas sumas de dinero, y frente a la dependencia señaló que el señor WILSON PRADA nunca la desamparó y le suministraba la casa de habitación, así como la afiliación a salud.

Finalmente, que no se aportó una prueba concluyente y fehaciente de la dependencia económica alegada y, por el contrario, es evidente que el causante no contaba con ingresos para una manutención distinta de la propia en la ciudad de Medellín, y además se acredita que el señor WILSON PRADA asumía sus obligaciones, más aún cuando no existe separación legalmente constituida.

Refiere además que la negación de la pensión por la AFP se basó en la investigación y en la legislación vigente, y se concede por la interpretación jurisprudencial de la *a-quo*, por ende, no es dable emitir condena al pago de intereses moratorios ni de costas procesales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si ante el fallecimiento del afiliado causante ANDRÉS RICARDO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ (q.e.p.d.)., procede el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes en beneficio de su madre señora VICTORIA EUGENIA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ.

En caso afirmativo determinar la procedencia de intereses moratorios y de la condena en costas.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub examine*, es menester que la Sala precise que no fue objeto de reproche que el causante ANDRÉS RICARDO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ (q.e.p.d.) falleció el 17 de marzo de 2019, que cumple con la densidad de semanas para el reconocimiento de la prestación económica y que la señora VICTORIA EUGENIA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ ostenta la condición de madre, hechos que además se corroboran del Registro Civil de Nacimiento y de Defunción del causante, así como de la historia laboral aportada al plenario (Fls. 11 a 16 PDF 01 Acta de Reparto 9525 Demanda Anexos).

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del deceso del causante, de modo que para el presente evento, por haber fallecido el señor ANDRÉS RICARDO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ (q.e.p.d.) el 17 de marzo de 2019, el presente asunto debe analizarse bajo la égida de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron el artículo 74 de Ley 100 de 1993.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación que, para el análisis de la prestación por sobrevivencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, determina:

> *ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"[…]*

"d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este".

La Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2006, en la cual estudió la constitucionalidad de dicha normativa, señaló:

"Por lo anterior, la dependencia económica ha sido entendida como la falta de condiciones materiales que les permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, suministrarse para sí mismos su propia subsistencia, entendida esta, en términos reales y no con asignaciones o recursos meramente formales.

"De lo expuesto se concluye que la dependencia económica supone un criterio de necesidad, esto es, de sometimiento o sujeción al auxilio recibido de parte del causante, de manera que el mismo se convierta en imprescindible para asegurar la subsistencia de quien, como los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida pueden requerir dicha ayuda en calidad de beneficiarios. Por ello la dependencia económica no siempre es total y absoluta como lo prevé el legislador en la disposición acusada. Por el contrario, la misma responde a un juicio de autosuficiencia que, en aras de proteger los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, admite varios matices, dependiendo de la situación personal en que se encuentre cada beneficiario.

"Así las cosas, es claro que el criterio de dependencia económica tal como ha sido concebido por esta Corporación, si bien tiene como presupuesto la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para subsistir, no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional siempre y cuando este no los convierta en autosuficientes económicamente, vale decir, haga desaparecer la relación de subordinación que fundamenta la citada prestación.

"En este orden de ideas, a juicio de la Corte, al exigir la disposición acusada la demostración de una dependencia económica "total y absoluta", establece una hipótesis extrema que termina por hacer nugatoria la posibilidad que tienen los padres del causante de acceder a la pensión de sobrevivientes, lo que desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, pues indudablemente sacrifica derechos de mayor entidad, como los del mínimo vital y el respeto a la dignidad humana y los principios constitucionales de solidaridad y protección integral a la familia.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL964-2023, Radicación No. 94309 del 8 de marzo de 2023, señaló:

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

En el presente evento se tiene que se aportó por PROVENIR S.A. el *"Informe de Investigación Para Pago de Prestaciones Económicas"* (Fls. 53 a 56 PDF 04 Contestación Demanda Porvenir 20211020), en el cual se refiere:

> *"Núcleo familiar: mediante consulta ante la Registraduría Nacional del Estado Civil se estableció que el Sr. Andrés Ricardo Rodríguez Vásquez de estado civil soltero, no registró hijos, ni se conoció mediante el proceso de validación que sostuviera unión marital de hecho vigente al momento del deceso, no convivía con su progenitora pero le realizaba aportes económicos por un valor de 300.000 pesos mensuales destinados a servicios públicos y alimentación, del gasto total del hogar que corresponde a 400.000 pesos. Los 100.000 pesos restantes eran otorgados por las hermanas del Sr. Andrés Ricardo Rodríguez Vásquez, las Sras. Karen Paola Prada Vázquez y Laura Camila Prada Vázquez, empleadas como meseras y auxiliares de oficios varios respectivamente. Actualmente se encuentran desempleadas y son sus hijas Jennifer Alejandra Vásquez y Andrea Katherine Prada Vásquez, amas de casa, quienes de los ingresos*

de su hogar le suministran apoyo. A continuación, se discrimina dichos gastos:

Total Gastos del Hogar		Total Aportes del afiliado a los gastos del hogar	
Concepto	Valor		
Servicios Públicos	$ 200.000	$ 200.000	100%
Arriendo		$ -	0%
Mercado	$ 200.000	$ 100.000	50%
Otros	$ -	$ -	0%
Total	400.000	300.000	75%

"La reclamante no labora, es de estado civil soltera (no convivió con el padre del a afiliado, el Sr. Jesús Aníbal Rodríguez, quien se encuentra fallecido), se dedica al hogar, reside en una casa propiedad de su última pareja el Sr. Wilson Prada (con quien actualmente no convive hace 04 años), quien se encarga del pago de las cuotas de dicho inmueble ubicado en Girardot-Cundinamarca con la nomenclatura: Manzana 9 casa 31 Vivisol 2, es decir, no tiene gastos de arrendamiento.

"No percibe mesada pensional (se desconoce en régimen especial). Mediante consulta en la Ventanilla Única de Registro (VUR) no figuran inmuebles de su propiedad. En consulta RUES no presenta ningún establecimiento de comercio registrado a su nombre.

Ahora bien, no fue objeto de discusión que los gastos de la accionante no se componían de canon de arrendamiento, en tanto del mismo informe de investigación antes referido, se extrajo que el señor WILSON PRADA, quien fuese compañero permanente de la demandante, era la persona que asumía el gasto de las cuotas del inmueble, e incluso, se refirió expresamente que de las pruebas recabadas se estableció que no convive con la accionante desde hace 4 años.

Así las cosas, si bien la parte recurrente aduce como argumento de la censura que el señor WILSON PRADA, no desamparaba a la accionante y que asumía gastos, entre ellos el de la vivienda, lo cierto es que desde el informe de investigación que aportó PORVENIR S.A. se tenía establecido que no convivían hace 4 años, y que solo coadyuvaba con el gasto de las cuotas del inmueble, ascendiendo así los gastos de la accionante a la suma de $400.000 mensuales, y que correspondían a servicios públicos y mercado, monto del cual el causante solucionaba $300.000, esto es el equivalente al 75%, , mientras que los $100.000, eran suministrados por KAREN PAOLA PRADA VÁZQUEZ y LAURA

CAMILA PRADA VÁZQUEZ, quienes para la fecha del deceso laboraban como mesera y auxiliar de oficios varios, respectivamente.

Ahora bien, resulta evidente que el causante brindaba en mayor medida los gastos del hogar, pues asumía, se reitera, el 75% de los gastos de su madre, y por ende de la misma investigación antes referida, es dable concluir que se acredita el presupuesto de la dependencia económica, específicamente el criterio de necesidad expuesto por la Corte Constitucional, en tanto el porcentaje que asumía el causante respecto de los gastos, eran imprescindible para asegurar la subsistencia de su madre; aunado que la suma que sufragaban sus otras hojas era inferior y al solo corresponder al 15% implicaban una ayuda, sin que se puede perder de vista que la jurisprudencia ha referido que no se debe excluir la dependencia económica por la *"existencia de distintas fuentes de recursos, propios o provenientes de otras personas*" (supra).

De otra parte, la accionante al absolver al interrogatorio de parte señaló que el accionante "*me ayudaba en lo que él pudiera, porque yo no trabajo*", señaló tener además cuatro hijos, y para la época del deceso fallecía con tres de ellas, siendo todas mayores de edad, y para dicha fecha estudiaban; así mismo que el dinero que le suministraba el causante lo destinaba para servicios y alimentación, siendo el padre de sus otras hijas quien suministraba los gastos de ellas.

Así las cosas, no advierte la Sala que exista una confesión atinente a que no dependía económicamente del causante, o que haya sido el señor WILSON PRADA quien asumía los gastos de la accionante, por el contrario, ratificó que el causante era quien asumía sus gastos, lo cual concuerda con lo advertido en la investigación adelantada y aportada por PORVENIR S.A.

Por su parte, la testigo KAREN JULIET ALFARO ORTEGA, aseveró ser cónyuge del sobrino del señor WILSON PRADA, excompañero de la accionante; refirió constarle que el accionante asumía los gastos de la demandante, e incluso él les solicitaba ayuda para entregar el dinero o pagar servicios. Refiere que la

suma era variable en tanto surgían gastos diarios o en ocasiones por visitas médicas ante la patología que padece la actora. Corrobora que para la fecha del deceso las otras hijas de la demandante no laboraban, que ya no sostenía una relación sentimental con el señor WILSON PRADA, quien solo asume el pago de las cuotas de la casa de habitación, en tanto en ella también habitaban sus hijas.

De tal manera, que *a contrario sensu* de lo referido por la parte recurrente, en manera alguna se encuentra acreditado que la accionante haya dependido económicamente del señor WILSON PRADA, y si bien se encontraba afiliada como su beneficiaria en el sistema de Seguridad Social en Salud, dicha situación no desvirtúa lo referido por la prueba testimonial y el informe de investigación, atinente a que el causante era quien sufragaba los gastos de manutención de la demandante.

De tal manera que le asistió razón a la *a-quo* al estimar acreditado el requisito de la dependencia económica, motivo por el cual se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

d) Intereses Moratorios:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagra que, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la AFP reconocerá y pagará además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL493-2023 Radicación No. 95032 del 15 de marzo de 2023, señaló:

> *"De otra parte, la Sala debe recordar que los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden por el simple retardo de la administradora en el reconocimiento y pago de la prestación y las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en su comportamiento o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas pues, se trata simplemente de un resarcimiento económico encaminado a*

aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones.

"La Corte igualmente ha precisado que no en todos los casos es imperativo condenar a dicha sanción, y ha definido una serie de circunstancias excepcionales y específicas, en que se exonera de su pago.

"En efecto, en fallos CSJ SL331-2023 y CSJ SL070-2018, se recordó que no hay lugar a la condena por intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando, por ejemplo, se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL 787-2013, reiterada en la CSJ SL2941-2016); la controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016); o existe controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, tal como se precisó en las decisiones CSJ SL 21 sep. 2010, rad. 33399 y CSJ SL14528-2014. Conforme a lo que se acaba de indicar, es claro que ninguna de las excepciones tiene cabida en el asunto por lo que estos resultan procedentes e incompatibles con la indexación solicitada como lo sostuvo el a quo.

En el *sub-lite* a diferencia de lo aducido por la parte recurrente, la pensión no se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, y por el contrario de las mismas pruebas que había recabado la AFP estaba acreditada la dependencia económica, motivo por el cual resulta procedente el reconocimiento de los intereses moratorios, por lo cual se confirmará la condena emitida en primera instancia.

e) Costas procesales:

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR S.A. respecto a la condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, resulta procedente tal condena a cargo de la parte demandada. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo

145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, […] la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROVENIR S.A.; se fija la suma de $1.000.000 como agencias en derecho.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de PROVENIR S.A.; se fija la suma de $1.000.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral: **1100131050 04 2017 00294 01**
Demandante: MIGUEL ALEJANDRO LATORRE SÁNCHEZ
Demandado: COLPENSIONES y ASALUD LTDA.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

De otro lado, se reconoce personería para actuar en representación de COLPESNSIONES a la abogada KAREN JULIETH NIETO TORRES, identificada con cédula de ciudadanía 1.023.932.298 y T.P. 280.121 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MILGEL ALEJANDRO LATORRE SÁNCHEZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y ASALUD ASESORES LTDA, a fin de

declararse que es beneficiario de la Ley 100 de 1993, Ley 860 de 2003, Decreto 917 de 1999 y las sentencias C-428 de 2009 y T-712 de 2015.

Igualmente, se declare nulo el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por COLPENSIONES el 10 de octubre de 2016, así como que la fecha de estructuración emitida por ASALUD ASESORES LTDA correspondiente al 31 de agosto de 2013, no tuvo en cuenta la totalidad de su historia laboral.

Se declare que tiene derecho a que COLPENSIONES le expida acto administrativo de reconocimiento y pago de pensión de invalidez de origen común, siendo la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral el 28 de agosto de 2008, calenda en la cual fue confirmado el diagnóstico de enfermedad de Parkinson en el HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ según da cuenta su historia clínica y lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de allí que ASALUD ASESORES LTDA deba emitir una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral.

Por consiguiente, se le condene a COLPENSIONES efectuar la liquidación y pago de la mesada pensional por invalidez de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, Ley 860 de 2003, sentencia C-428 de 2009 y demás normas complementarias, a partir del 28 de agosto de 2008, calenda para la cual se confirmó el diagnóstico de enfermedad de Parkinson, junto con el pago del retroactivo de las mesadas pensionales normales y adicionales desde la mentada data 28 de agosto de 2008.

Por último, que se condene a la entidad al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 28 de agosto de 2008, actualización de su mesada pensional, intereses moratorios según lo reglado en el Parágrafo 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 201, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 13 de mayo de 1963, siendo de profesión arquitecto. Que laboró durante varios años para diferentes empresas del sector de la construcción, desempeñando cargos en el área de diseño.

Que a los 44 años de edad, empezó a presentar los primeros signos de la enfermedad de Parkinson según da cuenta su historia clínica, por lo que teniendo en cuenta su estado de salud, no pudo seguir desempeñando su profesión de arquitecto desde el mes de junio de 2009 a razón del temblor en sus manos y la dificultad de desplazarse.

Refirió que la enfermedad le fue diagnosticada en el mes de marzo de 2008, diagnóstico que se confirmó por el HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ el 28 de agosto de 2008, por lo que en repetidas ocasiones se solicitó la calificación de su pérdida de capacidad laboral fue objeto de calificación el 10 de octubre de 2016, dictamen que se le notificó el 25 de octubre de esa misma anualidad, donde se tomó como fecha de la estructuración de la calificación de pérdida de capacidad laboral el 31 de agosto de 2013 y un porcentaje del 71.54%, pero sin tener en cuenta la totalidad de su historia clínica.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda aceptando lo atinente a la calificación de pérdida de capacidad del demandante, así como la fecha de estructuración y porcentaje de la misma. En lo que respecta a la pensión de invalidez deprecada, argumentó que debe aplicarse la norma a seguir al momento de la invalidez, siendo carga del actor acreditar los requisitos pertinentes.

Formuló como medios exceptivos los denominados carencia de título para pedir, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

La demandada ASALUD LTDA. a pesar de haber presentado contestación de demanda, la misma fue objeto de inadmisión por el Despacho, sin que se hubiese allegado lo pertinente por la encartada, por lo que en proveído calendado el 24 de julio de 2018 se tuvo por no contestada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 declaró que la fecha de estructuración de la enfermedad de Parkinson que afecta al demandante señor MIGUEL ALEJANDRO LATORRE SÁNCHEZ es a partir del 1º de julio de 2009, fecha de su última cotización.

Por consiguiente, CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez al demandante teniendo como fecha de causación el 1º de junio de 2009, en la suma de $1.846.535 para el año 2022, ordenando un pago a razón de retroactivo pensional desde el 17 de mayo de 2014 en la suma de $182.710.201.

Asimismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probados los demás medios exceptivos formulados, así como que absolvió a COLPENSIONES del restante de pretensiones, sin imponer ninguna condena en contra de ASALUD LTDA.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia manifestó que la pensión de invalidez se encuentra regulada por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, adicional al hecho que la enfermedad de Parkinson padecida por el demandante es una enfermedad crónica la cual se agrava en el tiempo y que eventualmente permite al paciente continuar con su actividad de trabajo pese a que la pérdida de capacidad laboral se haya estructurado desde antes, de allí que teniendo en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional, aunque la discapacidad en esta enfermedad se puede estructurar en determinada fecha, la persona puede

mantener una capacidad residual de trabajo que le permite continuar activa laboralmente, sin perder de vista que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia habla de capacidad laboral residual, entendida como la posibilidad con que goza la persona para desarrollar una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas.

Expuso que en cada asunto deben ser analizadas las condiciones fácticas con la finalidad de determinar a partir de qué momento deberá realizar el conteo de las semanas que exige la norma, esto es, las 50 semanas, indicando entonces que al demandante le diagnosticaron la enfermedad de Parkinson en el año 2018 y dejó de cotizar al sistema de seguridad social en pensiones el 1º de julio de 2009, siendo calificada su pérdida de capacidad laboral por parte de COLPENSIONES el 10 de octubre de 2016 en porcentaje del 72.54% y fecha de estructuración el 31 de agosto de 2013, misma que fue modificada por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ consignándola a partir del 12 de enero de 2016, la cual a su vez fue modificada por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a partir del 31 de agosto de 2013.

Seguidamente, llegó a la conclusión que teniendo en cuenta el Parkinson padecido por el actor y, conforme se desprende de la historia clínica del mismo y demás probanzas, claro es que contrario a lo manifestado por las juntas de calificación, el señor MIGUEL ALEJABDRO LATORRE a partir del año 2009 se encontraba en deterioro físico que le impedía significativamente el desempeño de su profesión como arquitecto, de allí que concluyera que al haber realizado en el mes de junio de 2009 su último aporte pensional, decidió que era a partir del 1º de julio de esa misma anualidad la fecha de estructuración de la patología de Parkinson.

Por ello, expuso que a partir del 1º de julio 2009 era que se realizaría el estudio de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, cumpliendo así con las 50 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al estado de invalidez, como quiera que desde el mes de mayo de 2008 hasta el mes de junio de 2009 se acreditó con la exigibilidad de las semanas requeridas, lo que conllevó a que

la fecha de causación del derecho prestacional reclamado lo fuera a partir de la mentada calenda 1º de julio de 2009, con una tasa de reemplazo del 54% para esa anualidad, por lo que el monto pensional ascendería a la suma de $1.156.881 sobre 14 mesadas.

Al unísono, también sostuvo que teniendo en cuenta la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, determinado que dentro del expediente no fue aportada reclamación administrativa de la reclamación de la prestación por invalidez, por lo que consideró que la interrupción de la prescripción se llevaría a cabo con la fecha de la presentación de la demanda que fue instaurada el 17 de mayo de 2017, adicional a que el auto que notificó la demanda lo fue el 7 de octubre de la misma anualidad, plazo no superior a un año desde la instauración de la acción; circunstancia por la cual, determinó que prosperaba el pago del retroactivo desde el 17 de mayo de 2014, considerando que ascendía a la suma de $182.710.201 teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el referido 17 de mayo de 2014 y el 30 de julio de 2022.

Seguidamente, manifestó no ser procedente la condena de los intereses moratorios, toda vez que los mismos no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio, adicional a que el reconocimiento de la prestación por invalidez sucedió a razón de un cambio jurisprudencial, lo que impide su imposición según criterio emanado por el órgano de cierre, lo que conllevó a su vez a que dispusiera que el retroactivo se lleve a cabo debidamente indexado.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Se estudiará el asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo estatuido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto de marras, deberá determinarse si es procedente a favor del demandante señor MIGUEL ALEJANDRO LATORRE SÁNCHEZ el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez reconocida en primera instancia.

De resultar avante lo anterior, se auscultará a partir de cuándo le asiste derecho al demandante de percibir la prestación, así como el monto de la misma.

c. Del análisis del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que en el asunto de marras no fue objeto de reproche que por parte de COLPENSIONES fue proferido para con el demandante el 10 de octubre de 2016 el Dictamen No. 2016181658MM, mediante el cual, con ocasión de su enfermad evolutiva de Parkinson, le fue determinada una enfermedad de origen común, con una pérdida de capacidad laboral del 71.54% y cuya fecha de estructuración se estimó a partir del 31 de agosto de 2013 (Fls. 44 a 49 – PDF 01 PROCESO DIGITALIZADO).

Asimismo, durante el trámite procesal de primera instancia, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA emitió el Dictamen No. 79272422 – 4274 del 14 de junio de 2019, donde determinó que la patología de Parkinson de origen laboral padecida por el demandante tenía como fecha de estructuración el 12 de enero de 2016,

dictamen que por demás al haber sido apelado, fue por lo que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a través de Dictamen No. 79272422 – 1537 calendado el 25 de enero de 2022 determinó que la fecha de estructuración de la enfermedad lo sería a partir del 31 de agosto de 2013 (Fls. 297 a 302 – PDF 01 PROCESO DIGITALIZADO y PDF 16 DICTAMEN PERICIAL).

Tampoco el hecho que, según da cuenta la historia laboral acreditada al plenario, el demandante realizó su última cotización al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES en el mes de junio de 2009, cotizando por el periodo comprendido entre el 13 de marzo de 1989 y el 30 de junio de 2009 un total de 408.29 semanas (Fls. 194 a 205 – PDF 01 PROCESO DIGITALIZADO).

d. De la pensión de invalidez y su análisis jurisprudencial:

Para acceder al requisito de la pensión de invalidez, primeramente, indica la Sala que el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 39 de la misma disposición normativa, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, regulan lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ.** Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.*
>
> ***ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*
>
> 1. *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración **~~y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez~~**.*

2. *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma,* ***~~y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez~~***.

   PARÁGRAFO 1o. *<Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.*

   PARÁGRAFO 2o. *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años."*

Así las cosas, pertinente resulta manifestar que la pensión de invalidez fue creada por el legislador con la finalidad de preservar aquellas eventualidades generadas a razón de enfermedades o accidentes que inhabiliten al afiliado desarrollar en cabal seguimiento sus actividades laborales.

Ahora bien, es menester que la Sala precise que si bien en principio la norma es certera en manifestar acerca del requisito de la aplicabilidad de las 50 semanas inmediatamente anteriores al estado de la invalidez, también lo es que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considerando las necesidades de especial protección que merecen determinadas personas, como aquellas que padecen afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legales, ha manifestado que es procedente atender para el cómputo de las semanas *la fecha del dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral o la última semana de cotización*, previo el análisis de cada situación en particular, aspecto que por demás se encuentra en concordancia con lo indicado por la Corte Constitucional, así lo sostuvo la Alta Corporación en sentencia relevante como lo fue la SL-3275-2019, Radicación No. 77459 del 14 de agosto de 2019 donde sostuvo:

"Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de Salud (OPS), debido a sus características las enfermedades de tipo «crónico» son de larga duración y progresión generalmente lenta, y se catalogan como una patología para la cual «aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para mantener a la persona en un ***estado funcional****, mediante el consumo constante de fármacos (...); dichas enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».*

De acuerdo con dicha organización, las enfermedades crónicas incluyen un grupo de padecimientos y condiciones que, a pesar de tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir manejo durante años o decenios y el hecho de que desafían seriamente la capacidad de los servicios de salud. Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado.

Desde la perspectiva de los determinantes sociales, la presencia de condiciones crónicas se concibe como un proceso social que asume características distintas en los grupos humanos según la forma en que se concretan los modos de vida, las condiciones de clase social, las condiciones de trabajo y la manera como se expresan a través de las construcciones culturales y las prácticas sociales. Por ello, su evaluación no resulta sencilla, en la medida que amerita un tratamiento distinto por ser una patología de larga duración.

En efecto, frente a este tipo de padecimientos, la Corte Constitucional mediante sentencia SU - 588 de 2016 se pronunció, al referir que las llamadas enfermedades «crónicas, degenerativas y/o congénitas» son aquellas que, debido a sus características, «se presentan desde el nacimiento o son de larga duración y progresivas». Por tanto, en tales eventos, el momento en el cual se perdió definitivamente la capacidad para laborar, suele coincidir con el día del nacimiento, uno cercano a este o la fecha del primer síntoma de la enfermedad o del diagnóstico de la misma y, por esa razón, «estas personas normalmente no acreditan las semanas requeridas por la norma, pese a contar con un número importante de cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha asignada».

Ello significa que los padecimientos crónicos de larga duración son permanentes en el tiempo y se agravan de manera paulatina, lo cual, eventualmente, permite al paciente continuar con su actividad de trabajo, pese a que la pérdida de capacidad laboral se haya estructurado desde antes.

En palabras de la Corte Constitucional, aunque la discapacidad en estas enfermedades se puede estructurar en determinada fecha, la persona puede mantener una capacidad residual de trabajo que le permite continuar activa laboralmente, con la respectiva obligación de realizar los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte que ofrece el sistema, los que resultan plenamente válidos y con los cuales puede alcanzar el reconocimiento de una pensión, pues de lo contrario, se desconocerían los aportes realizados «en ejercicio de una efectiva y probada, explotación de una capacidad laboral residual». Así lo expresó dicha Corporación:

La Corte ha considerado que no es racional ni razonable [63] que la Administradora de Fondos de Pensiones niegue el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez a una persona que sufre una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, tomando como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el día del nacimiento, uno cercano a este, el momento en el que se presentó el primer síntoma o la fecha del diagnóstico, desconociendo, en el primer caso, que para esa persona era imposible cotizar con anterioridad a su nacimiento y, en el segundo y tercero que, pese a las condiciones de la enfermedad, la persona pudo desempeñar una labor y, en esa medida, desechando las semanas aportadas con posterioridad al momento asignado en la calificación. Además, negar el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en lo anterior, implicaría asumir que las personas en situación de discapacidad, en razón de su estado de salud, no pueden ejercer una profesión u oficio que les permita garantizarse una vida en condiciones de dignidad y que, en esa medida, nunca podrán aspirar a un derecho pensional, postulado que a todas luces es violatorio de tratados internacionales, inconstitucional y discriminatorio.

Entonces, aceptar la misma interpretación que se tiene actualmente para los demás asuntos, esto es, no contabilizar la cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, en tanto lo que se protege es una contingencia o un riesgo incierto, significa admitir que las personas que padecen enfermedades de tipo «crónico, degenerativo y/o congénito» por razón de su condición, no tienen la posibilidad de procurarse por su propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni tampoco la de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez una vez su estado de salud les impida seguir laborando, derechos que sí están reconocidos a las demás personas.

En tal sentido, atendiendo la postura expuesta, palmario resulta que los padecimientos crónicos de larga duración no repercuten a la persona de manera inmediata, sino que, por el contrario, se va presentando una mengua en el transcurrir del tiempo, constituyéndose así una capacidad laboral

residual, que en términos expuestos por la Alta Corporación consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una capacidad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades, sin que esa situación pueda ser desconocida, puesto que incluso tal aspecto se encuentra regulado internacionalmente a través de instrumentos ratificados por Colombia como lo son el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y normativamente según lo estatuido en la Ley 1618 de 2013, 1346 de 2009, artículos 13, 47 y 54 de la Constitución Política, Ley 361 de 1997, Ley 100 de 1993, entre otros.

Siguiendo el análisis jurisprudencial, la Corte en sentencia SL2504-2022, Radicación No. 87267 del 19 de julio de 2022, rememoró la doctrina acerca de la capacidad laboral residual y mantuvo la línea respectiva, reiterando la necesidad de llevar a cabo en cada asunto un análisis a efectos de dar aplicabilidad a la figura objeto de análisis, argumentando lo siguiente:

> *"Finalmente, en relación al tercer y último de los problemas a resolver, se advierte que este sí es de estirpe netamente jurídica, alusivo a que la tesis del ad quem no encuentra coincidencia con la línea de pensamiento de esta corporación en cuanto a la aplicación de la capacidad laboral residual; y al respecto la Corte observa que, la sentencia recurrida tampoco puede sufrir resquebrajamiento alguno, dado que tal decisión judicial está en armonía con la regla jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia, sobre la forma de computar los aportes en los supuestos de la referida capacidad laboral residual, ello desde lo adoctrinado en la sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada, entre otras, en las decisiones CSJ SL3992-2019 y CSJ SL770-2020, y conforme a lo expresado en la CSJ SL1002-2020 a la que alude la censura.*
>
> *En efecto, según lo dicho por esta corporación en la primera de las decisiones judiciales, la fecha para marcar el trienio en el que se deban cotizar las 50 semanas que exige la Ley 860 de 2003 para obtener la pensión de invalidez, puede eventualmente fijarse, adicionalmente a la calenda de estructuración formal de la situación de invalidez, en las datas concernientes a:* ***i) la de calificación del mencionado estado****;* ***ii) la relativa a la solicitud de reconocimiento pensional****;* ***iii) la atinente a la última cotización realizada****; y* ***iv) cuando la enfermedad supone la manifestación de secuelas ulteriores; sin que necesariamente esto implique que se cambie la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral que fijó la autoridad competente en el porcentaje requerido por la ley, para la configuración del estado de invalidez****.*

Lo anterior, dado que estas circunstancias lo que permiten establecer es que el afiliado, pese a la declaratoria formal inserta en un dictamen médico científico sobre su condición para trabajar, conserva una capacidad laboral residual y es por esto que es dable fijar una fecha diferente para contabilizar el trienio de aportes exigido en la ley, de acuerdo con las referidas hipótesis, lo cual por demás, descarta la interpretación errónea del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 o del artículo 16 del CST conforme se aduce en el primero de los cargos, y, menos la infracción directa del artículo 3 del Decreto 1507 de 2014, como se presenta en el segundo de los ataques."

Pues bien, como lo determinó el fallador de instancia, evidente resultó que el actor fue calificado en diferentes ocasiones a razón de la enfermedad de Parkinson padecida, enfermedad caracterizada por la Sala de Casación Laboral como una enfermedad congénita, crónica y degenerativa como así lo sintetizó en la sentencia SL2110-2022, Radicación No. 91780 del 31 de mayo de 2022, que a su vez trajo a colación la SL4178-2020, Radicación 52559 del 14 de octubre de 2020:

"Así que en la providencia CSJ SL4178-2020, se puntualizó:

3º) Concepto de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas

Según la OMS las enfermedades congénitas son las

[…] anomalías congénitas se denominan también defectos de nacimiento, trastornos congénitos o malformaciones congénitas. Se trata de anomalías estructurales o funcionales, como los trastornos metabólicos, que ocurren durante la vida intrauterina y se detectan durante el embarazo, en el parto o en un momento posterior de la vida.

[…] La doctrina entiende las enfermedades degenerativas como aquellas «donde poco a poco la persona va perdiendo sus funciones vitales, como, por ejemplo: la atrofia, cáncer, catarata, esclerosis, Parkinson y Alzheimer»."

Bajo este escenario y como ya se indicó, al actor teniendo en cuenta los dictámenes emanados tanto por COLPENSIONES como el decidido en sede de apelación por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, se determinó que la enfermedad de Parkinson del demandante se estructuró a

partir del mes de octubre y agosto de 2013 respectivamente; no obstante, según lo expuso el *a-quo*, se encuentra demostrado dentro de la historia clínica generada por el HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, que al demandante le fue diagnosticado el Parkinson desde el 10 de marzo de 2008, realizando su última cotización al sistema general de pensiones en el mes de junio de 2009 (Fls. 26 a 37 – PDF 01 PROCESO DIGITALIZADO).

En la mentada historia clínica, también se demuestra que el actor el 5 de agosto de 2009 fue diagnosticado a razón de su enfermedad como un paciente con adecuado control de temblor, pero con marcada bradicinesia que le interfería en su actividad laboral, por lo que se le ajustó esquema de anti parkinsoniano a través de suministro de medicamentos. Seguidamente, el 26 de agosto de 2009 fue objeto de interconsulta por neurología, siéndole suministrado nuevamente medicamentos, refiriendo cansancio frecuente.

El 4 de noviembre se aprecia una nueva interconsulta por el demandante donde se le medicó y el actor puso de presente la pérdida de la fuerza, tan es así que en ocasiones no podía alzar el brazo para comer y presentaba inestabilidad en su cuerpo al levantarse de la silla, así como que el 17 de marzo de 2010, debió seguir con medicinas, evidenciándose así la mengua en el tiempo y, por consiguiente, su imposibilidad progresiva de ejercer actividades laborales.

Así las cosas, la Sala puede colegir que se logró demostrar al tenor del criterio jurisprudencial, que la pensión de invalidez perseguida por el demandante debe reconocerse con base del supuesto de la última cotización realizada, en la medida que según lo demostró el propio actor, ante su enfermedad degenerativa de sus funciones motoras y por ende padecimientos crónicos de larga duración en el tiempo ante el Parkinson padecido, fue que la última cotización al sistema general de pensiones la llevó a cabo en el mes de junio de 2009, de allí que, como lo decidió el operador de instancia, pueda en sede judicial apartarse de la fecha de estructuración determinada tanto por COLPENSIONES como por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE

INVALIDEZ, resultando procedente entonces adoptar el análisis del requisito de las 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la última cotización, que lo fue el 30 de junio de 2009.

Por ello, el demandante por el periodo comprendido entre el 13 de marzo de 1989 y el 30 de junio de 2009 cotizó un total de 408.29 semanas, las cuales 50 se acreditaron desde el 16 de agosto de 2008 hasta el 30 de junio de 2009 como da cuenta la historia laboral acreditada al plenario y acreditar un pérdida de capacidad laboral del 71.54% de que trata el artículo 38 de la Ley 100 de 1990, acreditó el requisito pensional determinado en primer grado; circunstancia por la cual, habrá de confirmarse este puntualísimo aspecto, en el entendido que la pensión de invalidez debe ser reconocida a partir del 1º de julio de 2009.

e. Del monto de la mesada pensional y el retroactivo causado:

Para el efecto, es menester indicar que teniendo en cuenta el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual regula la forma de liquidar la pensión de invalidez, el operador de instancia adujo que la prestación debía reconocerse teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 54%, situación que se ajusta al literal b) de la norma en mención.

Así las cosas, se tiene que la primera mesada pensional del demandante al 1º de julio de 2009 asciende a la suma de $1.145.968, monto inferior al determinado por el *a-quo* en valor de $1.156.881, por lo cual que será el que se tenga en cuenta en esta instancia atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en que se estudia el asunto de marras.

Ahora bien, teniendo en cuenta la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES, se aprecia que no yace reclamación alguna dentro del plenario donde el demandante solicitara la prestación por invalidez, de allí que de conformidad con lo estatuido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en virtud a que la demanda fue presentada el 17 de mayo de 2017 según da cuenta el Acta individual de reparto, es por lo que existe

prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2014 (Fl. 93 – PDF 01 PROCESO DIGITALIZADO).

Promedio Salarial Anual							
Año 1989							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
13/03/89	***31/03/89***	*19*	*41.040,00*	*1.368,00*	*$ 25.992,00*		
01/04/89	***30/04/89***	*30*	*41.040,00*	*1.368,00*	*$ 41.040,00*		
01/05/89	***31/05/89***	*31*	*41.040,00*	*1.368,00*	*$ 42.408,00*		
01/06/89	***30/06/89***	*30*	*41.040,00*	*1.368,00*	*$ 41.040,00*		
01/07/89	***31/07/89***	*31*	*41.040,00*	*1.368,00*	*$ 42.408,00*		
01/08/89	***31/08/89***	*31*	*41.040,00*	*1.368,00*	*$ 42.408,00*		
01/09/89	***30/09/89***	*30*	*41.040,00*	*1.368,00*	*$ 41.040,00*		
01/10/89	***31/10/89***	*31*	*94.906,00*	*3.163,53*	*$ 98.069,53*		
01/11/89	***30/11/89***	*30*	*111.300,00*	*3.710,00*	*$ 111.300,00*		
01/12/89	***31/12/89***	*31*	*111.300,00*	*3.710,00*	*$ 115.010,00*		
Total días		*294*			*$ 600.715,53*	*$ 2.043,25*	***$ 61.297,50***
Año 1990							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/90	***31/01/90***	*31*	*117.630,00*	*3.921,00*	*$ 121.551,00*		
01/02/90	***28/02/90***	*28*	*126.660,00*	*4.222,00*	*$ 118.216,00*		
01/03/90	***31/03/90***	*31*	*79.290,00*	*2.643,00*	*$ 81.933,00*		
01/04/90	***30/04/90***	*30*	*79.290,00*	*2.643,00*	*$ 79.290,00*		
01/05/90	***31/05/90***	*31*	*79.290,00*	*2.643,00*	*$ 81.933,00*		
01/06/90	***30/06/90***	*30*	*79.290,00*	*2.643,00*	*$ 79.290,00*		
01/07/90	***31/07/90***	*31*	*79.290,00*	*2.643,00*	*$ 81.933,00*		
01/08/90	***01/08/90***	*1*	*79.290,00*	*2.643,00*	*$ 2.643,00*		
Total días		*213*			*$ 646.789,00*	*$ 3.036,57*	***$ 91.097,04***
Año 1991							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
03/09/91	***30/09/91***	*28*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 140.252,00*		
01/10/91	***31/10/91***	*31*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 155.279,00*		
01/11/91	***30/11/91***	*30*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 150.270,00*		
01/12/91	***31/12/91***	*31*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 155.279,00*		
Total días		*120*			*$ 601.080,00*	*$ 5.009,00*	***$ 150.270,00***

Año 1992							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/92	***31/01/92***	*31*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 155.279,00*		
01/02/92	***29/02/92***	*29*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 145.261,00*		
01/03/92	***31/03/92***	*31*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 155.279,00*		
01/04/92	***30/04/92***	*30*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 150.270,00*		
01/05/92	***31/05/92***	*31*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 155.279,00*		
01/06/92	***30/06/92***	*30*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 150.270,00*		
01/07/92	***31/07/92***	*31*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 155.279,00*		
01/08/92	***29/08/92***	*29*	*150.270,00*	*5.009,00*	*$ 145.261,00*		
Total días		*242*			*$ 1.212.178,00*	*$ 5.009,00*	***$ 150.270,00***
Año 1994							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
19/01/94	***31/01/94***	*13*	*200.000,00*	*6.666,67*	*$ 86.666,67*		
01/02/94	***28/02/94***	*28*	*200.000,00*	*6.666,67*	*$ 186.666,67*		
01/03/94	***31/03/94***	*31*	*200.000,00*	*6.666,67*	*$ 206.666,67*		
01/04/94	***30/04/94***	*30*	*200.000,00*	*6.666,67*	*$ 200.000,00*		
01/05/94	***31/05/94***	*31*	*200.000,00*	*6.666,67*	*$ 206.666,67*		
01/06/94	***30/06/94***	*30*	*200.000,00*	*6.666,67*	*$ 200.000,00*		
01/07/94	***31/07/94***	*31*	*200.000,00*	*6.666,67*	*$ 206.666,67*		
01/08/94	***31/08/94***	*31*	*534.375,00*	*17.812,50*	*$ 552.187,50*		
01/09/94	***30/09/94***	*30*	*534.375,00*	*17.812,50*	*$ 534.375,00*		
01/10/94	***31/10/94***	*31*	*450.000,00*	*15.000,00*	*$ 465.000,00*		
01/11/94	***30/11/94***	*30*	*450.000,00*	*15.000,00*	*$ 450.000,00*		
01/12/94	***31/12/94***	*31*	*315.000,00*	*10.500,00*	*$ 325.500,00*		
Total días		*347*	*-*		*$ 3.620.395,83*	*$ 10.433,42*	***$ 313.002,52***
Año 1995							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/95	***31/01/95***	*30*	*530.000,00*	*17.666,67*	*$ 530.000,00*		
01/02/95	***28/02/95***	*30*	*650.000,00*	*21.666,67*	*$ 650.000,00*		
01/03/95	***31/03/95***	*30*	*650.000,00*	*21.666,67*	*$ 650.000,00*		
01/04/95	***30/04/95***	*30*	*650.000,00*	*21.666,67*	*$ 650.000,00*		
01/05/95	***31/05/95***	*30*	*650.000,00*	*21.666,67*	*$ 650.000,00*		
01/06/95	***30/06/95***	*30*	*650.000,00*	*21.666,67*	*$ 650.000,00*		

01/07/95	***31/07/95***	*30*	*650.000,00*	*21.666,67*	*$ 650.000,00*		
01/08/95	***31/08/95***	*30*	*650.000,00*	*21.666,67*	*$ 650.000,00*		
01/09/95	***30/09/95***	*30*	*650.000,00*	*21.666,67*	*$ 650.000,00*		
01/10/95	***31/10/95***	*30*	*650.000,00*	*21.666,67*	*$ 650.000,00*		
01/11/95	***30/11/95***	*30*	*649.997,00*	*21.666,57*	*$ 649.997,00*		
01/12/95	***31/12/95***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
Total días		*360*			*$ 8.029.997,00*	*$ 22.305,55*	***$ 669.166,42***

Año 1996

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/96	***31/01/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
01/02/96	***29/02/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
01/03/96	***31/03/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
01/04/96	***30/04/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
01/05/96	***31/05/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
01/06/96	***30/06/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
01/07/96	***31/07/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
01/08/96	***31/08/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
01/09/96	***30/09/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
01/10/96	***31/10/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
01/11/96	***30/11/96***	*30*	*1.000.000,00*	*33.333,33*	*$ 1.000.000,00*		
Total días		*330*			*$ 11.000.000,00*	*$ 33.333,33*	***$ 1.000.000,00***

Año 2001

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/01	***31/01/01***	*21*	*595.000,00*	*19.833,33*	*$ 416.500,0*		
01/02/01	***28/02/01***	*30*	*850.000,00*	*28.333,33*	*$ 850.000,0*		
01/03/01	***31/03/01***	*30*	*850.000,00*	*28.333,33*	*$ 850.000,0*		
01/04/01	***30/04/01***	*30*	*850.000,00*	*28.333,33*	*$ 850.000,0*		
01/07/01	***31/07/01***	*30*	*386.667,00*	*12.888,90*	*$ 386.667,0*		
01/08/01	***31/08/01***	*30*	*386.667,00*	*12.888,90*	*$ 386.667,0*		
Total días		*171*			*$ 3.739.834,0*	*$ 21.870,37*	***$ 656.111,23***

Año 2007

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/04/07	***30/04/07***	*30*	*2.800.000,00*	*93.333,33*	*$ 2.800.000,0*		
01/05/07	***31/05/07***	*30*	*2.800.000,00*	*93.333,33*	*$ 2.800.000,0*		

01/06/07	***30/06/07***	*30*	*2.800.000,00*	*93.333,33*	*$ 2.800.000,0*		
01/07/07	***31/07/07***	*30*	*2.800.000,00*	*93.333,33*	*$ 2.800.000,0*		
01/08/07	***30/08/07***	*30*	*2.800.000,00*	*93.333,33*	*$ 2.800.000,0*		
01/09/07	***30/09/07***	*30*	*2.800.000,00*	*93.333,33*	*$ 2.800.000,0*		
01/10/07	***31/10/07***	*30*	*2.800.000,00*	*93.333,33*	*$ 2.800.000,0*		
01/11/07	***30/11/07***	*30*	*2.800.000,00*	*93.333,33*	*$ 2.800.000,0*		
01/12/07	***31/12/07***	*30*	*2.800.000,00*	*93.333,33*	*$ 2.800.000,0*		
Total días		*270*			*$ 25.200.000,0*	*$ 93.333,33*	***$ 2.800.000,00***

Año 2008

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/08	***31/01/08***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/02/08	***29/02/08***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/03/08	***31/03/08***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/04/08	***30/04/08***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/05/08	***31/05/08***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/06/08	***30/06/08***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/07/08	***31/07/08***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/08/08	***31/08/08***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/09/08	***30/09/08***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/10/08	***31/10/08***	*30*	*2.860.000,00*	*95.333,33*	*$ 2.860.000,0*		
01/11/08	***30/11/08***	*30*	*2.958.000,00*	*98.600,00*	*$ 2.958.000,0*		
01/12/08	***31/12/08***	*30*	*2.958.000,00*	*98.600,00*	*$ 2.958.000,0*		
Total días		*360*			*$ 35.407.000,0*	*$ 98.352,78*	***$ 2.950.583,33***

Año 2009

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/09	***31/01/09***	*30*	*2.958.000,00*	*98.600,00*	*$ 2.958.000,0*		
01/02/09	***28/02/09***	*30*	*3.209.000,00*	*106.966,67*	*$ 3.209.000,0*		
01/03/09	***31/03/09***	*30*	*3.156.000,00*	*105.200,00*	*$ 3.156.000,0*		
01/04/09	***30/04/09***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/05/09	***31/05/09***	*30*	*2.959.000,00*	*98.633,33*	*$ 2.959.000,0*		
01/06/09	***30/06/09***	*1*	*414.000,00*	*13.800,00*	*$ 13.800,0*		
Total días		*151*			*$ 15.254.800,0*	*$ 101.025,17*	***$ 3.030.754,97***

Cálculo Toda la vida Laboral

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1989	294	4,580	69,80	15,240	$ 61.297,50	$ 934.184,66	$ 9.155.009,66
1990	213	5,780	69,80	12,076	$ 91.097,04	$ 1.100.099,23	$ 7.810.704,53
1991	120	7,650	69,80	9,124	$ 150.270,00	$ 1.371.090,98	$ 5.484.363,92
1992	242	9,700	69,80	7,196	$ 150.270,00	$ 1.081.324,33	$ 8.722.682,93
1994	347	14,890	69,80	4,688	$ 313.002,52	$ 1.467.265,01	$ 16.971.365,29
1995	360	18,250	69,80	3,825	$ 669.166,42	$ 2.559.332,38	$ 30.711.988,53
1996	330	21,800	69,80	3,202	$ 1.000.000,00	$ 3.201.834,86	$ 35.220.183,49
2001	171	43,270	69,80	1,613	$ 656.111,23	$ 1.058.390,66	$ 6.032.826,74
2007	270	61,330	69,80	1,138	$ 2.800.000,00	$ 3.186.694,93	$ 28.680.254,36
2008	360	64,820	69,80	1,077	$ 2.950.583,33	$ 3.177.271,16	$ 38.127.253,93
2009	151	69,800	69,80	1,000	$ 3.030.754,97	$ 3.030.754,97	$ 15.254.800,00
Total días	**2858**				**Total devengado actualizado a:**	**2009**	**$ 202.171.433,38**
Total semanas	**408,29**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 2.122.163,40**
Total Años	**7,89**					**Porcentaje aplicado**	**54%**
						Primera mesada	**$ 1.145.968,24**
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	**2009**	**$ 496.900,00**

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/01/09	31/12/09	7,67%	$ 1.145.968,00	0,00	$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 1.168.887,00	0,00	$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 1.205.941,00	0,00	$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 1.250.923,00	0,00	$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 1.281.446,00	0,00	$ 0,0
17/05/14	31/12/14	1,94%	$ 1.306.306,00	9,47	$ 12.366.363,5
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 1.354.117,00	14,00	$ 18.957.638,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 1.445.791,00	14,00	$ 20.241.074,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 1.528.924,00	14,00	$ 21.404.936,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 1.591.457,00	14,00	$ 22.280.398,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 1.642.065,00	14,00	$ 22.988.910,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 1.704.463,00	14,00	$ 23.862.482,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 1.731.905,00	14,00	$ 24.246.670,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 1.829.238,00	14,00	$ 25.609.332,0
01/01/23	**31/05/23**	13,12%	$ 2.069.234,00	5,00	$ 10.346.170,0
Total retroactivo				**$ 202.303.973,47**	

Así las cosas, deberá condenarse a COLPENSIONES a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 17 de mayo de 2014 y el 31 de mayo de 2023 a razón de 14 mesadas pensionales al año la suma de $202.303.973,47, valor respecto del cual habrá de autorizársele a la entidad a realizar los correspondientes descuentos en salud sobre el monto condenado, poniendo además de presente que la encartada deberá seguir pagando las mesadas pensionales a futuro y mientras subsistan las causas que le dieron origen a la invalidez del señor MIGUEL ALEJANDRO LATORRE SÁNCHEZ.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el asunto se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que el monto de la primera mesada pensional al 1º de julio de 2009 asciende a la suma de $1.145.968, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Con ocasión de lo anterior, **MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para en su lugar condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 17 de mayo de 2014 y el 31 de mayo de 2023 a razón de 14 mesadas pensionales al año la suma de $202.303.973 atendiendo las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, con la finalidad de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que del retroactivo causado efectúe los correspondientes descuentos en salud.

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

QUINTO SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral	1100131050 **07 2019 00697 01**
Demandante:	CLARA MILENA ROMAÑA AYA
Demandado:	SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y GOLD RH S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLARA MILENA ROMAÑA AYA promovió demanda ordinaria laboral en contra de SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y GOLD RH S.A.S.

Lo anterior, a fin de declararse con SALUD TOTAL E.P.S. S.A. la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 8 de octubre de 2013 y el 3 de abril de 2019, así como que la prestación personal de su servicio fue con ocasión de una intervención ilegal con la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM CTA y la persona jurídica GOLD RH S.A.S. de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del C.S.T., de allí

que los dineros pagados por concepto de medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte y auxilio no salarial de reconocimiento de equipos productivos realmente eran comisiones que retribuían su labor como Asesora Comercial, por lo que se consideran salario.

Se declare que no le fueron canceladas acreencias laborales en su totalidad tales como primas, el salario realmente percibido, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, al igual que lo que no fue tenido en cuenta como factor constitutivo de salario debe reliquidarse para efectos salariales y demás pretensiones, siendo su último salario equivalente a $1.579.501.

Como pretensiones principales condenatorias solicitó el pago en contra de SALUD TOTAL E.P.S. S.A. de la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, aportes a salud y pensión, condena a razón de la sanción por la no consignación de la totalidad de las cesantías, sanción por el no pago total de intereses a las cesantías, indemnización moratoria por el no pago oportuno de la totalidad de salarios y prestaciones sociales, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

En el caso de que no se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada SALUD TOTAL E.P.S. S.A., se declare que los dineros pagados por GOLD RH S.A.S. en calidad de empleadora por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 2014 y el 3 de abril de 2019 a razón de medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte y auxilio no salarial de reconocimiento de equipos productivos, realmente eran comisiones que retribuían su labor como Asesora Comercial a favor de SALUD TOTAL E.P.S. S.A., por lo que se consideran salario.

Por consiguiente, se declare que el último salario devengado fue la suma de $1.579.501 que corresponde al salario básico junto con el promedio de las comisiones pagadas durante los últimos 12 meses de trabajo, sin que le fuesen pagadas primas de servicios sobre el salario realmente devengado, como tampoco vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, aportes a salud y pensión. También se declare solidariamente responsable a GOLD RH S.A.S. y SALUD TOTAL E.P.S. S.A. en aplicación de los artículos 34 y 35 del C.S.T.

Con ocasión de lo anterior, se condene a GOLD RH S.A.S. y solidariamente a SALUD TOTAL E.P.S. S.A., pagar reliquidación por concepto de primas, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a salud y pensión, sanción por la no consignación de las cesantías, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, indemnización moratoria por el no pago oportuno de la totalidad de salarios y prestaciones sociales, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que SALUD TOTAL E.P.S. S.A. antes del año 2003 vinculó a sus asesores laboralmente, al igual que en el año 2004 dicha EPS suscribió contrato comercial con la Cooperativa de Trabajo Asociado COLABORAMOS, con la finalidad que esta última realizara el proceso de afiliación de usuarios del Plan Obligatorio de Salud, actividad que vino cambiando de cooperativas hasta la denominada TALENTUM desde el año 2008.

Que por ello, el 8 de octubre se le contrató por parte de la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM para realizar actividades de Asesora Comercial del POS ofertado por SALUD TOTAL E.P.S. S.A. hasta el 3 de abril de 2019, desempeñado un horario de trabajo de lunes a viernes desde las 7:00 a.m.

hasta las 6:00 p.m., desarrollando sus actividades en todo momento al servicio de SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y no a TELENTUM.

Expuso que por la prestación de sus servicios con destino a SALUD TOTAL E.P.S. S.A., TALENTUM le pagó una remuneración denominada compensación ordinaria equivalente a un S.M.L.M.V. que se actualizaba anualmente, al igual que por cada afiliación que llevara a cabo al POS para SALUD TOTAL E.P.S. S.A., la cooperativa en comento también le canceló una suma en dinero denominada auxilio o subsidio de transporte no salarial, sobre el cual no se les pagaron primas, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías y aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión.

Asimismo, expuso que la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM fue creada en la anualidad 2004, y en las mismas instalaciones que SALUD TOTAL E.P.S. S.A., al igual que los medios de producción de la cooperativa eran de propiedad de la EPS con ocasión de la suscripción de un contrato de comodato.

Que los directivos de SALUD TOTAL E.P.S. S.A. ejercieron control legal y jurídico sobre TALENTUM, al igual que el acuerdo cooperativo que ella desarrolló con TALENTUM estuvo vigente hasta el 13 de enero de 2014 ante la presunta finalización por mutuo acuerdo; sin embargo, ello sucedió con ocasión de la formalización laboral acordada entre TALENTUM, SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y GOLD RH S.A.S. suscrito ante el MINISTERIO DEL TRABAJO el 9 de mayo de 2014.

Explicó que, debido a la formalización laboral, fue por lo que el 14 de enero de 2014 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con GOLD RH S.A.S. para desempeñarse como Asesora Comercial, donde siguió realizando la misma función en favor de SALUD TOTAL E.P.S. S.A., el cual estuvo vigente hasta 3 de abril de 2019, pero aún a así no fue contratada directamente con la EPS encartada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SALUD TOTAL E.P.S. S.A. contestó la demanda manifestando que con la demandante nunca existió contrato de trabajo, como tampoco algún elemento subordinante que las atara.

En lo que atañe a la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM, manifestó que no ha tenido injerencia alguna en su constitución, exponiendo igualmente que lo que sí se presentó fue un contrato de comodato dentro del marco de lo estatuido en el artículo 8º del Decreto 4588 de 2006.

Frente al acuerdo de formalización laboral, refirió que únicamente lo coadyuvó con base en lo establecido en la Ley 1610 de 2013, puntualizando que en lo que respecta a GOLD RH S.A.S., tampoco ejerció subordinación frente a la demandante.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad, buena fe, mala fe del demandante – temeridad, cobro de lo no debido – inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y la innominada.

GOLD RH S.A.S. por su parte adujo que es una persona jurídica distinta y autónoma de SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y de la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM, así como que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandante a partir del 1º de enero de 2014, el cual finalizó el 3 de abril de 2014, donde en todo momento le fueron canceladas las acreencias laborales a las que tenía derecho, sin que se hubiese presentado una intermediación laboral ilegal, tercerización o la figura del simple intermediario.

Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, mala fe del demandante, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción,

compensación, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, genérica y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de junio de 2022 declaró que entre la demandante señora CLARA MILENA RIOMAÑA AYA y SALUD TOTAL E.P.S. S.A. existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 2014 y el 3 de abril de 2019, declarando a su vez que el incentivo denominado medio de transporte pagado a lo largo del vínculo laboral tiene el carácter de factor salarial.

Declaró la existencia de solidaridad entre SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y GOLD RH S.A.S., condenándolas al reconocimiento y pago a razón de reliquidación sobre las siguientes acreencias laborales: cesantías $1.678.100; intereses a las cesantías $1.117.558; primas de servicio $2.818.425; vacaciones $2.764.145; indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del c.s.t. la suma de $52.650 diarios a partir del 3 de abril de 2020, suma que arroja de $37.908.024, y a partir del mes 25, es decir, del 4 de abril de 2020, deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima que certifique la superintendencia; por concepto de sanción por no consignación de cesantías por valor de $27.524 diarios por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2015 y el 3 de abril de 2019, para un total de $41.012.200.

Seguidamente, condenó a SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y solidariamente a GOLD RH S.A.S., reliquidar los aportes a pensión sobre toda la relación laboral de la demandante, tomando como último salario la suma de $1.579.501, previo cálculo actuarial que deberá efectuar la administradora pensional donde se encuentre afiliada la actora, absolviéndolas de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* en primer lugar no ser objeto de reproche la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y GOLD RH S.A.S.

Seguidamente, que tratándose de empresas de servicios temporales se rigen de conformidad con lo establecido en los artículos 71 y 77 de la Ley 50 de 1990, adicional a que no pueden actuar como simples intermediarias, puesto que en caso de hacerle se convierten en responsables solidarios frente a las obligaciones laborales de los trabajadores, así como que el Decreto 1072 de 2015 regula las formas de contratación bajo la figura de intermediación laboral.

Adujo que la actividad de mercadeo o captación de clientes o posibles beneficiarios de los planes obligatorios de salud ofrecidos por SALUD TOTAL E.P.S. S.A. como actividad principal de su objeto social, pertenecían a la misma actividad que ejercía el trabajador desde el inicio de su vinculación laboral, lo que significa a su vez que a pesar de que no existió una vinculación directa con la entidad promotora de salud sino a un proceso que presuntamente fue tercerizado, mantuvo las mismas funciones de manera habituada y sin solución de continuidad, existiendo así coincidencia entre las funciones que desplegó el demandante.

De igual manera, sostuvo que GOLD RH S.A.S. actuó como intermediaria para la comercialización, captación de clientes de la EPS, pero sin que se acreditase dentro del proceso que la referida GOLD RH S.A.S. cumpliera los requisitos establecidos en el Decreto 1485 de 1994, esto es, que se tratara de una institución de carácter financiera o aseguradora, ambas vigiladas por la Superintendencia Financiera, tan es así que la misma norma regula que la EPS en caso de contratar otro tipo de personas jurídicas, debe hacerlo bajo su exclusiva responsabilidad, sin delegar ninguna tercerización; circunstancia

por la cual, declaró a SALUD TOTAL E.P.S. S.A. como verdadera empleadora y simple intermediaria y solidariamente responsable a GOLD RH S.A.S.

Que teniendo en cuenta el pago constitutivo de salario según lo establecido en el artículo 127 del C.S.T. y lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los porcentajes y comisiones de venta que le fueron pagados a la demandante sí constituían salario, en la medida que tienen como finalidad remunerar en forma directa el trabajo, y si bien dichos porcentajes o comisiones de venta fueron denominados como medios de transporte, lo cierto es que se supeditaban a las ventas que realizara la actora con ocasión del volumen de afiliaciones que llevara a cabo para beneficio de SALUD TOTAL E.P.S. S.A.

Frente a la excepción de prescripción, adujo que teniendo en cuenta el término trienal establecido en el artículo 488 del C.S.T., en concordancia con lo regulado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., el contrato de trabajo de la demandante finalizó el 3 de abril de 2019, siendo sometida la demanda a reparto el 4 de octubre de esa misma anualidad, calenda última en que se interrumpió el fenómeno prescriptivo, por lo que se encuentran prescritos los derechos anteriores al 3 de abril de 2016.

Que sobre los derechos objeto de condena, la demandante predica en la demanda que el verdadero salario que devengaba era la suma de $1.579.501, correspondiente al salario básico más el promedio de comisiones y demás factores salariales, suma que en efecto incluyó el valor de las comisiones por ventas que era cancelado a razón de incentivo de transporte, por lo que existió una diferencia en la liquidación final de sus derechos laborales en cesantías de $1.678.100, intereses a las Cesantías $1.117.558, primas de Servicio $2.818.425 y vacaciones $2.764.145.

En lo que corresponde a la indemnización por despido sin justa causa, absolvió sobre dicha súplica bajo el argumento que la propia demandante indicó en el interrogatorio de parte rendido que el finiquito sucedió por voluntad propia en virtud de asuntos de carácter personal.

Respecto de la indemnización moratoria, arguyó su imposición bajo el entendido que las encartadas no revistieron de buena fe las conductas para la vinculación y ejecución del contrato de trabajo de la demandante, disfrazándose así el vínculo contractual a través de una cooperativa de trabajo asociado inicialmente como intermediaria, para posteriormente utilizarse a GOLD RH S.A.S. como intermediaria para efectos de ocultarse la vinculación directa de la señora CLARA MILENA ROMAÑA AMAYA con SALUD TOTAL E.P.S. S.A., siendo que GOLD RH S.A.S. no cumplía con el requisito que las normas específicas establecen para hacer la intermediación en la comercialización de los productos de la EPS, dado que la misma ley exige que se traten de entidades financieras o seguros, situación que no cumplió la mentada GOLD RH S.A.S., fulminando esta condena a razón de un día de salario por cada día de mora a partir del día siguiente de la relación laboral y por 24 meses, de allí que coligiera que hasta el 3 de abril de 2020 la indemnización arrojó un total de $37.908.024, para que a partir del primer día del mes 25, esto es, el 4 de abril de 2020, condenara al pago de intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera.

En lo que concierne al pago de aportes al sistema de seguridad pensiones, refirió que tales rubros gozan de imprescriptibles e irrenunciabilidad, por lo que ordenó su pago mientras estuvo vigente la relación laboral, teniendo en cuenta como último salario la suma de $1.579.501, previo cálculo actuarial que realice la administradora pensional a la cual se encuentra afiliada la demandante.

Manifestó que, sobre la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, las cesantías del año 2014 que debieron ser consignadas en la anualidad 2015, tomando como base salarial el año 2014 más la adición de su salario por comisiones, lo cual arroja una sanción de $27.524 diarios que se causan desde el 15 de febrero de 2015 hasta la fecha de terminación de la relación laboral, es decir, el 3 de abril de 2019, monto que arroja una condena total de $41.012.200.

Expuso que debe tenerse en cuenta la compensación, como quiera que la demandante sí percibió sumas de dinero por los conceptos objeto de condena, pero con valores inferiores a los realmente devengados, de allí que las condenas únicamente se realicen por el valor de las diferencias ya determinadas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión GOLD RH S.A.S. la apeló. Argumentó en su alzada que se interpretó de manera errónea lo atinente a la solidaridad declarada respecto de SALUD TOTAL E.P.S. S.A., como quiera que las actividades de esta última son diferentes y ajenas, lo que no da cabida a lo estatuido en los artículos 34 y 35 del C.S.T.

Que existió la posibilidad de que SALUD TOTAL E.P.S. S.A. pudiera realizar un convenio para contratar personal que se dedique a la actividad de afiliación y promoción de la EPS, ya que de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, la actividad misional de las entidades promotoras de salud es la prestación del Plan Obligatorio de Salud, lo que conllevó a que lo contratado fuese el servicio de afiliación, el cual no hace parte de su actividad misional.

Que si bien es cierto que el *a-quo* estableció que SALUD TOTAL E.P.S. S.A. no es una entidad aseguradora ni de cumplimiento de vigilancia, la interpretación

realizada en este aspecto es equivocada atendiendo que las normas pertinentes no restringen que por su objeto social no se pueda llevar a cabo lo acordado con esa EPS, tanto así que las Altas Cortes han permitido la tercerización, más aún si con la demandante no se celebró contrato de trabajo distinto al regulado por el C.S.T.

Que el acuerdo de formalización laboral fue un proceso acompañado por el MINISTERIO DEL TRABAJO, inclusive una vez se realizó el proceso en el año 2014 y su seguimiento en el año 2016, se estableció claramente por el ente ministerial de que no existía violación alguna de derechos para los trabajadores que habían sido vinculados.

Finalmente, adujo que, en lo atinente a los pagos no salariales, para la fecha de los hechos estaba establecido jurisprudencialmente que las partes podían desalarizar cualquier aspecto, así fueran permanentes, adicional a que los medios de transporte no constituían salarios para ningún efecto.

SALUD TOTAL E.P.S. S.A. deprecó en su alzada la revocatoria atinente a la existencia de un contrato de trabajo, así como la incidencia salarial de los denominados medios de transporte que le reconoció la empleadora de la demandante que lo fue GOLD RH S.A.S. en ejercicio de sus funciones, como quiera que el fallador de instancia ni siquiera estudió la intermediación laboral ilegal; por el contrario, lo que se logró demostrar fue la figura de un contratista independiente, es decir, una persona que se encarga de un proceso con sus propias herramientas y desarrollo, bajo su propio riesgo.

Que tampoco se analizó que la demandante confesó en el interrogatorio de parte rendido que de manera libre y voluntaria efectuó una vinculación a la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM, conociendo los regímenes asociativos y de compensaciones y que la organización de la cooperativa era autogestionaria.

Reiteró que frente al contrato de trabajo que suscribió la demandante con GOLD RH S.A.S. se llevó a cabo bajo la figura de contratista independiente, sin que existiera por parte de la EPS alguna subordinación para con la actora.

Que el artículo 18 del Decreto 1485 de 1994 no limita cuáles son las entidades con las cuales se puede llevar a cabo el proceso de las afiliaciones, por lo que era clara la posibilidad de la intermediación laboral con GOLD RH S.A.S.

Frente a los medios de transporte, expuso que de las documentales que se aportaron a la contestación de la demanda, se puede apreciar sin dubitación alguna que tal rubro no era una comisión; por el contrario, esos medios de transporte se otorgaban con la finalidad de desarrollar las actividades de post venta, mantenimiento de clientes, entrega de carnets, entre otros, de lo que se puede colegir que no era un rubro para el simple enriquecimiento de la demandante como una contraprestación directa del servicio, sino un emolumento destinado a mejorar el desempeño de las funciones a desarrollar, sin que tampoco se hubiese tenido en cuenta que la actora suscribió un otrosí en el cual recibió comisiones y que sirvieron de base para liquidar el contrato de trabajo por GOLD RH S.A.S., lo que conlleva a que no haya lugar a ninguna reliquidación salarial.

Arguyó que también existe un error en la condena por la sanción preceptuada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, puesto que el *a-quo* la tuvo en cuenta desde el 15 de febrero de 2015; no obstante, el término trienal de prescripción que fue declarado parcialmente se dio el 3 de abril de 2016, lo que conlleva a que lo declarado con anterioridad a esta última calenda se encuentre prescrito.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin existir causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución de los planteamientos expuestos en los recursos de apelación formulados por las encartadas, la Sala habrá de determinar primeramente la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y SALUD TOTAL E.P.S. S.A., así como la solidaridad que fue determinada en primera instancia entre ésta y GOLD RH S.A.S.

De salir avante lo anterior, la Sala deberá auscultar si goza con vocación de prosperidad lo atinente a la reliquidación salarial también definida en primera instancia ante los conceptos que el fallador de instancia determinó como constitutivos de salario, junto con el pago de la sanción por la no consignación de las cesantías.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos precedidos, es menester que la Sala exponga en primer lugar que la demandada SALUD TOTAL E.P.S. S.A. arguyó en el recurso de alzada la existencia de un acuerdo cooperativo existente entre la aquí demandante señora CLARA MILENA ROMAÑA AYA y la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM, así mismo que la actora expuso dentro de los supuestos fácticos de la demanda haber existido vinculación laboral con esa cooperativa. No obstante, el período declarado es el atinente al que se generó con ocasión del contrato de trabajo que suscribiera con GOLD RH S.A.S.

Así, resulta pertinente que la Sala ponga de presente que no fue objeto de reproche que entre la actora y la demandada GOLD RH S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 3 de abril de 2019, como así lo demuestra la copia del contrato de trabajo que celebraran las partes, copia de la liquidación final de prestaciones sociales y la certificación laboral expedida por GOLD RH S.A.S. (Fls. 248 a 255, 256 a 260, 262, 494 a 508, 595 a 602, 603 a 613, 713, 714 a 728 – PDF 01 CUADERNO FÍSICO).

d. De los contratistas independientes y el simple intermediario:

Así las cosas, en tratándose de la resolución que gravita en torno a auscultar si SALUD TOTAL E.P.S. S.A. fue la verdadera empleadora de la demandante (tercerización laboral), en tanto, se arguye que en todo momento la actora desempeñó sus servicios a esta, independientemente de que hubiese suscrito un contrato de trabajo a término indefinido con GOLD RH S.A.S., ha de destacarse la razonabilidad conceptual entre simple intermediario y contratista independiente.

Menester resulta entonces, exponer que el artículo 35 del C.S.T., en tratándose de la simple intermediación, determinó:

> *"1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*
>
> *2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. (…)"*

En lo atinente a este aspecto, sostuvo la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia de 27 de octubre de 1999, Radicación 12187, lo siguiente:

> *"Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo trascrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:*
>
> *"a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.*
>
> *"b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario "representante" del empleador."*

En contraposición de lo anterior, el artículo 34 del C.S.T. define a los contratistas independientes como:

> *"En contraposición a lo anterior, el artículo 34 define a los contratistas independientes de la siguiente forma:*
>
> *"1. Son contratistas independientes y, por tanto,* ***verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios****, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. (…)"*

En tales términos, su obligación no consiste en el suministro de personal, sino en lograr, por su cuenta y riesgo y a cambio de un precio, el objeto

contractualmente definido con el dueño de la obra. De forma que, en este orden de ideas, su actividad no es la intermediación laboral, sino la realización de actividades especializadas que le permiten construir una determinada obra o prestar cierto servicio.

Ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema que, por su esencia, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, contempla dos relaciones jurídicas, a saber: una entre el beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta; y otra entre este contratista independiente y los trabajadores que utiliza para tal fin. Las dos relaciones, a no dudarlo, son disímiles en su origen, objeto, causa, finalidad, naturaleza y partes que la integran. La primera es de naturaleza civil o comercial, en tanto que la segunda es laboral.

En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es empleador en términos formales o reales con respecto de los trabajadores vinculados por el contratista y adscritos al objeto contractual, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a ellos, de suerte que solo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio, por lo que, de presentarse, conforme al artículo 34 del C.S.T., responderá únicamente de manera solidaria, pero en manera alguna tomará la calidad de empleador.

Así, y pese a encontrarse diferenciadas ambas figuras jurídicas en la norma sustancial, puede presentarse confusión frente a cuál de ellas es la que regula una relación de trabajo, más si se tiene en cuenta que ambas poseen consecuencias legales disímiles para el beneficiario del servicio, por lo que, ha de ser el juzgador quien determine, con base en los elementos probatorios y las circunstancias específicas de cada caso, la figura aplicable como así lo estableció el Órgano de cierre en la sentencia del 27 de octubre de 1999 con Radicación No. 12187, reiterada en sentencia SL868-2013, Radicación No. 56580 del 13 de noviembre de 2013, donde expuso:

"Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, ***sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario****, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas."*

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4159-2022, Radicación No. 91802 del 21 de noviembre de 2022, esbozó definiciones de ambas figuras, inclusive interpretó las circunstancias en las que se incurre en una tercerización laboral; al respecto manifestó:

"Sobre el particular, la jurisprudencia ha precisado:

1) Que el contratista independiente es quien, mediante un contrato civil o comercial, se compromete a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de otra persona, asumiendo los riesgos de la función y ejecutándola con sus propios medios y autonomía operacional, pudiendo para ello, contratar trabajadores «sobre los cuales es su verdadero empleador».

2) Que el simple intermediario no es un empleador, porque contrata personal a nombre de otra persona para ejecutar trabajos en beneficio, por cuenta exclusiva de un patrono. Además, que si éste oculta su calidad o el nombre del sujeto que se sirve de la labor subordinada, será un responsable solidario.

3) ***Que la condición de empleador la tiene quien tiene la potestad de subordinación, motivo por el cual, a la luz del principio de primacía de la realidad, si el contratista independiente no es quien la detenta, no podrá atribuírsele esa condición, sino la de intermediario.***

Efectivamente, frente a lo primero, la Sala ha señalado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL4479-2020 con referencia en la CSJ SL467-2019, que el contratista independiente es un «empresario proveedor» que con «capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción», ejecuta el servicio contratado por su cuenta y riesgo.

Por lo anterior, la Corporación también ha connotado, entre otras, en la decisión CSJ SL3774-2021 que, aunque bajo específicas condiciones, el beneficiario de esa actividad puede ser deudor solidario del pago de las obligaciones laborales que se causen a cargo del primero.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL3774-2021 al memorar las decisiones CSJ SL7789-2016 y CSJ SL3718-2020, en punto de la solidaridad que puede emerger entre el contratista independiente y el dueño de la obra, se puntualizó que:

No se trata de otorgarle [la] calidad [de] (empleador) al beneficiario del servicio, sino de prever una garantía frente a los trabajadores. Es claro que el empleador es el contratista independiente, y el dueño de la obra tan solo funge como garante de éste para efectos laborales, salvo cuando se trate de actividades extrañas a sus labores normales [...]

De otra parte, en relación con lo segundo, se tiene que la Sala también ha insistido que los intermediarios no son empleadores, sino sus representantes, según se dijo en la sentencia CSJ SL, 27 oct. 1999, rad. 12187, reiterada en las CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 30653 y CSJ SL868-2013, al referir:

[…] en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

"a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

"b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario.

***Ahora, frente a lo tercero, la Corte ha adoctrinado, con importancia para el caso, por ejemplo, en las decisiones CSJ SL4479-2020, CSJ SL3436-2021 y CSJ SL4162-2021 que, si el contratista independiente no actúa como tal, bien porque carece de estructura productiva propia y/o los trabajadores no están bajo su subordinación, aquél será un simple intermediario**.*

Lo último pues si bien es cierto, la tercerización laboral, entendida como un modo de organización de la producción, en virtud del cual se hace un encargo a otros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo es legítima, también lo es, que cuando se aleja de las razones objetivas, técnicas y productivas por las que ha sido concebida, pierde su licitud.

En efecto, al tenor de lo explicado en la sentencia CSJ SL467-2019, mediante el outsourcing o externalización de procesos en comento es posible que el empresario se concentre en las actividades del negocio principales y descentralice las labores de apoyo que no le producen lucro o acceda a proveedores que, por su especialización, le ofrezcan servicios a costos más reducidos de los que le implicaría asumir la función directamente, empero, en ese contexto, nunca podrá ser utilizada como una herramienta que atente contra los principios del derecho laboral del artículo 53 de la CP.

Así las cosas, la contratación de terceros para que se ocupen de partes del proceso productivo en una determinada empresa, no permite la aceptación de relaciones deslaboralizadas o que eviten la vinculación directa con el empleador, para debilitar la capacidad de acción individual o colectiva del subordinado.

Bajo esos parámetros jurídicos, la Corte en la sentencia CSJ SL4479-2020, apuntó que:

[...] no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas."

Bajo este escenario, de las pruebas de carácter documental acreditadas al plenario, se aprecia que entre SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y GOLD RH S.A.S. el 1º de enero de 2014 se suscribió contrato de mandato, donde la primera fue la mandante mientras que la segunda la mandataria, por medio del cual la EPS le otorgó a la referida GOLD RH S.A.S. el encargo de promocionar las afiliaciones al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud previo proceso comercial, consistente en estudio de mercado, realización de actividades de comunicación, promoción y venta de productos y servicios derivados del

mencionados sistema, al igual del ofrecimiento de portafolio de los planes de salud a través de personas capacitadas e idóneas para la efectivización del procedimiento (Fls. 494 a 508 y 515 a 524 – PDF 01 CUADERNO FÍSICO).

Con ocasión de lo anterior, en principio guarda plena congruencia el fin mediante el cual se le contrató a la demandante por parte de GOLD RH S.A.S. a partir del 1º de enero de 2014, toda vez que su labor se encontraba supeditada a las instrucciones y demás parámetros que GOLD le impartiera con ocasión del contrato de mandato que se había suscrito entre ésta y SALUD TOTAL E.P.S. S.A.

Adicionalmente, atendiendo la suscripción mandataria, las llamadas a juicio el mismo 1º de enero de 2014 suscribieron un contrato de comodato, cuyo objeto era que SALUD TOTAL E.P.S. S.A. entregaría a título de comodato bienes a GOLD RH S.A.S., los cuales consistían en una entrega locativa a nivel nacional (Fls. 509 a 514 y 515 a 524 – PDF 01 CUADERNO FÍSICO).

Con este entendimiento, inicialmente podría determinarse que las escenas jurídicas en que incurrieron SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y GOLD RH S.A.S. se encuentran ajustadas a derecho para que la última referida se pudiera entender como contratista independiente para con la demandante a la luz de las prerrogativas de que trata el artículo 34 del C.S.T., pues fue quien mediante contrato de mandato suscrito con SALUD TOTAL E.P.S. S.A. se obligó con esta última a prestar el servicio referente a la promoción de afiliaciones en salud a través de ciertos factores tales la venta, de allí la contratación de la señora CLARA MILENA ROMAÑA AYA.

No obstante, atendiendo los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para la identificación de los roles que deben continuarse para el hilo conductor de contratista independiente de GOLD RH S.A.S., a juicio de la Sala el mismo fue quebrantado al lograr acreditar

la demandante que en efecto existió el elemento subordinante por parte de la EPS.

Al respecto, nótese que las declaraciones rendidas por las señoras ANA MERCEDES APONTE JIMÉNEZ y BIBIANA VILLAMIL, personas quienes laboraron como asesoras comerciales bajo la misma connotación de la demandante, la primera laboró desde antes del ingreso de la actora que lo fue en el año 2014 hasta la anualidad 2016, mientras que la segunda desde el año 2006 hasta el año 2018, fueron contestes en indicar que desarrollaron su actividad dentro de las instalaciones de SALUD TOTAL E.P.S. S.A. en la Ciudad de Bogotá, tan es así que portaron vestimenta, carné, logos e implementos de la entidad promotora de salud en todo momento, adicional al hecho que para ingresar a las instalaciones de la entidad promotora de salud debieron hacer uso de huella digital para el registro tanto al ingreso como a la salida, de lo que se colige inicialmente un primer elemento subordinante.

De otra parte, ambas declarantes fueron congruentes en indicar sin motivo de duda, que la encartada SALUD TOTAL E.P.S. S.A. gozaba de una Gerente de la Sucursal Bogotá de nombre SONIA GROSO, quien coordinaba reuniones, eventos, entre otros aspectos destinados a las supervisiones e inspecciones derivadas de las afiliaciones al Plan Obligatorio de Salud que debía desarrollar cada trabajadora que se desempeñaba como Asesora de Ventas, así como que era la encargada de efectuar distintas planeaciones para llevar a cabo las posibles suscripciones de los potenciales afiliados a la entidad promotora de salud, siendo así la encargada de la inspección y vigilancia de las afiliaciones o suscripciones que propiamente debía desarrollar como contratista independiente GOLD RH S.A.S.

En tal sentido, puede concluirse que no fue desvirtuado en ningún momento por las demandadas GOLD RH S.A.S. y SALUD TOTAL E.P.S. S.A. el elemento subordinante por parte de la EPS para con la demandante, en la medida de que

las mismas no aportaron prueba diferente a los contratos de mandato y comodato que demostraban la presunta contratación de servicios civiles en legal orden, pero sin acreditar al plenario la forma como se ejecutaba dicha modalidad contractual, sumado a que SALUD TOLAL E.P.S. S.A. aportó la declaración del señor JAIRO LADINO, sujeto que entre el año 2007 y el 2018 fue el Gerente y Liquidador de persona jurídica distinta a la entidad promotora de salud como lo fue la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM, testimonio que en nada advierte acerca de la carencia del elemento subordinante que debió probar.

En este punto, pertinente resulta destacar que a pesar que las declaraciones de las señoras ANA MERCEDES APONTE JIMÉNEZ y BIBIANA VILLAMIL fueron objeto de tacha de sospecha por presentar cada una demanda ordinaria sobre los mismos aspectos que aquí nos ocupa, a juicio de este cuerpo Colegiado sus dichos fueron manifestados con plena espontaneidad y sin indicios de revertirse sospechosos, más aún si fueron personas que desempeñaron el mismo rol que la demandante, rol que no se refutó por ninguna de las encartadas.

Entonces, los anteriores aspectos enrostran a la Sala que al haber ejercido funciones subordinantes SALUD TOTAL E.P.S. S.A. frente a la señora CLARA MILENA ROMAÑA AYA, fue esta quien fungió como verdadera empleadora a la luz de la primacía de la realidad sobre las formalidades según los preceptos del artículo 53 Constitucional y 22, 23 y 24 del C.S.T., por el mismo interregno que se le contrató por parte de GOLD RH S.A.S. comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 3 de abril de 2019, toda vez que lo que se produjo fue una tercerización por cuanto lo que se probó fue la subordinación ejercida por la EPS a través de la presunta suscripción de los contratos de mandato y comodato, sin pasar por alto que la actividad desarrollada por la actora fue en todo momento dentro de las instalaciones de SALUD TOTAL E.P.S. S.A. como se

consignó en los relacionados contratos civiles, incluso lo confesado por su Representante Legal en el interrogatorio de parte rendido.

Lo anterior, conlleva a su vez que al convertirse SALUD TOTAL E.P.S. S.A. en el verdadero empleador de la demandante, por cuanto GOLD RH S.A.S. no probó a la luz del artículo 167 del C.G.P. existir medios de convicción que demostraran la forma de cómo se llevaba a cabo el proceso de contratista independiente, es precisamente GOLD RH S.A.S. quien se convierta en simple intermediario según las reglas jurisprudenciales emanadas por el órgano de cierre y, por consiguiente, solidario de las responsabilidad según los preceptos del artículo 34 del C.S.T.

Al unísono, pertinente resulta indicar que la demandada GOLD RH S.A.S. en su recurso de alzada indicó existir una legalidad en la contratación que realizara a la demandante en atención del Acuerdo de Formalización Laboral que se suscribiera ante el MINISTERIO DEL TRABAJO el 9 de mayo de 2014, donde SALUD TOTAL E.P.S. S.A. aceptó la suscripción de un contrato de prestación de servicios asistenciales para la oferta de servicios de salud (Fls. 102 a 112 y 582 a 593 – PDF 01 CUADERNO FÍSICO); tal situación no puede ser entendida como válida para desatender los preceptos legales que rigen la materia frente a la indebida tercerización laboral, tan es así que el mismo acuerdo de formalización laboral exigió el compromiso de no incurrir en formas de intermediación y tercerización laboral, aspecto que no atendieron las demandadas teniendo en cuenta las razones hasta aquí anotadas, por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse, pero de conformidad con las consideraciones expuestas.

e. De los pagos constitutivos de factor salarial a efectos de gozar de prosperidad la reliquidación salarial:

A pesar de que el fallador de instancia al momento de formular condena sobre estos conceptos, no distinguió ni discriminó en forma detallada cuáles eran los pagos que se pretendían por la demandante como factor constitutivo de salario, la Sala aborda lo concerniente, para lo cual palmario resulta que dentro de sus pretensiones persigue la reliquidación salarial a razón de los pagos efectuados durante toda la relación laboral denominados (i) *medios de transporte*, (ii) *auxilio no salarial para medios de transporte* y, (iii) *auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos*.

Al respecto, en lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

"CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

"Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

"Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior ***, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido.*** *De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.*

"[…]

"LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

"El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

"La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

"Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como

contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

"[…] Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

"[…]

"LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

"Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Para analizar el asunto, se procede a verificar la cláusula tercera del contrato de trabajo suscrito por la demandante y la demandada GOLD RH S.AS. el 1º de enero de 2014 (Fls. 248 a 255 y 714 a 728 – PDF 01 CUADERNO FÍSICO), donde se señala:

"TERCERA, MEDIOS DE TRANSPORTE, EL EMPLEADOR reconoce a y pagará en favor de EL (LA) TRABAJADOR(A) como medios de transporte los gastos de transporte que en la gestión de afijación efectiva realice, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos, para, diligenciar formularios; para entrega de carnets, para asesoría de producto, entre otras actividades conexas, y en las fechas de corte dispuestas; las sumas sobre, cada-cotizante que cumplan las siguientes condiciones a saber: a) Que las afiliaciones sé hagan en aquellas ciudades y municipios en donde el cliente tenga red de

prestadores de servicios activo. b) Que las afiliaciones se efectúen a trabajadores independientes, dependientes o pensionados de personas jurídicas debidamente constituidas y registrada legalmente, con Número de Identificación Tributaria asignado (NIT), y que sea de carácter privado. Las condiciones de este literal deberán cumplirse conjunta y no optativamente. Si se trata de afiliación de trabajadores independientes, afiliados a través de agrupadora, el medio de transporte solamente se generará, si la afiliación y pago de la autoliquidación se efectúan a través de una entidad agrupadora debidamente constituida como persona jurídica y con Número de Identificación Tributaria asignado (NIT), autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, y debidamente autorizada por la Vicepresidencia de Mercadeo y Ventas o quien haga sus veces, c) Correcto diligenciamiento de todos los formularios del periodo, d) Que la asignación de IP.S primaria y A.R.L se haya efectuado mediante el diligenciamiento del espacio correspondiente en el formulario de inscripción; e) Anexos legales y contractuales debidamente radicados; f) Pago, por parte del cotizante de la correspondiente cotización o aporte previo, por la totalidad de los días del mes respectivo; g) Compensación efectuada ante el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA, la cual debe haberse efectuado por mes completo, lo cual solo sucede en el evento en que la cotización se efectúe por los 30 días del respectivo mes PARAGRAFO PRIMERO: Estos medios de transporte únicamente se pagarán una vez, por afiliación de cada cotizante, independientemente de las renovaciones de la afiliación inicial que los afiliados realicen posteriormente. PARAGRAFO SEGUNDO: En el evento en el cual EL EMPLEADOR pague a EL(LA) TRAABAJADOR(A), medios de transporte por un usuario que haya compensado, y al mes siguiente dicho usuario sea reportado por FOSYGA como multi-afiliado, EL(LA) TRABAJADOR(A) queda obligado a devolver el valor correspondiente al medio de transporte pagado por dicho usuario compensado. Así las cosas, EL EMPLEADOR queda desde ahora expresamente facultada para descontar este valor de los medios de transporte que posteriormente sean pagados al asesor. PARAGRAFO TERCERO: CARÁCTER NO SALARIAL. Las partes de manera expresa reconocen y aceptan que los beneficios y/o auxilios mencionados en la presente cláusula no constituyen salario y que por lo tanto no se tendrán en cuenta como base para efectos de liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra acreencia laboral a cargo de EL EMPLEADOR y en favor de EL(LA) TRABAJADOR(A), que de conformidad con la ley laboral, deba calcularse con base en el salario devengado por EL(LA) TRABAJADOR(A) y de conformidad con lo establecido por los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, norma subrogada por los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 ni para la liquidación de aportes al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales."

De acuerdo a lo expuesto en precedencia, si bien se puede colegir que desde la misma suscripción del contrato de trabajo, las partes acordaron en la cláusula tercera denominada medios de transporte, que tal concepto no sería constitutivo de salario; también lo es, que al contrastar el contenido de dicha estipulación con las funciones que la demandante desempeñó para el extremo pasivo, puede determinar la Sala que tal incentivo constituye factor salarial, puesto que fue concebido para retribuir directamente el servicio prestado, en tanto, estaba relacionado con el número de afiliaciones que realizara, lo que se corrobora con mayor precisión en el parágrafo primero de la cláusula 3ª del contrato de trabajo, el cual señala que esos medios de transporte únicamente se pagaran una vez, por afiliación de cada cotizante, situación que se acompasa con lo dispuesto en el artículo 127 del C.S.T, misma conclusión a la que ha arribado el Alto Tribunal al abordar el estudio de situaciones similares alas que aquí nos ocupa en sentencias con Radicado No. 38832 de 12 de julio de 2011; SL1430-2018 y SL1430-2021.

Adicionalmente, se puede establecer que efectivamente fue pagado de manera periódica un monto que cubrió algún tiempo del contrato de trabajo, bajo el concepto de auxilio no salarial para medios de transporte, según se observa de los desprendibles de nómina aportado al plenario; luego, indudablemente remuneraba el servicio para el cual fue contratada la demandante, pues como ya se dijo estaban relacionados con la cantidad de afiliaciones efectivas al POS que este efectuará, sin importar los desplazamientos que realizara aunque no se efectivizara la afiliación, siendo el fin del mismo obtener nuevos afiliados a la EPS, por lo que efectivamente constituye factor salarial y debió ser tenido en cuenta para liquidar prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social integral, puntualizándose que si bien el actor discriminó dos ítem distintos como lo fueron medios de transporte y auxilio no salarial para medios de transporte, a juicio de la Sala se tratan de los mismos conceptos perseguidos.

Adicionalmente, yace un segundo pago que se le efectuara a la actora denominado auxilio no salarial para reconocimiento de equipos productivos, el cual, a pesar de no enrostrarse dentro del contrato de trabajo, se encuentra cancelado a la actora con periodicidad similar a los medios de transporte determinados en precedencia, de allí que se pueda colegir su cancelación de llevó a cabo para retribuir directamente el servicio prestado y, en tal sentido, constituye factor salarial.

Así las cosas, de los desprendibles de nómina allegados al juicio tanto por la parte demandante como por GOLD RH S.A.S., se ausculta que se llevaron a cabo los siguientes pagos constitutivos de factor salarial a razón de *medios de transporte* y *auxilio no salarial para reconocimiento de equipos productivos*:

AUXILIO NO SALARIAL PARA MEDIOS DE TRANSPORTE		
MES	AÑO	VALOR PAGADO
marzo	2014	$ 12.600,00
abril	2014	$ 431.700,00
mayo	2014	$ 148.300,00
junio	2014	$ 197.200,00
julio	2014	$ 118.500,00
agosto	2014	$ 121.800,00
septiembre	2014	$ 82.400,00
octubre	2014	$ 177.100,00
noviembre	2014	$ 273.400,00
diciembre	2014	$ 397.200,00
enero	2015	$ 371.700,00
febrero	2015	$ 217.700,00
marzo	2015	$ 137.100,00
abril	2015	$ 241.921,00
mayo	2015	$ 291.400,00
junio	2015	$ 889.700,00
julio	2015	$ 723.000,00
agosto	2015	$ 464.633,00
septiembre	2015	$ 808.000,00
octubre	2015	$ 978.000,00
noviembre	2015	$ 686.500,00
diciembre	2015	$ 895.466,00
enero	2016	$ 490.500,00
febrero	2016	$ 1.121.000,00
marzo	2016	$ 419.500,00
abril	2016	$ 1.151.000,00
mayo	2016	$ 288.525,00
junio	2016	$ 1.629.500,00
julio	2016	$ 922.000,00
agosto	2016	$ 2.895.000,00
septiembre	2016	$ 1.512.000,00
octubre	2016	$ 2.388.000,00
noviembre	2016	$ 875.500,00
diciembre	2016	$ 936.000,00
enero	2017	$ 539.000,00

AUXILIO NO SALARIAL PARA RECONOCIMIENTO EQUIPOS PRODUCTIVOS		
MES	AÑO	VALOR PAGADO
abril	2014	$ 77.416,00
mayo	2014	$ 55.901,00
junio	2014	$ 58.918,00
julio	2014	$ 47.583,00
agosto	2014	$ 20.749,00
septiembre	2014	$ 15.074,00
octubre	2014	$ 20.062,00
noviembre	2014	$ 77.538,00
diciembre	2014	$ 53.022,00
enero	2015	$ 120.237,00
febrero	2015	$ 150.000,00
mayo	2015	$ 67.429,00
junio	2015	$ 62.448,00
agosto	2015	$ 29.313,00
octubre	2015	$ 88.891,00
diciembre	2015	$ 46.336,00
enero	2016	$ 91.183,00
mayo	2016	$ 1.263.000,00
junio	2016	$ 6.372,00
septiembre	2016	$ 98.909,00
octubre	2016	$ 199.044,00
noviembre	2016	$ 68.515,00

Como se puede apreciar, los pagos constitutivos de salario se llevaron a cabo hasta el mes de enero de la anualidad 2017, debido a que la demandante suscribió con GOLD RH S.A.S. otrosí al contrato de trabajo el 1º de noviembre de 2016, donde en términos generales se pactaron las denominadas *comisiones* como pago constitutivo de salario (Fls. 256 a 260 y 603 a 607 – PDF 01 CUADERNO FÍSICO), lo que conlleva a que contrario a lo decidido por el fallador de instancia, se deba hacer una reliquidación salarial sobre los verdaderos interregnos en que los *medios de transporte* y *auxilio no salarial para reconocimiento de equipos productivos* fueron óbice de pago, y no durante toda la relación laboral que ató a las partes como así lo enfatizó el *a-quo*, que confrontados los correspondientes desprendibles de nómina reflejan lo siguiente:

MES	AÑO	AUXILIO NO SALARIAL PARA MEDIOS DE TRANSPORTE	AUXILIO NO SALARIAL PARA RECONOCIMIENTO EQUIPOS PRODUCTIVOS	SALARIO
marzo	2014	$ 12.600,00		$ 567.000,00
abril	2014	$ 431.700,00	$ 77.416,00	$ 1.084.049,00
mayo	2014	$ 148.300,00	$ 55.901,00	$ 204.817,00
junio	2014	$ 197.200,00	$ 58.918,00	$ 789.985,00
julio	2014	$ 118.500,00	$ 47.583,00	$ 782.083,00
agosto	2014	$ 121.800,00	$ 20.749,00	$ 717.482,00
septiembre	2014	$ 82.400,00	$ 15.074,00	$ 651.874,00
octubre	2014	$ 177.100,00	$ 20.062,00	$ 813.162,00
noviembre	2014	$ 273.400,00	$ 77.538,00	$ 966.938,00
diciembre	2014	$ 397.200,00	$ 53.022,00	$ 737.689,00
enero	2015	$ 371.700,00	$ 120.237,00	$ 1.093.330,00
febrero	2015	$ 217.700,00	$ 150.000,00	$ 1.030.363,00
marzo	2015	$ 137.100,00		$ 799.763,00
abril	2015	$ 241.921,00		$ 927.777,00
mayo	2015	$ 291.400,00	$ 67.429,00	$ 1.044.685,00
junio	2015	$ 889.700,00	$ 62.448,00	$ 1.638.004,00
julio	2015	$ 723.000,00		$ 1.408.856,00
agosto	2015	$ 464.633,00	$ 29.313,00	$ 1.179.802,00
septiembre	2015	$ 808.000,00		$ 1.493.856,00
octubre	2015	$ 978.000,00	$ 88.891,00	$ 1.752.747,00
noviembre	2015	$ 686.500,00		$ 1.372.356,00
diciembre	2015	$ 895.466,00	$ 46.336,00	$ 1.399.039,00
enero	2016	$ 490.500,00	$ 91.183,00	$ 972.374,00
febrero	2016	$ 1.121.000,00		$ 1.810.455,00
marzo	2016	$ 419.500,00		$ 1.108.955,00
abril	2016	$ 1.151.000,00		$ 1.840.455,00
mayo	2016	$ 288.525,00	$ 1.263.000,00	$ 2.268.558,00
junio	2016	$ 1.629.500,00	$ 6.372,00	$ 2.352.905,00
julio	2016	$ 922.000,00		$ 1.639.033,00
agosto	2016	$ 2.895.000,00		$ 3.612.033,00
septiembre	2016	$ 1.512.000,00	$ 98.909,00	$ 2.420.959,00
octubre	2016	$ 2.388.000,00	$ 199.044,00	$ 3.127.077,00
noviembre	2016	$ 875.500,00	$ 68.515,00	$ 1.754.065,00
diciembre	2016	$ 936.000,00		$ 1.611.042,00
enero	2017	$ 539.000,00		$ 1.187.040,00

Bajo esta égida, se tiene que el cálculo de los salarios realmente devengados por la demandante para las anualidades 2014, 2015, 2016 y 2017, arroja los siguientes valores:

PROMEDIO DE SALARIOS AÑO 2014			
MES	AUXILIO NO SALARIAL PARA MEDIOS DE TRANSPORTE	AUXILIO NO SALARIAL PARA RECONOCIMIENTO EQUIPOS PRODUCTIVOS	SALARIO
marzo	$ 12.600,00		$ 567.000,00
abril	$ 431.700,00	$ 77.416,00	$ 1.084.049,00
mayo	$ 148.300,00	$ 55.901,00	$ 204.817,00
junio	$ 197.200,00	$ 58.918,00	$ 789.985,00
julio	$ 118.500,00	$ 47.583,00	$ 782.083,00
agosto	$ 121.800,00	$ 20.479,00	$ 717.212,00
septiembre	$ 82.400,00	$ 15.074,00	$ 651.874,00
octubre	$ 177.100,00	$ 20.062,00	$ 813.162,00
noviembre	$ 273.400,00	$ 77.538,00	$ 966.938,00
diciembre	$ 397.200,00	$ 53.022,00	$ 737.689,00
SUMATORIA DE SALARIOS EN EL AÑO			**$ 7.314.809,00**
DIVISIÓN DE SALARIOS ENTRE 12			**$ 609.567,42**

PROMEDIO DE SALARIOS AÑO 2015			
MES	AUXILIO NO SALARIAL PARA MEDIOS DE TRANSPORTE	AUXILIO NO SALARIAL PARA RECONOCIMIENTO EQUIPOS PRODUCTIVOS	SALARIO
enero	$ 371.700,00	$ 120.237,00	$ 1.093.330,00
febrero	$ 217.700,00	$ 150.000,00	$ 1.030.363,00
marzo	$ 137.100,00		$ 799.763,00
abril	$ 241.921,00		$ 927.777,00
mayo	$ 291.400,00	$ 67.429,00	$ 1.044.685,00
junio	$ 889.700,00	$ 62.448,00	$ 1.638.004,00
julio	$ 723.000,00		$ 1.408.856,00
agosto	$ 464.633,00	$ 29.313,00	$ 1.179.802,00
septiembre	$ 808.000,00		$ 1.493.856,00
octubre	$ 978.000,00	$ 88.891,00	$ 1.752.747,00
noviembre	$ 686.500,00		$ 1.372.356,00
diciembre	$ 895.466,00	$ 46.336,00	$ 1.399.039,00
SUMATORIA DE SALARIOS EN EL AÑO			**$ 15.140.578,00**
DIVISIÓN DE SALARIOS ENTRE 12			**$ 1.261.714,83**

PROMEDIO DE SALARIOS AÑO 2016			
MES	AUXILIO NO SALARIAL PARA MEDIOS DE TRANSPORTE	AUXILIO NO SALARIAL PARA RECONOCIMIENTO EQUIPOS PRODUCTIVOS	SALARIO
enero	$ 490.500,00	$ 91.183,00	$ 972.374,00
febrero	$ 1.121.000,00	$ -	$ 1.810.455,00
marzo	$ 419.500,00		$ 1.108.955,00
abril	$ 1.151.000,00		$ 1.840.455,00
mayo	$ 288.525,00	$ 1.263.000,00	$ 2.268.558,00
junio	$ 1.629.500,00	$ 6.372,00	$ 2.352.905,00
julio	$ 922.000,00		$ 1.639.033,00
agosto	$ 2.895.000,00	$ -	$ 3.612.033,00
septiembre	$ 1.512.000,00	$ 98.909,00	$ 2.420.959,00
octubre	$ 2.388.000,00	$ 199.044,00	$ 3.127.077,00
noviembre	$ 875.500,00	$ 68.515,00	$ 1.754.065,00
diciembre	$ 936.000,00		$ 1.611.042,00
SUMATORIA DE SALARIOS EN EL AÑO			**$ 24.517.911,00**
DIVISIÓN DE SALARIOS ENTRE 12			**$ 2.043.159,25**

PROMEDIO DE SALARIOS AÑO 2017			
MES	AUXILIO NO SALARIAL PARA MEDIOS DE TRANSPORTE	AUXILIO NO SALARIAL PARA RECONOCIMIENTO EQUIPOS PRODUCTIVOS	SALARIO
enero	$ 539.000,00	$ -	$ 1.187.040,00
SUMATORIA DE SALARIOS EN EL AÑO			**$ 1.187.040,00**
ÚLTIMO SALARIO			**$ 1.187.040,00**

Para el efecto, pertinente también resulta poner de presente que en atención de la excepción de prescripción formulada por las demandadas SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y GOLD RH S.A.S., se precise que la relación laboral culminó el 3 de abril de 2019, siendo presentada la demanda el 4 de octubre de 2019 según se advierte del Acta individual de reparto, por lo que teniendo en cuenta el término trienal prescriptivo a voces de los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., existe prescripción sobre los derechos laborales atinentes a las primas de servicios e intereses a las cesantías con anterioridad al 3 de abril de 2016; circunstancia por la cual, efectuadas las operaciones correspondientes, se tiene que lo que debió

cancelar SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y solidariamente GOLD RH S.A.S. ascendió a la suma de $1.756.805.41, discriminados de la siguiente manera:

PRIMAS DE SERVICIOS			
AÑO	**SALARIO**	**DÍAS TRABAJADOS**	**TOTAL**
2016	$ 2.043.159,25	268	$ 1.521.018,55
2017	$ 1.187.040,00	30	$ 98.920,00
TOTAL			**$ 1.619.938,55**

INTERESES A LAS CESANTÍAS			
AÑO	**SALARIO**	**DÍAS TRABAJADOS**	**TOTAL**
2016	$ 1.521.018,55	268	$ 135.877,66
2017	$ 98.920,00	30	$ 989,20
TOTAL			**$ 136.866,86**

Las anteriores sumas deberán ser objeto de compensación teniendo en cuenta lo cancelado en su momento por GOLD RH S.A.S. como dan cuenta los correspondientes desprendibles de nómina acreditados al plenario y que no fueron objeto de reproche por ninguna de las partes.

En lo que respecta al pago de cesantías, las mismas no fueron revestidas por el fenómeno prescriptivo, ya que según criterio emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, son exigibles a la terminación del contrato de trabajo que como ya se advirtió, culminó el 3 de abril de 2019, sentencias SL959-2023, Radicación No. 88361 del 3 de mayo de 2023, SL912-2023, Radicación No. 95013 del 3 de mayo de 2023, SL970-2023, Radicación No. 60618 del 18 de abril de 2023, entre otras. Es por ello, que teniendo en cuenta los extremos que fueron protagonistas de reliquidación salarial, asciende a la suma de $4.013.361.50, desarrollados de la siguiente forma:

CESANTÍAS			
AÑO	**SALARIO**	**DÍAS TRABAJADOS**	**TOTAL**
2014	$ 609.567,42	360	$ 609.567,42
2015	$ 1.261.714,83	360	$ 1.261.714,83
2016	$ 2.043.159,25	360	$ 2.043.159,25
2017	$ 1.187.040,00	30	$ 98.920,00
TOTAL			**$ 4.013.361,50**

Sobre dichas sumas deberán ser descontados los conceptos ya cancelados por GOLD RH S.A.S.

Frente a las vacaciones, el término de prescriptibilidad es de 4 años como así lo ha adoctrinado el órgano de cierre, sentencias SL959-2023, Radicación No. 88361 del 3 de mayo de 2023, SL-607-2023, Radicación No. 93439 del 21 de marzo de 2023 y otras, y teniendo teniendo en cuenta el caso *sub examine*, existe prescripción por concepto de reliquidación de vacaciones con anterioridad al 2 de abril de 2015, lo que asciende a la suma de $1.540.677.92, valor al que deberá descontársele lo pagado por parte de GOLD RH S.A.S.

VACACIONES			
AÑO	**SALARIO**	**DÍAS TRABAJADOS**	**TOTAL**
2015	$ 1.261.714,83	268	$ 469.638,30
2016	$ 2.043.159,25	360	$ 1.021.579,63
2017	$ 1.187.040,00	30	$ 49.460,00
TOTAL			**$ 1.540.677,92**

En lo que se circunscribe a la sanción por la no consignación de las cesantías dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ante su imposición de análisis de buena o mala fe, la Sala no efectuará pronunciamiento alguno, puesto que lo único que alegó el extremo accionando en la azada, versó a la prescripción de las anualidades imputadas por el operador de primer grado.

Pues bien, teniendo en cuenta lo estatuido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el 141 del C.P.T. y de la S.S., el término trienal prescriptivo para este tipo de sanciones opera en tres años, por lo que al existir prescripción con anterioridad al 2 de abril de 2016, ya que la relación laboral finalizó el 3 de abril de 2019 y la demanda se presentó el 4 de octubre de 2019, palmario resulta para la Sala que las únicas cesantías a las que hay lugar son las de la anualidad 2016, que debieron consignarse a más tardar el 14 de febrero de año siguiente, esto es 2017, por lo que al existir una diferencia salarial que no fue

reconocida respecto de la actora conforme se ha expuesto a lo largo de estas consideraciones, deberá cancelársele la suma de $24.517.911 teniendo en cuenta un día de salario por cada día de retardo por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2017 y el 14 de febrero de 2018 y un salario para la anualidad 2016 equivalente a la suma de $2.043.159.25.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS AÑO 2016			
AÑO	**SALARIO**	**DÍAS TRABAJADOS**	**TOTAL**
2016	$ 2.043.159,25	360	$ 24.517.911,00
TOTAL			**$ 24.517.911,00**

Ahora, en lo referente a la cancelación de aportes pensionales, la Sala modificará únicamente los extremos de pagos ordenados en primer grado, en el entendido que hay lugar a reliquidar los aportes pensionales de la demandante solamente por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 31 de enero de 2017, teniendo en cuenta los siguientes salarios de cada anualidad y según lo expuesto anteriormente:

_ Año 2014 $609.567.42.
_ Año 2015 $1.261.714.83.
_ Año 2016 $2.043.159.25.
_ Año 2017 $1.187.040.

Frente al cálculo actuarial ordenado por el *a-quo*, la Sala mantendrá incólume tal aspecto en la medida que no se refutó en el recurso de alzada por ninguna de las demandadas.

Finalmente, al salir avante la reliquidación salarial y por consiguiente algunas condenas, también se mantendrá incólume la condena impuesta en primera instancia acerca de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que los recurso interpuestos no gozaron de prosperidad a plenitud.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de DECLARAR PROBADA DE MANERA PARCIAL la excepción de prescripción formulada por las aquí demandadas SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y GOLD RH S.A.S., de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, teniendo en cuenta que los conceptos de *medios de transporte* y *auxilio no salarial para medios de transporte* constituyeron factor salarial, hay lugar a la reliquidación salarial perseguida por el demandante por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 31 de enero de 2017, lo que a su vez conlleva a que se modifique el numeral tercero de la sentencia apelada teniendo en cuenta que los verdaderos salarios devengados por la demandante en el año 2014 ascendieron mensualmente a la suma de $609.567.42, año 2015 $1.261.714.83, año 2016 $2.043.159.25 y año 2017 $1.187.040.

Por consiguiente, **CONDENAR** a SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y solidariamente a GOLD RH S.A.S., al reconocimiento y pago de los siguientes emolumentos y conceptos:

_ Primas de servicios: $1.619.938.55.

_ Intereses a las cesantías: $136.866.86.

_ Cesantías $4.013.361.50.

_ Vacaciones $1.540.677.92.

_ Sanción por la no consignación de las cesantías $24.517.911.

_ Reliquidación de los aportes pensionales de la demandante solamente por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 31 de enero de 2017, teniendo como salario al año 2014 la suma de $609.567.42, año 2015 $1.261.714.83, año 2016 $2.043.159.25 y año 2017 $1.187.040, así como se mantendrá incólume lo atinente a la imposición del cálculo actuarial ordenado en primer grado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y GOLD RH S.A.S. Se fijan como agencias en derecho la suma de $2.000.000 para cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral	1100131050 **09 2021 00230 01**
Demandante:	LEONARDO FABIO MARBELLO DITTA
Demandado:	BRINKS DE COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LEONARDO FABIO MARBELLO DITTA promovió demanda ordinaria laboral en contra de BRINKS DE COLOMBIA S.A., a fin de declararse que el vínculo laboral que tenía con la encartada finalizó de manera unilateral, sin justa causa y sin haber agotado el procedimiento legal y reglamentario, puesto que el finiquito se produjo durante el acaecimiento de un conflicto colectivo de trabajo, de allí que el despido no produzca efecto alguno.

Por consiguiente, se le ordene a BRINKS DE COLOMBIA S.A. reintegrarlo al mismo cargo o uno de mejores condiciones laborales, junto con el pago de la

totalidad de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales dejadas de cancelar desde el momento en que fue despedido hasta que se efectivice el reintegro, aportes a la seguridad social y demás conceptos que resulten demostrados, al igual que se declare que para todos los efectos legales existió solución de continuidad.

Que se condene al pago de perjuicios morales a razón de 150 S.M.L.M.V. causados con el ilegal despido, indexación y costas procesales.

De manera subsidiaria, pretende se declare que el contrato de trabajo con la pasiva finalizó sin justa causa y sin haberse agotado el procedimiento legal y reglamentario.

Lo anterior, para que se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., perjuicios morales equivalentes a 150 S.M.L.M.V. en virtud del finiquito laboral, indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que prestó sus servicios personales a la demandada desde el 25 de octubre de 2007 mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando como último cargo el de Jefe de Tripulación en la ciudad de Villavicencio, así como que el salario devengado al momento de la finalización del contrato era de $1.544.170, el cual finalizó el 15 de octubre de 2020.

Que mediante comunicación suscrita por la Directora de Administración de Personal de la encartada fue que se dio por finalizado su contrato de trabajo aduciendo una justa causa, que por demás se produjo como una sanción que ponía fin a un proceso disciplinario, el cual no se llevó acorde a derecho y lo

dispuesto dentro del reglamento interno de trabajo, por lo que arguye que su despido fue intempestivo, no se cumplió la figura de la inmediatez, al igual que se encontraba afiliado a la Organización Sindical SINTRABRINKS.

Expuso que, con ocasión de lo anterior era beneficiario de la convención colectiva existente con la encartada, asentando a su vez que, para el momento del despido, se encontraba vigente un conflicto colectivo de trabajo entre la demandada y SINTRABRINKS.

Por otra parte, adujo que para el momento del finiquito padecía de diferentes afectaciones en su salud tales como tendinitis de hombro y primer canal de extensores bilateral, bursitis de hombro izquierdo y *filkelstein*, dolor en ambos hombros, hipertrofia y tendinoso, entre otros, situación que le fue comunicada a la empleadora el 11 de septiembre de 2019, pero a pesar de ello su vínculo laboral fue terminado.

Asimismo, expuso que le fue suspendido su contrato de trabajo el 4 de mayo de 2020, suspensión que fue declarada ilegal mediante sentencia de tutela, aunado a que, ante los reclamos por la suspensión la encartada emitió una orden de traslado de la ciudad de Villavicencio a la Ciudad de Santa Marta, la cual le fue comunicada el 3 de julio de 2020, traslado que debía llevarse a cabo a partir del 21 de julio de esa misma anualidad.

Que dicho desplazamiento era imposible de realizar dadas las condiciones de movilidad del país en el mes de marzo en atención a las medidas de restricción ante la pandemia COVID 19, junto con su estado de salud al presentar patologías de base, de allí que el 17 de julio de 2020 solicitara de manera formal que la orden de traslado fuese suspendida hasta tanto para él y su familia fuese posible hacerlo, a lo cual la empresa respondió de forma negativa.

Como consecuencia de lo anterior, fue por lo que interpuso acción constitucional de tutela a efectos de que fuese ordenada la suspensión, y solo hasta el 31 de agosto de 2020 se practicó examen médico ocupacional; no obstante, la empresa realizó actuación disciplinaria que conllevó a la finalización de su contrato de trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

BRINKS DE COLOMBIA S.A. contestó la demanda aceptando el hecho que existió un contrato de trabajo a término indefinido con el demandante por el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2007 y el 15 de octubre de 2020, y que como empleadora decidió finalizarlo con justa causa toda vez que el actor abandonó el cargo desde el 21 de julio de 2020 hasta el día del finiquito, siendo renuente a presentarse, aspecto que por demás se acompasa con lo estatuido en el reglamento interno de trabajo, siéndole desarrollado el proceso administrativo disciplinario en legal orden.

Formuló como medios exceptivos los denominados la terminación del vínculo laboral como consecuencia del incumplimiento no como una decisión directa del proceso disciplinario, del gravísimo incumplimiento del demandante frente a las obligaciones legales y contractuales, del abono del cargo del demandante, del proceso disciplinario, del debido proceso, del deber y carga que impone la ley a los sindicatos para el acompañamiento a sus afiliados, inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, buena fe y lealtad, temeridad y mala fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida 8 de noviembre de 2022 declaró probadas las excepciones denominadas inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido

propuestas por la demandada BRINKS DE COLOMBIA S.A., absolviéndola de las pretensiones formuladas en su contra, por lo que condenó a la parte demandante en costas procesales en la suma de $250.000.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* en primer lugar manifestó que, en lo que atañe al fuero circunstancial alegado por el demandante ante el despido realizado por la encartada dentro de un conflicto colectivo que se venía presentado entre la demandada y la Organización Sindical SINTRABRINKS, ello con la finalidad de que se efectivice su reintegro, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, reglamentado por el artículo 10 del Decreto 1373 de 1976 y el artículo 36 del Decreto 1438 de 1978, prevén la protección en conflictos colectivos en el entendido que los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada desde la fecha de presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.

Que por tal razón, dentro del asunto de marras debió demostrarse por la parte demandante que se presentó un pliego de peticiones a su empleador y que el despido se produjo sin justa causa dentro del término que comprende el fuero circunstancial, para que así la demandada asuma la carga de probar el hecho contrario que extinga el derecho al fuero suscitado según los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Enseguida, adujo que conforme se encuentra acreditado al plenario, entre el demandante y la demandada en efecto existió un contrato de trabajo que finalizó el 15 de octubre de 2020, así como que el actor demostró su calidad de afiliado a la organización sindical SINTRABRINKS, encontrándose allí afiliado desde el 26 de agosto de 2015 hasta el 15 de octubre de 2020, vinculación sindical que por demás era de conocimiento de su empleador, sumado a que concluyó que según se demuestra del caudal probatorio, para el momento del finiquito laboral del demandante el conflicto colectivo entre la organización

sindical y la demandada se encontraba vigente, toda vez que el 12 de julio de 2018 el presidente del sindicato presentó denuncia de la convención colectiva de trabajo, el 13 de julio de 2018 dicho sindicato elevó pliego de peticiones, el 31 de julio de 2018 se denunció la etapa de arreglo directo, mediante asamblea de afiliados celebrada los días 19 y 20 de septiembre de 2018 decidieron someter las diferencias ante tribunal de arbitramento, por lo que el 18 de octubre de esa anualidad SINTRABRINKS elevó solicitud de convocatoria ante ese tribunal de arbitramento a efectos de dirimir el conflicto colectivo suscitado.

Al unísono, refirió que el MINISTERIO DEL TRABAJO ordenó la convocatoria del tribunal de arbitramento, por lo que el 21 de febrero de 2020 ese Tribunal profirió Laudo Arbitral, el 11 de marzo de 2020 SINTRABRINKS elevó solicitud de aclaración y corrección sobre la decisión adoptada, lo que condujo a que esa autoridad arbitral el 16 de marzo de 2020 se pronunciara, aspecto que incluso fue decido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3076-2022 del 15 de junio de 2022 que moduló ciertos aspectos acerca de la negociación colectiva, reiterando que el demandante gozaba de la garantía del fuero circunstancial.

Seguidamente, expuso que a pesar de que el actor goce de la garantía del fuero circunstancial, necesario resulta hacer un análisis exhaustivo en lo referente a que el despido del demandante hubiese culminado sin justa causa por parte de BRINKS DE COLOMBIA S.A., o si por el contrario, el mismo fue ajustado a derecho, situación por la que expuso no ser objeto de reproche que la relación laboral finalizó por la empleadora el 15 de octubre de 2020 como así se aprecia de la carta de terminación del vínculo contractual, concluyendo que del caudal de pruebas acreditadas al plenario, la justa causa aludida para el finiquito laboral por BRINKS DE COLOMBIA S.A. se relaciona con el abandono del puesto de trabajo por parte del actor desde el día 21 de julio de 2020, situación que se derivó ante la negativa del trabajador de prestar sus servicios personales como

Jefe de Tripulación de la Ciudad de Santa Marta que solicitara la empleadora el 3 de julio de 2020, donde se le indicó a este último que con ocasión al cierre definitivo de la sede de Villavicencio y las diferentes sedes del país en las que la compañía prestaba sus servicios, se encontró que en la mentada ciudad de Santa Marta se requería un Jefe de Tripulación, cargo que desempeñaba el señor LEONARDO FABIO MARBELLO DITTA en la sede de contratación original.

Por tal razón, puntualizó que el hecho del cierre de la sede en Villavicencio fue verídico, lo cual se dio con ocasión de las diferentes situaciones de productividad de la empresa a las que llevó la pandemia de COVID 19, aspecto que incluso lo puso de presente el demandante en el interrogatorio de parte rendido puesto que en ningún momento desconoció tal situación, adicional al hecho que la accionada requirió al trabajador para que mediante informe escrito indicara las razones por las cuales no había acudido a su nuevo puesto de trabajo en la ciudad de Santa Marta; no obstante, el trabajador no brindó respuesta alguna, lo que a su vez conlleva que dentro del proceso hubiese demostrado que tal situación no fuese cierta.

A su vez refirió que una vez agotada la anterior situación, la empresa procedió a llevar a cabo apertura del proceso disciplinario para con el demandante y citación a descargos, donde no solo se le indicó la presunta falta cometida, sino los hechos objeto de la misma, como también se le ponen de presente las pruebas sobre las cuales se le indicó que podría ejercer su derecho de defensa y contradicción, por lo que el 11 de septiembre de 2020 se llevó a cabo diligencia de descargos en la que el actor manifestó no poder dar respuesta a las preguntas que se le hicieron relacionadas con los hechos y pruebas de presente, y que si bien el demandante adujo la existencia de una vulneración al debido proceso al no haber podido estar acompañado de los representantes sindicales, esa situación no era un obstáculo para que el actor pudiera rendir explicaciones de motivo por las que no quiso efectuar el traslado a la ciudad de

Santa Marta; por el contrario, concluyó que todos esos preceptos denotaban una insubordinación por parte del trabajador al evadir respuesta a las preguntas realizadas por el empleador.

De otra parte, expuso que en tratándose de los expuesto por el demandante en la demanda concerniente a la vulneración del debido proceso disciplinario, según lo emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido no se asimila a una sanción disciplinaria como equivocadamente parece entender el extremo accionante, de allí que el despido injustificado deba estar sometido a un trámite previo, incluso teniendo en cuenta el reglamento interno de trabajo de la demandada el despido no se consagra como una sanción, lo que se acompasa incluso con el contrato de trabajo suscrito por las partes ante la insubordinación en la que incurrió el actor al no haberse trasladado a la ciudad de Santa Marta, adicional al hecho que inclusive la terminación de la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador no obliga adelantar procedimiento disciplinario alguno, por lo que absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada ser claro que le asiste el amparo del fuero circunstancial, siendo únicamente el demostrar que el despido realizado por BRINKS DE COLOMBIA S.A. fue sin justa causa.

Para ello, refirió que la entidad no amplió claramente los principios fundamentales por el que se dio el traslado de su cargo a la ciudad de Santa Marta, en la medida que nunca existió un estudio técnico frente al tema sobre el por qué era necesario el mentado traslado, sin que tampoco se hubiese evaluado por la empleadora las garantías constitucionales y fundamentales

como trabajador, ya que es notorio el arraigo con que se contaba en la ciudad de Villavicencio por más de 13 años, sin tenerse alguna explicación por la demandada sobre lo pertinente.

Que si bien se cerró la sede de Villavicencio, lo cierto es que la encartada debió concertar otro lugar distinto a Santa Marta y más cercano donde se pudiese efectivizar el traslado, más aún si dentro del plenario obra prueba que advierte la oposición que se hizo frente al traslado, al igual que existieron irregularidades dentro del proceso disciplinario adelantado que quebrantaron sus derechos constitucionales; circunstancia por la cual, el despido fue injusto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del asunto de marras y, teniendo en cuenta el recurso interpuesto por la parte demandante, en concordancia con las pretensiones perseguidas por el también extremo actor en el entendido de que proceda el reintegro al cargo desempeñado a razón del fuero circunstancial deprecado y con ocasión del despido injustificado alegado respecto del empleador BRINKS DE COLOMBIA S.A., junto con el pago de la totalidad de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales dejadas de cancelar desde el momento en que fue despedido hasta que se efectivice el reintegro, aportes a la seguridad social y demás conceptos que resulten demostrados, pago de perjuicios morales y

que se declare que para todos los efectos legales existió solución de continuidad, así como que en forma subsidiaria opere el pago de la indemnización por despido sin justa causa y también cancelación de perjuicios morales, la Sala auscultará como eje piramidal si el despido del demandante fue ajustado a derecho.

Ello por cuanto, de resultar avante la súplica del despido, es que este cuerpo Colegiado podrá adentrarse a auscultar si procede inicialmente el reintegro junto con los demás puntos condenatorios, o subsidiariamente el pago de la indemnización moratoria y perjuicios morales perseguidos.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos expuestos, preciso resulta que la Sala ponga de presente que no se adentrará al estudio de la figura del fuero circunstancial alegado por el demandante, como quiera que en sede de primera instancia quedó demostrado que en efecto para el momento del finiquito laboral del actor existía un conflicto colectivo entre la encartada BRINKS DE COLOMBIA S.A. y la Organización Sindical SINTRABRINKS, por lo que al tenor de lo estatuido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, reglamentado por el artículo 10 del Decreto 1373 de 1976 y el artículo 36 del Decreto 1438 de 1978, el actor se encontraba cobijado por la mentada garantía, más aún si dentro del plenario también quedó plenamente acreditado que el señor LEONARDO FABIO MARBELLO DITTA se encontraba afiliado a ese sindicato desde el 26 de agosto de 2015 hasta el 25 de octubre de 2020 como da cuenta la certificación emanada por la organización sindical calendada el 15 de febrero de 2021 (Fl. 262 – PDF 02 ANEXO DEMANDA).

También resulta necesario poner de presente que no se encuentra en discusión el hecho que entre el actor y la encartada existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2007

y el 15 de octubre de 2020, en virtud del cual el actor desempeñó como último cargo el de Jefe de Tripulación, percibiendo como salario básico al momento de la finalización la suma de $1.544.170, según se desprende de la copia del contrato de trabajo, la certificación que emitiera la demandada el 15 de octubre de 2020 y la copia de la liquidación final de prestaciones sociales (Fls. 1 a 6 y 8 – PDF 02 ANEXO DEMANDA).

Bajo este entendimiento, teniendo en cuenta las pretensiones tanto principales como subsidiarias enrostradas por el demandante, necesario resulta analizar el despido realizado por BIRNKS DE COLOMBIA S.A. para con el demandante, toda vez que de una parte, el actor arguye una vulneración del debido proceso al trámite disciplinario que se le adelantó, al igual que la empleadora finalizó su relación laboral el 15 de octubre de 2020 endilgando una justa causa para su finiquito, la cual no se constituyó.

Bajo esta égida, primeramente se precisa ha de resaltarse que para el análisis de la finalización de un contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el numeral 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del C.S.T., y que contempla como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador "*Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos".*

Significa lo anterior, que la disposición normativa en comento, consagra dos situaciones diferentes que se consideran como justa causas para la terminación del contrato de trabajo, siendo la primera cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumbe al trabajador de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 60 del C.S.T., mientras que

la segunda se circunscribe a las faltas graves que se califique en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Bajo este escenario, la Sala de Casación Laboral ha precisado que las obligaciones que le incumben en tratándose como las causales propias del C.S.T., deben ser evaluadas por el Juez del trabajo y no por las partes, mientras que las establecidas en pactos o convenciones, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, si se determinan como causal justa para el finiquito laboral, deben ser entendidas como tal, así se precisó en la sentencia SL2309-2020, radicación No. 81231 del 7 de julio de 2020.

Asimismo, la Corte en sentencia SL187-2018 lo siguiente:

> *"Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:*
>
> *Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.*
>
> *En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo..."*
>
> *'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.*

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta …'

Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal" **(Subraya la Sala)."**

En lo que concierne al trámite disciplinario en virtud del debido proceso, el órgano de cierre ha puesto de presente que el trámite administrativo adelantado por el empleador, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta todas las prerrogativas que determine el mismo reglamento de trabajo y demás disposiciones semejantes, inclusive resguardando el artículo 29 constitucional, otorgándole al trabajador la oportunidad de defensa a través

de distintos mecanismos, así lo recalcó en sentencia SL029-2023, Radicación No. 93370 del 24 de enero de 2023, donde sostuvo:

> *"Sobre el asunto debe advertirse que, de manera pacífica, reiterada y constante, ha considerado esta Sala, en cuanto al carácter del despido, que por regla general no constituye un acto sancionatorio, sino una facultad de la que el legislador quiso revestir al empleador, y que por ello no está sujeta a formalidades procesales previas. Empero, si se le endilga al trabajador la comisión de justas causas, se le debe dar una oportunidad de defensa, ajena a procedimientos rígidos, pero que garantice el debido proceso, y por supuesto, en el evento en que las partes del contrato de trabajo le quieran dar el alcance de verdadera consecuencia disciplinaria, debe respetarse el procedimiento que ellas dispongan, bien sea en convenciones, pactos colectivos, reglamentos, en el mismo contrato o en cualquier instrumento que ligue a las partes en el marco de su relación laboral. Así lo ha establecido la Corte en providencias como la CSJ SL1524 -2014, SL3691-2016, SL1981-2019, SL2351-2020 y SL496-2021. En esta última adoctrinó:*
>
> *Desde otro horizonte, no se desconoce por parte de la Corte y así ha precisado el precedente de la Sala de Casación Laboral, que el debido proceso constituye un derecho que en principio, presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, y que en tratándose de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir (CSJ SL2351-2020). Lo anterior no implica que pueda desconocerse el derecho de defensa. Ha dicho la jurisprudencia expresamente que:*
>
> *No significa lo antes expuesto que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del derecho de defensa en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral; estas se pueden resumir así: a) la necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores,*

alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos[1]; b) la inmediatez que consiste en que el empleador debe darlo por terminado inmediatamente después de ocurridos los hechos que motivaron su decisión o de que tuvo conocimiento de los mismos; de lo contrario, se entenderá que éstos han sido exculpados, y no los podrá alegar judicialmente; c) adicionalmente, que se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo; y d) si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido incorporado en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo."

Por otra parte, en tratándose del debido proceso disciplinario, en cuanto a la materialización de la defensa, la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 2014 ha delimitado requisitos mínimos en aras de que se constituya un procedimiento adecuado para que el empleador resguarde garantías mínimas del trabajador:

"En aras de garantizar y hacer efectivo las garantías consagradas en la Constitución Política, la jurisprudencia ha sostenido que es "indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan al conglomerado conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente". De igual forma, se ha especificado que en los reglamentos a los que se alude ***"es necesario que cada uno de las etapas procesales estén previamente definidas, pues, de lo contrario, la imposición de sanciones queda sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los implicados". Además, ha agregado que tales procedimientos deben asegurar al menos: La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan***

[1] El Parágrafo del artículo 62 del CST que contiene la carga de la comunicación de la causal al momento de la decisión de terminar el contrato, por cualquiera de las partes, fue declarado exequible mediante sentencia CC C-594 de 1997.

> ***los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones****."*

Bajo este escenario, la carta de finalización del contrato de trabajo que emitiera BRINKS DE COLOMBIA S.A. frente al demandante el 15 de octubre de 2020 (Fls. 62 a 85 8 – PDF 02 ANEXO DEMANDA), endilgó lo siguiente:

> *"Dicho lo anterior y al hacer un concienzudo análisis de los hechos y todo el material probatorio, se pudo determinar el grave e injustificado incumplimiento a las siguientes normas:*
>
> *Reglamento Interno de Trabajo Artículo 59 numerales 1-4-5-7-8-21-25-31-39-44-45-46 y 47; Artículo 62 numerales 1, 2, 4, 14, 15, 25, 31, 32 y 33: Artículo 65 numerales 8, 9, 16, 24, 32, 49, 61 y 62. Artículo 72 numerales 3, 10, 15 y 16: Artículo 73 que establece las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo en el numeral 26."*

Bajo esta égida, procede la Sala a enlistar las conductas endilgadas por el demandante en la carta de terminación en virtud del Reglamento Interno de Trabajo allegado (Fls. 86 a 142 – PDF 02 ANEXO DEMANDA):

> *"**ARTÍCULO 59.** Los trabajadores tienen como deberes los siguientes:*
>
> *1. Respeto y subordinación a los superiores.*
> *4. Procurar completa armonía con sus superiores y compañeros de trabajo en las relaciones personales y en la ejecución de labores.*
> *5. Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de la Empresa.*
> *7. Sujetarse a las órdenes, pautas, medidas de control y procedimientos fijados por la Empresa.*
> *8. Ejecutar los trabajos que le confíen con honradez, lealtad, compromiso, rectitud, honestidad, calidad, buena voluntad y de acuerdo con los procedimientos, normas, regulaciones y políticas de la Compañía.*

21. Dedicar la totalidad de su jornada de trabajo a cumplir con las funciones asignadas y no realizar actividades diferentes que no estén enmarcadas dentro de su responsabilidad.
25. Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos inmediatos o mediatos le comuniquen en el ejercicio de sus atribuciones y cumplir con los requerimientos y citaciones de las autoridades.
31. Cuidar integral y permanentemente los intereses y bienes de la Empresa.
39. Presentar dentro de los términos establecidos en las normas, políticas, procedimientos y regulaciones de la Compañía, los informes o requerimientos cuando le sean solicitados de forma verbal o por escrito.
44. Realizar todas las funciones propias de su cargo, responsabilidades y/o actividades laborales que no impliquen desmejora en su salario, al igual de todas aquellas afines que se le encomienden con ocasión al objeto social de la Empresa y sean solicitadas por parte de sus superiores jerárquicos en forma verbal o escrita.
45. Cumplir con la máxima lealtad, honestidad y puntualidad las labores asignadas.
46. Observar las normas de la Empresa en relación con el Reglamento Interno de Trabajo, manuales operativos, de procedimientos, de seguridad, de comunicaciones, de vigilancia, y aquellas previstas en el programa de Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo establecidos por la Empresa. Así como, mantenerse actualizado respecto de los manuales de procedimiento y operaciones, así como en las políticas establecidas por la empresa.
47. Aceptar los traslados y cargos que, sin desmejorar su remuneración salarial, disponga y ordene la Empresa, sin que ello sea fruto de la arbitrariedad y el capricho del empleador, sino que debe obedecer a razones objetivas y válidas bien de índole técnicas, operativas, organizativas o administrativas que lo hagan ineludible o al menos justificable. (Subrayado por la Sala).

Artículo 62. *Son obligaciones especiales del trabajador. Art 58 C.S.T.)*

1. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.
2. Observar de este reglamento, las disposiciones de seguridad informática y las demás normas que la Empresa establezca, así como las demás regulaciones que resulten de la naturaleza del contrato, o que estén previstas en las disposiciones legales, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la Empresa o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

4. Permanecer durante su jornada de trabajo en el sitio o lugar en donde deba desempeñarlo y dedicar la totalidad del tiempo de la jornada al trabajo respectivo sin interrupción.
14. Dar pleno rendimiento durante el desempeño de sus labores de manera efectiva en la jornada laboral.
15. Cumplir los procedimientos establecidos por la Empresa para la solicitud de permisos y reporte de ausencias, de conformidad con el procedimiento para el control de asistencias en los sistemas que determine el empleador.
25. Desempeñar la labor que le sea asignada dentro del horario que determine el Empleador y jornada de ley, aunque no corresponda a la actividad inicialmente contratada, considerando que la Empresa está en la facultad por la ley, para disponer la asignación de funciones y responsabilidades, siempre que no vaya en contra de la dignidad del trabajador, derechos fundamentales, ni detrimento de su salario.
31. Cumplir íntegramente con los principios de la compañía, su filosofía general, su estrategia organizacional sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, reglamento de higiene y seguridad industrial, medio ambiente, las políticas de calidad, y las de alcohol, tabaco y drogas y las actualmente vigentes así como las que se expidan en el futuro y de la misma naturaleza.
32. Sujetarse a las normas, procedimientos, regulaciones, reglamentos que se establezcan en los lugares donde la Empresa adelante actividades u operaciones como contratista.
33. Toda otra obligación que se desprenda de las labores principales, anexas, conexas y complementarias que según lo anterior y según su cargo le incumban al Trabajador.

*"**ARTÍCULO 65.** Se prohíbe a los trabajadores además de lo que al respecto establece la ley:*

8. Faltar al trabajo sin justa causa, o sin permiso de la Empresa, excepto en los casos de huelga, en los cuáles debe abandonar el lugar de trabajo.
Parágrafo: Si el trabajador no se presenta al trabajo durante dos días sin previo aviso o sin plena y comprobada justificación, se presume que ha abandonado el puesto, entendiéndose que ello constituye terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador. (Subrayado por la Sala).
9. Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a su declaración o mantenimiento, sea que se participe o no en ellas.
16. Ocuparse de asuntos distintos de su labor durante las horas de trabajo.
24. Ejecutar acciones que perjudiquen a la Empresa en sus intereses y buen nombre.

32. Llegar con retardo o faltar a su jornada laboral, de conformidad con la hora de citación y programación; repetir los retardos al trabajo; retirarse del puesto del trabajo antes de la hora indicada sin justa causa o sin previo permiso del superior inmediato.
49. Cualquier acto o negligencia, descuido u omisión en que incurra el trabajador en ejercicio de sus funciones.
61. Transgredir las normas establecidas en los manuales de procedimientos u operaciones establecidas por la Empresa.
62. La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones atrás establecidas, o de cualquiera de las prohibiciones que emanan de éste reglamento, así como las demás que resulten de la naturaleza misma del trabajo confiado del contrato, de las disposiciones legales, de los reglamentos, procedimientos y regulaciones citados en el contenido del presente Reglamento, de las obligaciones, prohibiciones y cualquier otra norma de este mismo reglamento, de las convenciones, pactos, laudos arbitrales o cualquier acuerdo individual o colectivo. (Subraya la Sala).

*"**ARTÍCULO 72.** Los siguientes hechos constituyen faltas graves y podrán dar lugar a cualquiera de las sanciones consagradas en este reglamento, conforme a los criterios para determinar la gravedad y sin perjuicio de lo consagrado en los contratos de trabajo, la Ley y Código Sustantivo del Trabajo, así:*

3. Negarse a cumplir las órdenes que los superiores jerárquicos le ordenen en el desempeño de sus actividades laborales y dentro de la jornada laboral.
10. La promoción entre sus compañeros de trabajo de actividades encaminadas a incumplir las obligaciones para con la Empresa o fomentar la disciplina o conductas de irrespeto a las normas, a sus compañeros de trabajo o a sus superiores jerárquicos.
15. Transgredir las normas, políticas, procedimientos y regulaciones establecidas en los manuales de procedimientos u operaciones por la empresa.
16. Incumplir las obligaciones o violar alguna de las prohibiciones contractuales o reglamentarias, que por las exigencias en la prestación del servicio indique la Empresa.

ARTÍCULO 73. Los siguientes hechos constituyen faltas gravísimas y podrán dar lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte de la Empresa sin preaviso alguno, adicional e independientemente de otros hechos o faltas previstos como justa causa de despido establecidos en los contratos de trabajo, en la ley, el Código Sustantivo del Trabajo, o en el presente reglamento:

26. Incumplir cualquier otra obligación o prohibición consagrada en la ley o en el contrato de trabajo y que se encuentre dispuesta como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo".

Igualmente, la encartada en la carta de terminación endilgó al trabajador las conductas preceptuadas en los numerales 2, 3, 4, 5, 9, 10, 16, 17 y 21 de la cláusula tercera, numerales 2, 9, 10 y 11 de la cláusula quinta y los numerales 1, 2, 3, 11, 14, 15, 17, 27 y 34 de la cláusula novena del contrato de trabajo, así como lo dispuesto en el C.S.T. en los numerales 1, 5 y 8 del artículo 58 y numeral 6 del artículo 62.

El contexto de la motiva se circunscribe principalmente a que incurrió en un incumplimiento contractual, por cuanto abandonó su puesto de trabajo, negándose sin razón y sin motivo a prestar sus servicios personales como jefe de tripulación en la ciudad de Santa Marta, según lo ordenado en documento fechado el 3 de julio de 2020, presentando ausencia a su labor a partir del 21 de julio de 2020 y en lo sucesivo, sin que a la fecha de la emisión de la carta del despido hubiese justificado sus reiterativas inasistencias e incomparecencias, demostrando así su falta de compromiso, interés a sus servicios y colaboración.

En el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogativo de parte del Representante Legal de la demandada BRINKS DE COLOMBIA S.A.S. señor ANDRÉS CARVAJAL AMAYA, quien manifestó que no conoce al demandante, no obstante, tiene conocimiento que el actor se desempeñó como Jefe de Tribulación al servicio de la compañía, por lo que era el encargado de manipular los valores dinerarios.

Que la razón por la que la compañía dispuso trasladar laboralmente al demandante de una ciudad a otra fue porque el actor inicialmente se le contrató en la Ciudad de Villavicencio, lugar donde antes de la pandemia tenía aproximadamente 2.900 o 3.000 paradas (realización de servicios dinerarios

de recolección o aprovisionamiento), pero al iniciar la época de la pandemia ante las restricciones de circulación y las medidas expedidas por el Gobierno Nacional de estar en casa, ese número de paradas disminuyó a 1.300 o 1.500, por lo que los servicios se redujeron en más del 50%, lo que conllevó a que al actor le fuese suspendido el contrato de trabajo y, posteriormente, dada la reducción ostensible y significativa la sede de Villavicencio se cerró, de allí que para garantizarle la continuidad en el empleo al demandante, se le trasladó a la ciudad de Santa Marta para desempeñar el mismo cargo de Jefe de Tripulación, con las mismas condiciones contractuales.

Puntualizó que esas condiciones de traslado del demandante incluyeron entre otros aspectos el pago de salarios, trasteo de muebles y enseres, viáticos de traslado para él y su núcleo familiar básico, el pago de hasta 30 días de hotel o de arrendamiento en la ciudad de Santa Marta y un pago de un bono de relocalización por políticas de la compañía que correspondía a una cancelación de aproximadamente uno y medio salarios básicos del demandante, aclarando que el demandante de manera injustificada no acató la orden de traslado, se le requirió a través de solicitud para que diera explicaciones y posteriormente en diligencia de descargos.

Que ante el cierre de la sede de Villavicencio fue imposible que el actor desempeñara su labor en una sede que dejó de existir, y al no presentar ninguna justificación de faltar al trabajo se finalizó su contrato de trabajo por abandono del cargo dada la renuencia.

Manifestó no recordar exactamente cuántos trabajadores laboraban en la ciudad de Villavicencio, pero indicó que eran aproximadamente 18, aclarando que la gran mayoría fueron despedidos o sus contratos terminados mediante un mutuo acuerdo con la compañía y otro número de trabajadores acorde a las necesidades del servicio que se tenía a nivel nacional fueron trasladadas, sin que quedara en Villavicencio ningún trabajador.

Que para la realización de traslado de trabajadores existe una política en la que se asegura al trabajador unos pagos para tal fin junto con su núcleo familiar básico de la ciudad de origen a la de destino, pago de una mudanza de trasteos y enseres, cancelación de una prima de relocalización y los términos del traslado se adecúan a las necesidades puntuales de cada caso, condiciones que le son dadas a conocer al trabajador mediante la carta que le entrega la empresa a cada uno, informándole no solo estas condiciones, sino que también se le dan a conocer los plazos para hacer efectivo el traslado, puntualizando que al demandante le fueron dados más de 20 días para coordinar todos los trámites necesarios y pertinentes para su traslado a la ciudad de Santa Marta, término que fue más que suficiente para realizar una mudanza, máxime si se tiene en cuenta que no era obligatorio que se desplazara o trasladara junto con todo su núcleo familiar desde el comienzo, sumado a que no es una obligación legal ofrecer al trabajador una terminación del contrato de trabajo por razones de un traslado de zona, más aún si existía la necesidad de tener un Jefe de Tripulación en la ciudad de Santa Marta.

Que la política de traslado no tiene un término para que el trabajador presente las objeciones que estime, arguyendo que sin embargo en el especialísimo caso del demandante tuvo más de 20 días para hacerlo sin llevarlo a cabo, tanto así que interpuso una acción constitucional de tutela la cual dispuso que el traslado era completamente legal, incluso el actor si hubiese solicitado la necesidad de que el traslado fuese a otra ciudad ajena a Santa Marta la compañía lo habría evaluado y modificado la orden con destino a la mentada Ciudad. Expuso tener conocimiento que el actor desempeñó personalmente su trabajo aproximadamente hasta finales de marzo o mediados de abril de 2020 con ocasión del confinamiento decretado por el Gobierno Nacional a razón de la pandemia de COVID 19, emitiéndose la orden de traslado el 2 de julio de esa misma anualidad a efectos de presentarse en Santa Marta el 22 o 23 de julio de 2020, siéndole finalizado su contrato de trabajo en el mes de octubre de 2020 luego de la renuencia del traslado, notificándosele así el finiquito por

abandono del cargo, al igual que en todo momento la compañía le pagó sus acreencias laborales, pues si bien en inicio lo que no se le remuneró fue el interregno de la suspensión, posteriormente todo le fue cancelado a razón de una tutela que presentara demandante.

Refirió que en la diligencia de descargos que se le llevó a cabo al demandante no expuso ninguna justificación por no haberse presentado a la ciudad de Santa Marta, simplemente se limitó a mencionar que, al no haberse conectado representantes de la organización sindical, no realizaría ninguna justificación.

El demandante señor LEONARDO FABIO MARBELLO DITTA expuso que desde el 3 de julio de 2020 se le informó que debía presentarse a laborar a partir del 21 de julio de esa misma anualidad, aclarando que recibió una carta de preaviso al traslado, siéndole imposible aceptarlo como quiera que su arraigo se encuentra completamente en la ciudad de Villavicencio, al igual que para ese momento se encontraba pagando su vivienda ante un banco, por lo que el traslado le representaba pagar otro canon de arrendamiento, lo que no era viable económicamente.

Que recibió un bono de BRINKS DE COLOMBIA para trasladarse a la Ciudad de Santa Marta por aproximadamente $1.300.000 o $1.400.000 en el mes de junio de 2020, el cual no fue autorizado de cancelación por él, por lo que supuso que era con ocasión de un dinero atrasado por los sueldos adeudados. Que hizo una carta por intermedio del sindicato pidiendo un traslado a una ciudad más cercana.

Enunció que después de no acceder a trasladarse a la ciudad de Santa Marta la compañía lo citó a una diligencia de descargos y posteriormente le llegó la carta de terminación del contrato de trabajo sin justa causa. Que le fueron canceladas todas sus acreencias laborales hasta el mes de septiembre de 2020,

sin que elevara solicitudes de un traslado diferente a la ciudad de Santa Marta, arguyendo a su vez que presenta decadencias en su salud.

Que no contestó las preguntas que se le realizaran en la diligencia de descargos, toda vez que la empresa no le dio la oportunidad de llamar a dos compañeros de trabajo.

El testigo MIGUEL ÁNGEL SIERRA SANTOS manifestó que en la actualidad labora como Gerente de Operaciones y Gerente de la Regional Centro de BRINKS DE COLOMBIA S.A. desde el 1º de mayo de 2007, por lo que dentro de su responsabilidad estaba la sede de Villavicencio.

Que para la época del mes de marzo de 2020 que inició la pandemia de COVID 19, los servicios de la compañía se disminuyeron en menos del 50%, por lo que no existía rentabilidad para mantener una sede abierta y operativa, tomándose la decisión de cerrar la sede de Villavicencio, a lo cual algunos trabajadores negociaron y aquellos que no lo hicieron se les dio la oportunidad de trasladarse a otras ciudades donde hubiese sede de la empresa y existieran vacantes de acuerdo al cargo que ostentaban, por ello fue que el señor LEONARDO FABIO fue trasladado a la sede de Santa Marta teniendo en cuenta que en ese lugar se necesitaba un Jefe de Tripulación al existir la vacante, sin que exista operatividad en la sede de Villavicencio pues se cerró el 4 de mayo de 2020.

Adujo que dentro de las políticas de la compañía un empleado que por necesidades del servicio o de la operación que sea necesario trasladarlo, la empresa es quien asume todos los costos de traslado, para lo cual se le otorga un bono de mera liberalidad, se le paga el trasteo de sus enseres, los pasajes de su familia y además de eso se le cancela un mes de arriendo en la nueva sede. Que para el caso del demandante solamente le fue cancelado el bono de

mera liberalidad en virtud de que su traslado no se llevó a cabo pues tiene entendido que no se presentó a la ciudad de Santa Marta.

Expuso que el actor nunca allegó ninguna justificación por no presentarse a laborar, sin que se hiciera frente al actor un estudio técnico pues al existir una vacante en otro lugar como lo era la ciudad de Santa Marta, fue por lo que al demandante se le trasladó, más aún si el señor LEONARDO FABIO en ese momento contaba con las capacidades del cargo ya que no tenía ninguna limitación o restricción física.

Tiene conocimiento que el demandante prestó servicios hasta el 4 de mayo de 2020 cuando se le suspendió el contrato, retornando nuevamente el 4 de julio de esa anualidad, siendo allí cuando se le notifica el traslado a la ciudad de Santa Marta sin realizar alguna manifestación al respecto, recibiendo incluso el bono de mera liberalidad.

El testigo JULIÁN RODRIGO MILLÁN ENCISO expuso que es Ingeniero Industrial en el cargo de Jefe de Administración y Control Operativo desde el 5 de agosto de 2013, teniendo así contacto con el aquí demandante, por lo que tiene conocimiento que el actor laboraba en la sede de Villavicencio.

Que los motivos por los cuales finalizó el contrato de trabajo del demandante fue con ocasión a una ausencia injustificada a su sitio de trabajo, y teniendo en cuenta el debido proceso y derecho a la defensa al actor de le hizo una solicitud formal para que diera su versión de cuáles eran los motivos por los cuales no se había presentado a laborar, sin que respondiera lo de su cargo, lo que condujo a que se le llevara a cabo una solicitud formal a rendir descargos donde se le notificó la fecha y la hora de la misma, trasladándole las pruebas que BRINKS DE COLOMBIA S.A. tenía en su momento con la finalidad de que las conociera.

Manifestó que el actor nunca presentó una justificación cuando faltó a laborar. Puso de presente que con ocasión de la pandemia del COVID 19 la cual inició a mediados del 2020, la compañía adoptó la decisión de cerrar la sede de Villavicencio, por lo que en aras de prevalecer el trabajo del demandante se adoptó dispuso trasladarlo a la ciudad de Santa Marta.

Refirió no tener conocimiento si existe alguna política en la empresa de trasladar a un trabajador de una ciudad a otra, como tampoco le consta si existe algún término para que un trabajador de la compañía presente inconformidad sobre la realización de los traslados. Que la decisión del traslado del demandante se realizó de manera integral ya que lo que se buscaba era garantizar su empleo, tan es así que la compañía le suministró un dinero de mera liberalidad para el traslado, al igual que en la diligencia de descargos que se le practicó en todo momento evadió las preguntas realizadas, como tampoco expuso alguna justificación del por qué no se quiso trasladar a la ciudad de Santa Marta.

De las probanzas acreditadas al proceso atinentes al abandono del cargo, inicialmente yace carta calendada el 3 de julio de 2020 referida como "*Traslado a la Ciudad de Santa Marta en cumplimiento del contrato de trabajo*", mediante la cual BRINKS DE COLOMBIA S.A. comunicó Que en atención de lo estatuido en la cláusula primera y el numeral 16 de la cláusula tercera de su contrato de trabajo, seguido de las razones operativas dentro de las cuales se encontraba el cierre definitivo de la operación en la sede de Villavicencio, junto con las necesidades del servicio en las diferentes ciudades del país donde se prestaba el objeto de la compañía, en la Ciudad de Santa Marta se requerían los servicios del cargo de Jefe de Tripulación para el cual se le contrató al demandante, de ahí que con la finalidad de propender su derecho al trabajo, se le informaba que a partir del día 21 de julio de 2020 sería trasladado a la mentada Ciudad para que continuara ejecutando las labores por las que se le había contratado.

Asimismo, el documento describe que teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 8º del artículo 57 del C.S.T., en concordancia con la política de traslado de la compañía, para efectivizarse el traslado le serían efectuados al actor los reconocimientos de: (i) un pago único por mera liberalidad no constitutivo de salario por valor de $1.515.670, (ii) el pago del 100% de gastos de trasteo terrestre del menaje familiar, muebles y enseres del grupo primario familiar básico desde la ciudad de Villavicencio a la ciudad de Santa Marta previa factura aprobada que debía ser allegada a más tardar el 10 de julio de 2020, (iii) gastos de desplazamiento del trabajador y su núcleo familiar básico desde la ciudad de Villavicencio a la ciudad de Santa Marta, por una sola vez y, (iv) el pago de alojamiento en apartamento u hotel del trabajador y su núcleo familiar básico hasta por 30 días en la ciudad de Santa Marta según la categoría del cargo, pago que sería acordado directamente donde se hospedara, documento que le fue notificado vía correo certificado el 4 de julio de 2020 (Fls. 47 a 49 – PDF 02 ANEXO DEMANDA y CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

El 17 de julio de 2020 el demandante elevó solicitud de aplazamiento de la propuesta del traslado, argumentando condiciones de salud que le impedían dirigirse a la Ciudad de Santa Marta (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Con ocasión de lo anterior, yace una segunda comunicación emitida por la demandada vía correo electrónico al actor adiada el 21 de julio de 2020 referida como *"Respuesta comunicación datada del 17 de julio de 2020 y recibida el 17 de julio de 2020 a las 5:24 p.m. vía correo electrónico"* (Fl. 53 – PDF 02 ANEXO DEMANDA), exponiéndole al accionante que en atención de los preceptos normativos existentes y teniendo en cuenta la imposibilidad de prestar sus servicios en la ciudad de Villavicencio, era la necesidad del traslado a la ciudad de Santa Marta a partir de ese mismo 21 de julio de 2020, poniéndole de presente nuevamente al trabajador las sumas dinerarias para

trasladarse en conjunto con su núcleo familiar, manifestándosele además que no existían restricciones médicas del actor.

El 27 de julio de 2020 vía correo electrónico la demandada solicitó al demandante un informe denominado *"Solicitud de explicaciones"*, para que explicara las razones por las que no se había presentado en su sitio de trabajo en la sede de Santa Marta a efectos de desempeñar la función encomendada como Jefe de Tripulación (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Milita un documento del 12 de agosto de 2020 denominado *"Informe Disciplinario"* emanado del área de Gestión Humana de la demandada, que refiere que el actor no se ha presentado a laborar por el periodo comprendido entre el 21 de julio y el 12 de agosto de 2020, incumpliendo adicionalmente la instrucción de traslado de la ciudad de Villavicencio a la de Santa Marta que le fuese comunicada el 4 de julio de 2020 (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

El 31 de agosto de 2020 BRINKS DE COLOMBIA S.A. le comunicó al demandante que la cuarentena obligatoria a razón de la pandemia de COVID 19 y en atención de las órdenes del Gobierno Nacional había sido levantada, por lo que a partir de ese mismo debía estar atento a la programación que le fuese asignada para sus labores, adicionando que teniendo en cuenta el examen de salud ocupacional se encontraba en óptimas condiciones para laborar (Fl. 76 – PDF CONTESTACIÓN DEMANDA).

El 4 de septiembre de 2020, BRINKS DE COLOMBIA S.A. efectuó apertura al de proceso disciplinario al demandante materializando los hechos de: (i) ausencia injustificada a su sitio de trabajo desde el 21 de julio hasta el 12 de agosto de 2020 y, (ii) incumplimiento a falta de instrucciones, específicamente al documento fechado el 3 de julio de 2020 donde se le trasladaba desde la ciudad de Villavicencio hasta la ciudad de Santa Marta. Allí mismo, se le puso

de presente al actor que se le llevaría a cabo diligencia de descargos el 11 de septiembre de esa anualidad, manifestándosele también que si lo deseaba, podía rendir los descargos acompañado hasta por dos representantes de la organización sindical y que la inasistencia injustificada presumirían por ciertos los hechos que fuesen susceptibles de confesión; sin embargo, podría justificar por escrito y con soporte la inasistencia dentro de los 3 días hábiles siguientes a la misma, decisión que le fue comunicada a través de correo electrónico el 7 de septiembre de 2020 (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

El 10 de septiembre de 2020 el demandante elevó escrito ante la encartada donde indicó ser oído en compañía por los representantes sindicales de nombres JOSÉ ISIDRO HERRERA BELTRÁN y EDWIN DUARTE GARCÍA, por lo que solicitó que por intermedio de la pasiva informara a quien le correspondía, que reprogramara la hora de la diligencia de descargos para que tanto él como los representantes sindicales pudiesen ser escuchados, a lo cual ese mismo 10 de septiembre de 2020 BRINKS DE COLOMBIA S.A. le comunicó al señor LEONARDO FABIO que la fecha en que fueron señalados los descargos le había sido comunicada oportunamente, por lo que podía hacer uso de su derecho de representación y estar acompañado por las personas que deseara, siendo ese derecho respetado en su integridad, sumado a que la carga de citar a esos representantes sindicales recaía en cabeza del mismo trabajador (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

El 9 de septiembre de 2020 en sede de segunda instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio dentro de la acción constitucional de tutela con radicación No. 500014003007 2020 00320 01, confirmó la negativa que produjera en primera instancia el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Villavicencio en sentencia proferida el 4 de agosto de 2020, por medio de la cual el señor LEONARDO FABIO MARBELLO DITTA solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad, salud, vida y trabajo, en el entendido de

que fuese suspendida la orden de traslado a la Ciudad de Villavicencio (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Fue por ello que el 11 de septiembre de 2020 se conectaron de manera virtual (audio y video), el demandante en su calidad de trabajador y el Coordinador de Relaciones Laborales de la demandada con la finalidad de llevarse a cabo la diligencia de descargos, donde después de practicársele una serie de preguntas al demandante, este se rehusó a contestarlas como así quedó consignado en la correspondiente acta, con el argumento de que se le había violado el debido proceso por cuanto sus representantes sindicales no se citaron (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Posteriormente, el 24 de septiembre de 2020 la demandada emitió auto dentro del procedimiento disciplinario, comunicado al actor el 25 de septiembre de ese año, exponiéndole que en atención al debido proceso de que trata el artículo 29 Constitucional se decretaría de manera oficiosa pruebas atinentes a: (i) solicitar información interna si le fueron entregados o pagadas al trabajador valores con ocasión a la orden de traslado a la Ciudad de Santa Marta y, (ii) solicitar información interna si el trabajador había elevado impedimentos con ocasión al traslado a la Ciudad de Santa Marta en cumplimiento del contrato de trabajo (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

En virtud de lo expuesto, el 29 de septiembre de 2020 vía correo electrónico tanto la Directora Administrativa de la Compañía como el Líder de Relaciones Laborales expusieron no haberse encontrado algún soporte elevado por el demandante en lo que atañe al traslado con destino a la Ciudad de Santa Marta (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

El 5 de octubre de 2020, de conformidad con el auto de pruebas del 25 de septiembre de 2020, se corrió traslado del mismo al demandante vía correo

electrónico, para posteriormente, en auto del 13 de octubre de 2020, cerrar el debate probatorio del trámite disciplinario (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Bajo esta égida, atendiendo los preceptos jurisprudenciales y legales referidos en las consideraciones que preceden, en concordancia con la relación de pruebas acreditadas al plenario, la Sala advierte de entrada la confirmación de la decisión proferida por la falladora de instancia ante la configuración de situaciones por las que se puede colegir ausencias injustificadas del demandante señor LEONARDO FABIO MARBELLA DITTA al sitio de labores para con la encartada BRINKS DE COLOMBIA S.A.

Evidente resulta que desde el 3 de julio de 2020 cuando se pregonó el traslado del demandante de la Ciudad de Villavicencio con destino a la Ciudad de Santa Marta, tal situación se llevó a cabo como consecuencia del cierre definitivo de las operaciones de BRINKS DE COLOMBIA S.A. en Villavicencio según se auscultó de lo manifestado por las declaraciones de los señores MIGUEL ÁNGEL SIERRA SANTOS y JULIÁN RODRIGO MILLÁN ENCISO, inclusive el propio demandante.

Ahora bien, desde el 4 de julio de 2020 cuando le fue comunicada la carta de traslado al demandante, la cual indicaba que a partir del 21 de julio de 2020 debía comparecer a laborar en la Ciudad de Villavicencio, del conjunto probatorio se puede apreciar que el actor en ningún momento compareció a sus labores, como tampoco que hubiese acreditado justificación alguna a la empleadora que advirtiera razones atendibles sobre su renuencia; por el contrario, si bien elevó documento a BRINKS DE COLOMBIA S.A. el 17 de julio de 2020 solicitando no efectivizar e traslado debido a sus patologías de salud, prueba que por demás es la única que reposa en el proceso que hubiese elevado ante la demandada, tal situación no puede ser entendida como una razón justificable ante su no asistencia al empleo como Jefe de Tripulación.

Tan es así la configuración de las inasistencias injustificadas, que el 27 de julio de 2020 la demandada requirió al señor LEONARDO FABIO con la finalidad de que expusiera los motivos que condujeron a no comparecer a sus labores, ni mucho menos trasladarse a la Ciudad de Santa Marta, situación que posteriormente, el 4 de septiembre de 2020, desencadenó en la apertura del proceso disciplinario en su contra, donde el actor ni siquiera en la diligencia de descargos que se llevara a cabo el 11 de septiembre del mismo año manifestó las circunstancias que derivaron del abandono del cargo.

Otro aspecto a resaltar, es el hecho que el demandante como así lo confesó en el interrogatorio de parte rendido, para trasladarse a la Ciudad de Santa Marta recibió un pago en el mes de julio de 2020, el cual se encuentra discriminado dentro el plenario como bonificación por reubicación (CARPETA 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO), y si bien expuso en el interrogatorio de parte rendido que el pago lo recibió por creer que eran acreencias laborales, no puede pasarse por alto que no se encontraba desarrollando función alguna desde el mes de julio de 2020.

A razón de las consideraciones hasta aquí expuestas, es evidente que el demandante se ausentó a sus labores durante un tiempo de más dos meses, y si bien refirió encontrarse en inequidad al haber sido trasladado desde Villavicencio a la Ciudad de Santa Marta, ese escenario en nada lo desobligaba de sus funciones e incluso la falta al deber de subordinación frente a BRINKS COLOMBIA S.A., ya que en ningún momento justificó sus inasistencias a la compañía, o por lo menos no obra prueba en el plenario que evidencie lo contrario.

También debe tenerse en cuenta que por el hecho de que BRINKS COLOMBIA S.A. hubiese dispuesto el traslado del actor de ciudad, no implica la transgresión de las garantías mínimas del trabajador a la luz del *ius variandi*, como quiera que, el empleador al existir un cambio de lugar para el desarrollo

de la relación laboral, mantendría las condiciones laborales que venían orientando el contrato de trabajo como es el hecho del salario y demás acreencias laborales, sumado a que la encartada demostró que para el cambio de ciudad al actor le serían suministrados determinados montos dinerarios para el hospedaje e incursión a la nueva ciudad, de ahí que se pueda colegir que en ningún momento existió una desmejora, sin desechar el hecho que el traslado estuvo orientado con ocasión del cierre de operaciones de BRINKS COLOMBIA S.A. en la Ciudad de Villavicencio.

En tal sentido, teniendo en cuenta las conductas endilgadas y los sustentos normativos en las que se basó la demandada BRINKS DE COLOMBIA S.A. ante el abandono del cargo atendiendo el reglamento interno de trabajo, el contrato de trabajo y los dispuesto a la luz del C.S.T., la Sala puede concluir que se encuentran ajustadas a que el finiquito ocurrido se haya llevado a cabo con justa causa, circunstancia por la cual, habrá de confirmarse este aspecto.

El demandante se aqueja además de la vulneración al debido proceso dentro del trámite disciplinario por cuanto existieron irregularidades. Al respecto, resalta la Sala que en lo que atañe al trámite disciplinario, este no impide que la conducta del trabajador se enmarque dentro de un marco en el que no se le pueda despedir, ya que el análisis efectuado en precedencia denotó la incursión de acciones contrarias a lo que determinaba el reglamento interno de trabajo de BRINKS DE COLOMBIA S.A., el contrato de trabajo e incluso, preceptos tanto legales como jurisprudenciales suficientes para la terminación del vínculo contractual por parte del empleador.

Sin embargo, revisado el trámite disciplinario que se le adelantó al actor por parte de BRINKS DE COLOMBIA S.A., no encuentra la Sala que no se llevara a cabo en los mínimos y garantías frente al trabajador, puesto que se le dio apertura el 4 de septiembre de 2020 motivándole la conducta objeto de reproche, comunicándole el derecho con el que contaba para que en la

diligencia de descargos se acercara con dos representantes sindicales, el 11 de septiembre se le citó a descargos donde se le practicaron preguntas concernientes a las conductas endilgadas respecto de lo cual guardó silencio, como tampoco compareció con los representantes sindicales; el 25 de septiembre de ese año se profirió auto de pruebas en aras de solicitar a las respectivas dependencias si el actor había aportado oposiciones o impedimentos durante sus faltas de ausencia, vislumbrándose que no había allegado comunicaciones al respecto, el 5 de octubre de 2020 se le corre traslado al actor sobre la apertura a pruebas sin que tampoco el actor se pronunciara, para así el 13 de octubre de 2020 cerrar el debate probatorio y posteriormente, más exactamente el 15 de octubre de 2020, poner fin al contrato de trabajo conforme se analizó en precedencia, sin que ninguna de las decisiones en comento no se hubiesen notificado.

Así las cosas, no se encuentra vulneración al debido proceso en los términos de la sentencia C-593 de 2014, pues los mínimos que allí se resaltan fueron atendidos por la empleadora en su integridad. Ahora, en tratándose de los representantes sindicales echados de menos por el demandante y que fueron reprochados dentro de los supuestos fácticos de la presente demanda, estos sí fueron expuestos por BRINKS DE COLOMBIA S.A. al momento de dar apertura al trámite disciplinario, lo que se acompasa con el artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo, el cual, no consigna que debiera ser el empleador quien los citara, más aún cuando al ser dichos testigos parte de la organización sindical, podían hacer uso de sus derechos sindicales para la comparecencia a la luz de los preceptos del C.S.T., de lo que se puede concluir que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que el recurso interpuesto no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $300.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **12 2018 00641 01**
Demandante:	LUIS ENRIQUE GONZALEZ RAMIREZ
Demandado:	MUEBLE SUIZO S.A. EN LIQUDIACIÓN Y COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada MUEBLE SUIZO S.A. – EN LIQUIDACIÓN, en contra de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ENRIQUE GONZALEZ RAMIREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad EL MUEBLE SUIZO S.A. EN LIQUDIACIÓN y COLPENSIONES, a fin que se declare que con la sociedad referida medió un contrato de trabajo con vigencia entre el 11 de marzo de 1992 y el 20 de abril de 1993; que debe responder la empleadora por todos los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que no se efectuaron, más la condena solidaria a COLPENSIONES por no activar los mecanismos de cobro, con el correspondiente pago de intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que se vinculó a la empresa EL MUEBLE SUIZO S.A. el 11 de marzo de 1992, relación que perduró hasta el 20 de abril de 1993; que desempeñó el cargo de ayudante en el taller de cerámica, cumpliendo un horario laboral de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., devengando el salario mínimo legal mensual vigente, descontando el empleador el porcentaje destinado a seguridad social.

Que la accionada omitió el pago de aportes en salud y pensiones entre el 11 de marzo de 1992 y el 20 de abril de 1993, así mismo, el ISS, hoy COLPENIONES incumplió con su obligación de efectuar el cobro respectivo en dicho interregno; finalmente que, en respuesta al derecho de petición, la sociedad empleadora refirió que debido a un incendio no era factible entregar constancias de pagos de aportes.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada MUEBLE SUIZO S.A. EN LIQUDIACIÓN contestó la demanda por conducto del liquidador, señalando que no le constan los hechos expuestos en la demanda, por cuanto en auto No. 2019-01-031188 del 13 de febrero de 2019, se decretó la apertura del proceso de liquidación; de igual manera que el actor debe acreditar el susto de hecho narrado, evidenciándose que no coincide el supuesto salario devengado con el mínimo legal de la época de la certificación; así mismo, que de los archivos de la sociedad, solo se advierte una vinculación desde el año 2008.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa y título para pedir, carencia del derecho reclamado, inexistencia del derecho pretendido, inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa.

COLPENSIONES contestó la demanda señalando que no es factible que responda solidariamente por los pagos a seguridad social, pues para que esa carga recaiga debe existir una solicitud o reporte por parte del accionante en relación con los presuntos periodos echados de menos; de tal manera que, al no existir prueba de la relación laboral alegada, no es dable ejercer acciones de cobro.

Propuso y sustentó la excepción previa de falta de reclamación administrativa y las de mérito de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

En auto del 11 de marzo de 2021, el Juzgado dispuso vincular como litisconsorte necesario a COLFONDOS S.A., la que contestó la demanda señalando el demandante se encuentra vinculado con esa AFP desde el 1º de septiembre de 2014, sin que le consten los hechos de la demanda, ni le asista obligación alguna en el pago de aportes pensionales en los extremos aducidos en la demanda.

Propuso y sustentó la excepción previa de falta de integración de litisconsorte necesario, y las de mérito de ausencia de legitimación de la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa del demandante, prescripción, compensación y pago, buena fe y la genérica.

El Juzgado declaró probada la excepción previa la excepción previa de falta de reclamación administrativa, por lo cual se declaró terminado el proceso respecto de COLPENSIONES.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, declaró que entre el accionante LUIS ENRIQUE

GONZÁLEZ RAMÍREZ y EL MUEBLE SUIZO S.A. EN LIQUIDACIÓN entre el 11 de marzo de 1992 y el 7 de marzo de 1993; condenando en consecuencia a la sociedad accionada al pago del cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES por dicho período, con un IBC de $85.000.

Para tal efecto, señaló que al plenario se aportaron certificados que dan cuenta de la existencia del contrato de trabajo; de otra parte, en el interrogatorio de parte del representante legal de la accionada, se señaló que no le consta la existencia del contrato, mientras que el accionante refirió la existencia del mismo, así como los extremos laborales, quien además señaló haberse trasladado a COLFONDOS S.A. Aseveró además que si le fueron expedidas las certificaciones laborales.

La testigo MARIA ISABEL VEGA, quien laboró al servicio de la sociedad accionada, que los archivos datan del año 1995, por ende, no era factible determinar la existencia del contrato de trabajo; respecto de las certificaciones las mismas se expidieron por la señora SANDRA NUBIA PLAZAS, la primera data del 15 de abril de 1992, la cual da cuenta que el accionante laboró desde el 11 de marzo de 1992, con una asignación de $85.000; la segunda es de fecha 8 de mayo 1993, la que hace constar que laboró entre el 11 de marzo de 1992 y el 20 de abril de 1993. Señala que si bien fueron objeto de tacha, la misma fue desistida al no aportarse las pruebas requeridas para el trámite.

Así se debe tener por cierto lo referido en la primera constancia, en tanto en manera alguna se desvirtuó su contenido, ello por cuanto la única testigo refiere haber laborado desde el año 1999, esto es, con posterioridad a la fecha del certificado expedido en el año 1992; además se refirió que en agosto de 2015 se produjo un incendio, por ende, el contenido de la primera certificación no fue desvirtuada. Respecto a la segunda certificación, la misma no será tenida en cuenta, en cuanto es elaborada en computador, lo cual resta credibilidad, al haberse señalado por la testigo que las certificaciones en ficha época se expedían máquina de escribir, aunado a ello que el demandante refirió que la misma se expidió para ingresar a una empresa de vigilancia, lo cual aconteció en el año 1999. Más aún cuando la historia laboral da cuenta que para el 8 de marzo de 1993 ya se encontraba laborando para otro empleador.

Una vez determinado lo anterior, concluyo que el empleador debe solucionar los aportes pensionales mediante un cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES, entidad a la que se encontraba afiliado para dicha época.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para tal efecto, señaló que se propuso como excepciones falta de causa y título para pedir, carencia del derecho reclamado, inexistencia del derecho pretendido, inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa, las cuales debía declarar probadas; de otra parte, que la *a-quo* no tenía a su alcance presumir el extremo final del contrato, en tanto de darse

credibilidad a la certificación aportada al plenario, el mismo sería la fecha de expedición de la misma, esto es, el 15 de abril de 1992, sin que sea factible extenderse hasta el 7 de marzo de 1993.

De otra parte, que el mismo demandante señaló que se expidió para realizar un curso de colador y hornero, lo cual carece de lógica en tanto ya había desempeñado supuestamente tal actividad, para la cual debía estar capacitado, existiendo así incongruencias que le restan validez; así las cosas, no se encuentra acreditada la existencia de la relación laboral, máxime cuando las versiones del actor se contradicen con la prueba documental, específicamente folio 23 y 24 de una petición elevada ante COLPENSIONES, el actor manifiesta que su historia laboral se extendió entre el 10 de julio de 1991 y el 20 de septiembre de 1992, lo cual no se corresponde con lo pretendido.

De igual manera, que el actor afirmó que laboró para el señor LEOPOLDO, y que el certificado fue expedido como un favor para realizar un curso. Adicionalmente, no corresponde el salario aducido en la demanda con el reportado en el certificado. Tampoco se estableció el lugar de prestación del servicio, en tanto el actor solo refiere a un taller, aunado a ello que otras empresas realizaron aportes para los años 1991 y 1993.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala abordará como problema jurídico si el accionante acreditó la existencia de la relación laboral, a efectos de ordenar el pago de los respectivos aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

4.3 Del caso en concreto:

Previo al abordaje de los planteamientos jurídicos expuestos en precedencia, sea lo primero indicar que el accionante aduce en el supuesto fáctico de la demanda que laboró al servicio de la sociedad EL MUEBLE SUIZO S.A. EN LIQUDIACIÓN entre el 11 de marzo de 1992 y el 20 de abril de 1993, desempeñando el cargo de ayudante en el taller de cerámica, devengando el salario mínimo legal mensual vigente, sin que se haya verificado por el empleador el pago de aportes pensionales.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL933-2023, Radicación No. 92014 del 3 de mayo de 2023, señaló:

"Debe recordarse que la Corte ha reiterado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la existencia de un contrato de trabajo o una relación legal y reglamentaria; o lo que es igual, es la actividad efectiva desarrollada en favor de un empleador, la que causa o genera el deber de realizar los aportes respectivos a nombre del trabajador afiliado.

"Sobre el tema, en sentencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270, la corporación explicó que «en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la decisión CSJ SL8082-2015 se señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio»; y en la decisión CSJ SL759-2018 se sostuvo que: «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras»; línea de pensamiento reiterada recientemente por esta Sala en sentencia CSJ SL2868-2022.

"Así las cosas, los derechos pensionales y las cotizaciones al sistema se dan como consecuencia del trabajo; se causan por el hecho de que el afiliado hubiese laborado y están dirigidos a garantizar al asalariado o a sus beneficiarios un ingreso económico periódico. De allí que, para que pueda hablarse de inclusión de cotizaciones, es necesario que haya pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo, los aportes de un empleador deben tener sustento en una relación de trabajo real (CSJ SL1847-2020 y CSJ SL2868-2022).

"[…]

De igual manera, respecto de la mora patronal en la afiliación y pago de portes la Alta Corporación, refiere:

"Por tanto, es dable colegir que, en este caso, los ciclos de mayo de 2004 a mayo de 2005 no corresponden a una mora del empleador, sino que respecto de ellos no existe la respectiva inscripción al sistema, lo que hace que este tiempo no pueda ser convalidado únicamente con el pago extemporáneo de los aportes, en la forma como fueron sufragados a través de los comprobantes de transacción o de depósito denunciados y registrados en la Historia Laboral.

"En estos eventos, como bien lo señala la censura al invocar la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la omisión en la afiliación se subsana a través del reconocimiento de un cálculo actuarial, como el que requirió Colpensiones en comunicación del 11 de octubre de 2017, obrante en el expediente administrativo.

"Debe tenerse presente que las circunstancias de mora patronal y falta de afiliación, así como sus consecuencias son diferentes. Mientras que la primera surge cuando, existiendo la relación laboral y la afiliación oportuna al sistema de pensiones, el empleador dejar de sufragar los aportes; en la segunda, se omite el deber de vincular o inscribir al trabajador al sistema pensional. Bajo este entendido, cuando se presenta mora en el pago de aportes, sin que la administradora hubiese ejercido acciones de cobro, los ciclos adeudados deben contabilizarse para efectos pensionales, y el empleador tiene que cumplir la obligación de cancelar la cotización respectiva con sus intereses; si se trata de falta de afiliación, el tiempo servido solo podrá convalidarse a través del mecanismo legal del cálculo actuarial.

"[…]

"En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación.

"[…]

"Ahora, cosa distinta es que se advierta la omisión en el deber de afiliación del trabajador al sistema general de pensiones por parte del empleador, lo que apareja su falta de ingreso al sistema, ya que, en tal circunstancia, aquel debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al período omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, instrumento legal que refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y de cuyo traslado a la administradora pensional, por parte del empleador omiso, depende el reconocimiento de la prestación pensional. Tal circunstancia es la que estima el recurrente, se presentó en el caso bajo estudio, y que más adelante pasará a verificar la Sala.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que al plenario se aportaron como pruebas que dan cuenta de la existencia del contrato de trabajo, dos certificados, el primero de ellos, de fecha 15 de abril de 1992, el cual da cuenta:

"Por medio de la presente certificamos que el señor LUIS ENRIQUE GONSÁLEZ RAMIREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 79'234.634 de Suba (Cundinamarca), trabaja actualmente en esta empresa desde el día 11 de Marzo/92 desempeñando el cargo de colador y Hornero en el Taller de Cerámica con una asignación mensual de Ochenta y cinco mi pesos M/te ($85.000=).

Ahora bien, el accionante al absolver el interrogatorio de parte, señaló que fue contratado para elaboración de botones para los muebles, siendo contratado con el señor LEOPOLDO para laborar en el taller de porcelana; de igual manera refiere con respecto a la certificación que las mismas fueron expedidas por la Jefe de Personal SANDRA NUBIA PLAZAS, quien la expidió a

solicitud del interesado y para efectos de hacer un curso que necesitaba hacer en un colegio de porcelana, por cuanto debía aprender aspectos adicionales como decorado de botones.

Así las cosas, no se advierte que se haya desvirtuado de sus dichos el contenido de la primera certificación, más aún cuando como lo señaló la *a-quo* la testigo MARIA ISABEL VEGA no da cuenta que la misma no se corresponda con la realidad, en tanto solo refiere que no existen registros y que para el mes de agosto de 2015 acaeció un incendio, más aún cuando aseveró laborar desde enero de 1999 hasta febrero de 2019.

Ahora bien, debe acotarse frente a la documental atinente al archivo del expediente administrativo GEN-ANX-CI-2014_10125379-20141203105917, el cual incluye un listado de las semanas que el actor aduce no se reportan en su historia laboral, incluyendo en el numeral 13 *"El Mueble suizo LTDA […] 10-jul-1991 20-sep-1992"*, advierte en efecto una contradicción con los extremos de la certificación, situación que también se predica entre el salario reportado de $85.000 y el aducido en la demanda en el mínimo legal mensual vigente, el cual para el año 1992 ascendía a $65.190, lo cierto es que tales aspectos no tienen la incidencia suficiente para restar el valor probatorio a la certificación expedida por la sociedad empleadora.

Debe acotarse que, sobre el valor probatorio de certificados laborales, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360,

reiterada en las CSJ SL, 23 sep. 2009, rad. 36748; CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393; CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666 y CSJ SL17514-2017, señaló:

> *"El Juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el Juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el Juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.*

Así las cosas, la inconsistencia en extremos en la petición elevada ante COLPENSIONES, así como el salario aducido en la demanda, no tiene la contundencia de desvirtuar el hecho certificado por el empleador.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la *a-quo* desestimó el valor probatorio de la segunda certificación, el cual contenía el extremo final de la relación laboral, aunado a ello que el accionante refirió que dejó de trabajar por los malos tratos que le impartía el empleador, por ende, no era factible presumir como extremo final de la relación laboral, el día anterior al pago de aportes por otro empleador el 8 de marzo de 1993, y, tal como lo aduce el recurrente, en ese evento se debe acoger como extremo final la fecha del

certificado laboral, que sería la única fecha cierta que se tiene de la data hasta la cual al menos duró la relación laboral.

Así las cosas, el primer certificado se expidió el 15 de abril de 1992, y la segunda certificación fue desestimada por razones cruciales, como el haberse elaborado en computador sobre el membrete realizado en máquina de escribir, sin que exista prueba alguna de la prestación del servicio y de la existencia del contrato de trabajo entre el 16 de abril de 992 y el 7 de marzo de 1993, motivo por el cual se modificará la decisión de primer grado en ese aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** que entre el señor LUIS ENRIQUE GONZÁLEZ RAMÍZREZ y EL MUEBLE SUIZO S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, existió un

contrato de trabajo del 11 de marzo de 1992 al 15 de abril de 1992, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a EL MUEBLE SUIZO S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL al pago de los aportes en pensión a favor del accionante, previo cálculo actuarial que para el efecto elabore COLPENSIONES, por el período comprendido entre el 11 de maro de 1992 y el 15 de abril de 1992, tomando un IBC de $85.000.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la decisión de primer grado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

|REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **12 2022 00034 01**
Demandante:	ALVARO ORJUELA ROMERO
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.070.018.966 y T.P. 373906 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 11 de abril de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALVARO ORJUELA ROMERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia y la nulidad de la afiliación que efectuó en marzo de 1998, a través de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., por omisión a su deber de información; asimismo, se declare que siempre ha estado válidamente afiliado a COLPENSIONES.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES las sumas que obran en su cuenta individual de ahorros, tales como, aportes, bonos y sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, es decir, con los rendimientos que se hubiesen causado. Además, se condene a COLPENSIONES a aceptar su traslado, a recibir los anteriores emolumentos y a actualizar su historia laboral. Por último, se condene en costas y agencias en derechos, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que nació el 23 de junio de 1961, e inició su vida laboral realizando cotizaciones a pensión desde el 1º de noviembre de 1981, en el régimen de prima media con prestación definida, alcanzado un total de 714.

Seguidamente, adujo que en marzo de 1998 un asesor de PORVENIR lo persuadió para que se trasladara del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que le suministrara información suficiente sobre las consecuencias del traslado de régimen. Igualmente, expuso que cuenta con 1521 semanas. De esa forma, indica que solicitó a las demandadas su traslado a COLPENSIONES, pedimento que fue despachado de forma negativa, adicionalmente, sostuvo que le fue efectuada proyección pensional en la que se indica que su pensión en el régimen de prima media ascendería a $1.851.588. (f. 5 a 20 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. refirió en su contestación, que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, dado que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho, frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en atención a que no se aporta prueba que permita colegir que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que es nulo. Por ende, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 2 a 27 archivo 08).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, bajo el entendido que el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PORVENIR S.A., se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, evidenciándose así, que ese fondo asesoró en su decisión de traslado al gestor, luego, es completamente valida y ajustada a derecho la afiliación a ese régimen, adicionalmente, puso de presente que el actor se encuentra incurso en la prohibición de traslado del artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (f. 2 a 13 archivo 09).

Entre tanto, PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda, dijo oponerse a las pretensiones del libelo demandatorio, además, arguyó que la afiliación del actor a esa administradora es plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, aunado a que estuvo precedida de una asesoría adecuada, suficiente, clara y oportuna de su parte, lo que se

corrobora con la firma del formulario de vinculación, por lo que no existe razón para que COLPENSIONES deba recibir al gestor como afiliado en el régimen que administra, ya que no existió vicio del consentimiento, ni causal alguna de ineficacia en la configuración del acto jurídico en cuestión.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la de reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (f. 2 a 24 archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de abril de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizada por el señor ÁLVARO ORJUELA ROMERO identificado con C.C. No. 19.391.096 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 12 de marzo de 1998 junto con la afiliación efectuada posteriormente a PROTECCIÓN el 9 de octubre de 2018, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor ÁLVARO ORJUELA ROMERO al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ÁLVARO ORJUELA ROMERO tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a PORVENIRS.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales*

que le fueron descontados al demandante, durante el tiempo que permaneció afiliado a esta, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor ÁLVARO ORJUELA ROMERO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de $1.160.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a su favor."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, con la finalidad de que este pueda adoptar una decisión respecto del cambio de régimen e, incluso, para interponer los derechos del trabajador sobre su interés propio, pues la simple suscripción del formulario de afiliación no implica *per se* que dicha información haya sido suministrada, de allí que no sea necesario que quien alega la ineficacia del traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse, como tampoco ser beneficiario del régimen de transición, precisando que el deber de información, no se prueba con el formulario de afiliación.

De ese modo, al verificar las pruebas recaudadas en el trámite procesal, la *a-quo* concluyó que atendiendo la carga de la prueba en cabeza del fondo privado, en el asunto de marras PORVENIR S.A. no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle al actor al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que hace que ese traslado se torne ineficaz, con la consecuente devolución de los

emolumentos que esa situación conlleva, declarando no probadas las excepciones propuestas y condenando en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Indicó en su alzada que, si dio cumplimiento al deber de información lo cual se prueba con el formulario, por lo que no se le puede exigir prueba adicional, aunado a que no estaba obligada a efectuar proyecciones para el momento del traslado, de modo que, al contrario, se debió tener en cuenta que el gestor efectuó traslados horizontales en ese régimen, lo que confirma su voluntad de permanecer en el RAIS y el conocimiento de las características del mismo.

De otra parte, refirió que no es procedente devolver los gastos de administración y seguros previsionales, en tanto los últimos no están en su poder, pues se les dio el destino que refiere la ley. En cuanto a los primeros, dijo que están permitidos por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, lo que generó unos rendimientos superiores a sus aportes, dada la debida administración de su parte. Adicionalmente, adujo que no es viable la indexación a la que fue condenada, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, lo que genera un doble cobro, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia.

Por su parte COLPENSIONES solicitó en su alzada revocar la condena, argumentando que debe existir correspondencia entre voluntades, es decir, que la realidad es un reflejo de lo que aparece firmado, de modo que no quede duda de pertenecer a un régimen, adicional el actor se encuentra dentro de las prohibiciones de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por lo que la declaratoria del traslado atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema.

Finalmente, solicita la revocatoria de costas procesales en virtud a que los aspectos aquí es consecuencias de la omisión directa o indirecta del actuar de los fondos privados, por lo que esa entidad actuó con apego a la normativa vigente y la buena fe.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 12 de marzo de 1998 y a PROTECCIÓN S.A. el 9 de octubre de 2018, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de mayo de 1998 y el 1º de diciembre de 2018, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (f. 28 y 63 archivo 08 y f. 51 y 67 archivo 11).

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

Por otra parte, el aquí demandante señor ALVARO ORJUELA ROMERO en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que estando al servicio del BANCO SUDAMERIS arribaron asesores de PORVENIR los cuales hablaron de las bondades de ese fondo, entre ellos, de los rendimientos; razón por la cual tomó la decisión de trasladarse de régimen. Asimismo, manifestó que no leyó el formulario de afiliación dado que la reunión fue masiva, por lo que los

asesores diligenciaban el documento en cuestión y él lo suscribió, lo cual hizo de forma voluntaria. Sobre su traslado a PROTECCIÓN, dijo que se dio por cuanto se acercaron asesores del fondo a su lugar de trabajo manifestando que en esa administradora obtendría mejores rendimientos, agregando que desea trasladarse de régimen por cuanto confía más en el fondo público, lo cual intentó llevar a cabo, pero esa solicitud fue negada ya que se encontraba a menos de diez años de la edad de pensión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta la demandada COLPENSIONES con relación a la condena en costas de primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*

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

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a recibir las contingencias que reposan en la cuenta individual de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debidamente indexadas; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio.

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

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

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada; sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de condenar a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontaron al gestor en el tiempo de permaneció en esos fondos.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 11 de abril de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontaron al gestor en el tiempo de permaneció afiliado a esos fondos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **12 2022 00068 01**
Demandante:	MONICA BIBIANA LOPEZ PERDOMO
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.469.231 y T.P. 365.0941 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 20 de abril de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MONICA BIBIANA LOPEZ PERDOMO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la

ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos rendimientos, intereses e indexación. Además, se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada en el régimen que administra. Por último, se condene en costas y agencias en derechos, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que ha efectuado cotizaciones al sistema general de pensiones a través de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., desde el 30 de marzo de 1982 hasta el 31 de enero de 2021, alcanzando un total de 1953 semanas. Destacó que el asesor del fondo privado no le suministró la información necesaria para tomar la decisión, induciéndola en error.

Seguidamente, adujo que el 24 de junio de 2021 solicitó a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. que tramitaran su traslado y continuidad en el régimen de prima media, pedimento que negaron las encartadas. Finalmente, expuso que la mesada pensional que le reconocería el fondo privado no le seria favorable, respecto del que le reconocería COLPENSIONES, aspecto que nunca se le puso de presente. (f. 5 a 16 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, bajo el entendido que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PORVENIR S.A., se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, evidenciándose así, que ese fondo asesoró en su decisión de traslado a la gestora, luego, es completamente válida y ajustada a derecho la afiliación a ese régimen, adicionalmente, puso de

presente que la actora se encuentra incursa en la prohibición de traslado del artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (f. 2 a 12 archivo 06).

PORVENIR S.A. refirió en su contestación, que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, dado que estuvo precedido de una asesoría profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993, sin que se allegue prueba alguna de la ineficacia del traslado o la nulidad deprecada que permita colegir que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que es nulo. Por ende, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 2 a 28 archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de abril de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizada por la señora MONICA BIBIANA LOPEZ PERDOMO identificada con C.C. No. 51.723.736 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 14 de marzo de 1997, conforme a lo expuesto.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora MONICA BIBIANA LOPEZ PERDOMO al régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la*

señora MONICA BIBIANA LOPEZ PERDOMO tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora MONICA BIBIANA LOPEZ PERDOMO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de $1.160.000 para cada una.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a su favor."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, con la finalidad de que este pueda adoptar una decisión respecto del cambio de régimen e, incluso, para interponer los derechos del trabajador sobre su interés propio, pues la simple suscripción del formulario de afiliación no implica *per se* que dicha información haya sido suministrada, de allí que no sea necesario que quien alega la ineficacia del traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse, como tampoco ser beneficiario del régimen de transición, precisando que el deber de información, no se prueba con el formulario de afiliación.

De ese modo, al verificar las pruebas recaudadas en el trámite procesal, la *a-quo* concluyó que atendiendo la carga de la prueba en cabeza del fondo privado, en el asunto de marras HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle al actor al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, como tampoco las

consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que hace que ese traslado se torne ineficaz, declarando así la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, declarando no probadas las excepciones propuestas y condenando en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Indicó en su alzada que dio cumplimiento al deber de información dado que así lo manifestó la actora en el interrogatorio de parte que rindió, en el que confesó que recibió asesoría en una reunión grupal según las obligaciones que tenía el fondo para el año 1997, de lo cual da cuenta el formulario que suscribió, por lo que no se le puede exigir prueba adicional, enfatizando que el interés de la actora para retornar a COLPENSIONES es el monto de su mesada y no la omisión en el deber de información.

De otra parte, solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia de instancia, que ordenó devolver los gastos de administración, comisiones, sumas adicionales descontada, e indexación, en tanto les dio el destino que refiere la ley, los cuales están permitidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, lo que generó unos rendimientos superiores a sus aportes los cuales no genera el fondo público, dada la debida administración de su parte, En cuanto a los seguros previsionales adujo que ya no están en su poder pues cumplieron su función en el tiempo en que la actora estuvo en esa administradora, al igual que lo atinente a los bonos el cual no ha redimido, sobre la indexación dijo que con el traslado de los rendimientos financieros se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, igualmente solicita se revoque la condena en costas en tanto se está frente a un punto de derecho respecto del cual, no se puede allanar.

Por su parte COLPENSIONES solicita en su alzada se revoque la sentencia de primer grado, argumentando que debe existir correspondencia entre voluntades, es decir, que la realidad es el reflejo de lo que aparece firmado, de modo que no queda duda de pertenecer a un régimen, siendo el interés de la promotora en el presente caso el valor de su mesada, adicional a esto, ésta se encuentra dentro de las prohibiciones de que trata el artículo 2º de la Ley 797

de 2003, por lo que la declaratoria del traslado atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema.

Finalmente, solicita la revocatoria de la condena en costas procesales en virtud a que los aspectos aquí debatidos son consecuencia de la omisión directa o indirecta del actuar de los fondos privados, por lo que esa entidad actuó con apego a la normativa vigente y la buena fe.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso,

el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos*

pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos*

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 14 de marzo de 1997, vinculación que se hizo efectiva el 1º de mayo de 1997, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (f. 30 y 68 archivo 09). Formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante señora MONICA BIBIANA LOPEZ PERDOMO en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que su vinculación con

HORIZONTE se dio a través de un asesor, quien compareció a la oficina en donde laboraba, y en una reunión grupal de una hora de duración, aproximadamente, les indicó que el ISS se iba a liquidar, por lo que no podría cumplir con las obligaciones que tenía a futuro, y tras diligenciar el formulario y verificar que la información estuviese correcta, los suscribió. Que su motivo para retornar a COLPENSIONES alude a que la información que le suministró el fondo privado en inicio no corresponde a la realidad, dado que se le dijo que accedería a la pensión a menor edad y en una mesada más elevada, y según información que le dieron cuando ya se estaba cerca a la edad de pensión, era que se pensionaria con el mínimo, lo cual no corresponde con el tiempo que ha aportado al sistema y el valor de sus aportes.

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

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

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

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

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

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

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

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

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

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la

Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

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

de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presentan las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con relación a la condena en costas de primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

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

De esa forma, al haber sido evidente que las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, además, fueron condenas a devolver y recibir las contingencias que reposan en la cuenta individual de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad debidamente indexadas; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fueron vencidas en juicio.

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

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

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

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada; sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de condenar a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó a la gestora en el tiempo de permaneció en ese fondo. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 20 de abril de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó a la gestora en el tiempo de permaneció afiliada a ese fondo y a HORIZONTE, debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral	1100131050 **16 2021 00076 01**
Demandante:	LUZ MARINA GARCIA SUAREZ
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ MARINA GARCIA SUAREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la ineficacia de la afiliación que realizó a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de septiembre de 2000.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condena PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la actora a COLPENSIONES, junto con todos los valores que haya recibido por concepto de cotizaciones, bonos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados.

Además, se ordene a COLPENSIONES la reciba como afiliada sin solución de continuidad en el régimen que administra y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 18 de abril de 1966 y realizó cotizaciones a pensión al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 25 de abril de 1991 hasta el 15 de enero de 1997. De otra parte, refirió que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 27 de septiembre de 2000, a través de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A.

Seguidamente, adujo que el fondo privado en cuestión no le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna, de modo que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos de ese nuevo régimen, y pudiese compararlos con las condiciones del régimen de prima media con prestación definida, tampoco fue informada sobre el derecho de retracto y la prohibición de traslado de régimen establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Enfatizó que el 17 de abril de 2013 recibió un correo electrónico de PROTECCIÓN S.A., en el cual le informaba los requisitos y condiciones para acceder a la pensión de vejez en ambos regímenes, advirtiéndole que si deseaba trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, tendría plazo hasta ese mismo día, es decir, el 17 de abril de 2013, para hacer el respectivo trámite ante COLPENSIONES, por lo que diligenció el formato entregado por esa administradora, manifestando que su decisión era la de trasladarse al régimen de prima media la cual remitió a PROTECCIÓN S.A. en esa misma calenda a las 03:29 p.m., empero, ante la premura con la que se brindó esa información no le fue posible acercarse al fondo público, por lo que actualmente sigue afiliada a ese fondo y no se encuentra pensionada.

En otro giro, adujo que solicitó a las demandadas la ineficacia de su afiliación al RAIS y su afiliación al régimen de prima media, pedimento que fue denegado por las encartadas, sin embargo, según proyección realizada por el fondo privado, evidenció que su pensión en el RPMPD sería superior a la que obtendría en el RAIS. (f. 1 a 16 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que el traslado de régimen que realizó la actora está revestido de legalidad, razón por la cual no existe justificación para realizar la transferencia de fondos, enfatizando que la actora pudo trasladarse dentro de la oportunidad que la ley prevé para tal fin.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido y buena fe. (f. 1 a 11 archivo 15).

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

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad

atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declarará la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (f. 1 a 32 archivo 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de enero de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada por la demandante señora LUZ MARINA GARCIA SUAREZ identificada con cédula de ciudadanía No 51.916.345, y que tuviera lugar el día 27 de septiembre del año 2000 por ante Santander Pensiones y Cesantías hoy AFP PROTECCIÓN S.A.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los valores por capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general toda suma recibida en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los recursos, conforme a las condenas de los numerales anteriores, y reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, el cual se declara como el único régimen válido, en el que se ha encontrado afiliada la demandante. Deberá reflejar COLPENSIONES en la historia laboral de cotizaciones, igual número de semanas que han sido cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.*
>
> *CUARTO: DECLARAR No probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.*
>
> *QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los valores de Un Cuarto de Salario Mínimo legal Mensual Vigente, a cargo de cada una de las demandadas, como valor de las agencias en derecho."*

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

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

Por consiguiente, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., ordenando al fondo privado llamado a juicio trasladar todas las sumas recibidas como valor de cotizaciones, gastos de administración y en general todos los recursos que hubieran recibido por motivo de cotizaciones, además declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de septiembre de 2000, vinculación que se hizo efectiva el 1º de noviembre de 2000, según el reporte SIAFP. (f. 40 y 48 archivo 20). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara,

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

Por otra parte, la demandante LUZ MARINA GARCIA SUAREZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que su traslado a SANTANDER se llevó a cabo en el año 2000, cuando fue llamada por parte de recursos humanos de una empresa para firmar contrato, precisando que no recibió asesoría de parte de un asesor del fondo, y que ese era el fondo que manejaba la empresa, el cual escogió porque recientemente había abierto una cuenta con SANTANDER y ellos les ofrecían unos beneficios con unas tarjetas; adicionalmente, indicó que le dijeron que iba a tener una cuenta de ahorros y que tendría rendimientos, por lo que firmó el formulario de manera voluntaria.

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

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que*

desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746

del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*

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

Así las cosas, debe precisar la Sala que luce acertada la decisión del *a quo*; sin embargo, se adicionará en el sentido de condenar a PROTECCIÓN S.A. a retornar a COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a prorrata del tiempo en que permaneció la actora en ese fondo y en SANTANDER, conceptos que deberá devolver debidamente indexados al momento de su pago; de la misma forma, deberá indexar lo atinente a primas de seguros previsionales.

SIN COSTAS en esta instancia al no haberse causado.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 18 de enero de 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a prorrata del tiempo en que permaneció la actora en ese fondo y en SANTANDER y/o ING, conceptos que deberá devolver debidamente indexados al momento de su pago; de la misma forma, deberá indexar lo atinente a primas de seguros previsionales.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones antes expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

SALVO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral	1100131050 **16 2021 00115 02**
Demandante:	SANDRA YAMILE BAQUERO PIRAQUIVE
Demandado:	VQ INGENIERÍA S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

La abogada de COLPENSIONES doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, impetró escrito solicitando la renuncia de poder de su representada, arguyendo la terminación del contrato civil y comercial que se suscribió en su momento con la encartada. Para tal efecto, advierte la Sala que su solicitud se **NIEGA**, en tanto, de conformidad con lo estatuido en el inciso 4 del artículo 76 del C.G.P., no se allegó al plenario constancia de la comunicación que se hiciera a la entidad sobre dicha renuncia de poder.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SANDRA YAMILE BAQUERO PIRAQUIVE promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad VQ INGENIERÍA S.A.S., a fin de declararse que con la encartada existió un contrato de trabajo de obra o labor desde el 3 de octubre de 2019, el cual fue finalizado de manera unilateral y sin justa causa por la pasiva encontrándose en estado de embarazo.

A razón de lo anterior, se le condene a VQ INGENIERÍA S.A.S. a que se le reintegre en las mismas condiciones que se encontraba para el 30 de octubre de 2020, junto con el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, cálculo actuarial por semanas dejadas de cotizar, aportes de ARL, vacaciones y lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita.*

Como pretensiones subsidiarias, solicita se declare que la encartada la despidió de manera injustificada, de allí que se le condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización por habérsele despido sin justificación en estado de embarazo y sin autorización del Ministerio del Trabajo, así como el pago de licencia de maternidad equivalente a 14 semanas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que la sociedad VQ INGENIERÍA S.A.S. la contrató mediante contrato de trabajo por obra o labor determinada para desempeñar el cargo de Ambiental II Básica Media, cumpliendo inicialmente un horario de trabajo de 14 días interna por 7 días de descanso, para posteriormente desempeñar un horario 28 días interna en sus labores por 14 días de descanso, servicio que prestaba en Campo Rubiales Meta, donde ECOPETROL tiene extracción y producción de petróleo.

Que en igual sentido, también cumplía las funciones de interventora ambiental a aliados de ECOPETROL, consistentes en vigilar, observar y verificar que se cumpliera con el programa de manejo ambiental y así evitar la contaminación ambiental, devengando un salario mensual de $4.200.000.

Relató que el 30 de octubre de 2020 fue despedida de manera unilateral y sin justa causa, calenda para la cual contaba con 14 semanas de embarazo, situación que ya había comunicado tanto a la EPS como a la encartada, sumado al hecho que se le despidió sin que la obra o labor para la cual se le había contratado hubiese finalizado, como quiera que el trabajo de vigilancia de la protección ambiental debe ser permanente frente a las explotaciones de petróleo que lleva a cabo ECOPETROL, para así evitar el calentamiento global.

Adujo que a pesar de que VQ INGENIERÍA S.A.S. tenía conocimiento de su estado de embarazo, no se le dio ninguna validez por cuanto no existía certificación emanada de la EPS. Por último, sostuvo que la pasiva incumplió con el pago de los salarios y demás prestaciones laborales hasta el día en que fue despedida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

VQ INGENIERÍA S.A.S. contestó la demanda manifestando que con la demandante el 3 de octubre de 2019 se suscribió contrato de trabajo por la duración de una obra o labor contratada, la cual finalizó el 31 de octubre de 2020 como consecuencia del finiquito de la actividad por la que se le contrató, así como que el último salario devengado por la actora ascendió a la suma de $4.359.600.

En lo que atañe al estado de embarazo argüido por la demandante, expuso que la comunicación de dicha gestación fue informada posteriormente a la finalización del contrato de trabajo, al igual que la actora señaló que la prueba

de embarazo se le practicó el mismo día de la fecha del finiquito, pero sin que se denote el tiempo de embarazo que ostentaba, adicional a que, el contrato culminó con fundamento en lo establecido en el literal d) del numeral 1º del artículo 61 del C.S.T.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa, inexistencia de fuero de maternidad, falta de conocimiento del estado de embarazo de la demandante, buena fe, mala fe de la demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin causa, prescripción, cosa juzgada y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia de las obligaciones demandadas e inexistencia del fuero de maternidad.

Para arribar a dicha conclusión, expuso no existir controversia de la existencia del contrato de trabajo que ató a las partes cuyos extremos se comprendieron entre el 3 de octubre de 2019 y el 31 de octubre de 2020 bajo la modalidad de obra o labor contratada.

Asimismo, indicó que de conformidad con lo estatuido en el artículo 239 del C.S.T., los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia e incluso por la Corte Constitucional, se constituye una exigencia notificar al empleador sobre el estado de embarazo que se alega por la gestante o, en su defecto, que el empleador conozca de dicha situación dentro del ámbito laboral, con la finalidad de que empiece a operar el fuero de

embarazo, el cual por demás abarca desde la comunicación que se le efectúe al empleador hasta la licencia de maternidad, junto con los periodos legales de descanso.

Seguidamente, relató que al plenario fue aportada la carta de terminación del contrato de trabajo expedida por VQ INGENIERÍA S.A.S. calendada el 30 de octubre de 2020 y que fuese comunicada a la demandante vía correo electrónico en la misma fecha a la hora de las 6:21 p.m., a lo que la demandante también a través de correo electrónico a la hora de las 8:59 p.m. de ese mismo día, manifestó a la encartada sobre el estado de embarazo, adjuntando para lo pertinente una prueba de embarazo casera.

Por tal razón, el *a-quo* concluyó que, del caudal probatorio acreditado al plenario, incluyendo la práctica de testimonios e interrogatorios de parte, no se logró demostrar que con anterioridad a la comunicación del finiquito laboral, esto es, 30 de octubre de 2020, hubiese comunicado al empleador el estado de embarazo al empleador, como tampoco que la demandante para ese momento fuese su embarazo un hecho notorio, ya que ella misma confesó creer que para el interregno de la terminación contractual tenía aproximadamente un mes de gestación, de allí que no se pueda presumir que el despido estuvo atado a una base discriminatoria fundada en el estado de embarazo que presentaba, pues si bien existe el principio de libertad probatoria, este debe reunir supuestos certeros y claros para su aplicabilidad a favor de la parte demandante, aspectos todos por los que absolvió de las pretensiones principales impetradas.

Seguidamente, analizó lo concerniente a la pretensión subsidiaria de indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., a lo cual enfatizó que tampoco gozaba de prosperidad en la medida que la actividad laboral desempeñada por la demandante se encontraba atada a la acción que se había contratado entre la demandada VQ INGENIERÍA S.A.S. con

ECOPETROL S.A., que finalizó para la misma calenda en que culminó el contrato de obra o labor de la actora.

Al unísono, manifestó que, al no encontrarse la demandante amparada por el fuero de maternidad, no había lugar a la indemnización de esta estirpe.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que la decisión de primera instancia debe revocarse en su integridad, para en su lugar acceder a las pretensiones principales o subsidiarias.

Refirió que la decisión adoptada por el fallador de instancia debe analizarse a la luz de un marco legal y jurisprudencial emanado por la Corte Constitucional, e incluso en un marco probatorio de la sana crítica, como quiera que el artículo 43 de la Constitución Nacional da una protección especial a las trabajadoras en estado de embarazo, aspecto que fue ignorado por el *a-quo*, adicional al hecho que el artículo 228 de la misma Carta consigna que los derechos sustanciales priman sobre los formalismos, lo cual debe operar dentro del presente asunto ya que en Colombia no existe la tarifa legal de pruebas, tan es así que el artículo 83 define que las actuaciones de los particulares se presumen de buena fe.

Que en la sentencia SU 075 de 2018 es amparable para los derechos perseguidos en lo que atañe a la estabilidad por embarazo pregonada, por lo que debe aplicarse dentro del presente asunto, así como que no fue aplicado lo dispuesto en el artículo 236 del C.S.T. y no se acudió al Ministerio del Trabajo para solicitar el despido.

De otra parte, argumentó que teniendo en cuenta que el despido ocurrió en la anualidad 2020, esa situación impidió que el empleador conociera del estado de embarazo ante la dificultad de podérselo comunicar.

En últimas, expuso no ser cierto que la obra ambiental hubiese finalizado, pues esta permanece en el tiempo y por ende diariamente, máxime si ECOPETROL no cesa en ningún momento sus actividades petrolíferas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin existir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención del recurso de apelación interpuesto, la Sala deberá auscultar en primer lugar si la aquí demandante al momento de la finalización del contrato de trabajo se encontraba amparada por la estabilidad del fuero de maternidad y, por consiguiente, si es merecedora del reintegro aludido, junto con el pago de las acreencias laborales pretendidas desde el momento de la terminación del vínculo y hasta que se haga efectivo dicho reintegro, la indemnización por despido en estado de embarazo sin previa autorización del Ministerio del Trabajo y el pago de la licencia de maternidad.

De no salir avante lo anterior, de manera subsidiaria se determinará si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los problemas jurídicos pregonados en precedencia, sea lo primero indicar que no fue objeto de controversia que entre la aquí demandante señora SANDRA YAMILE BAQUERO PIRAQUIVE y la sociedad demandada VQ INGENIERÍA S.A.S. existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2019 y el 31 de octubre de 2020, vínculo laboral mediante el cual la actora ostentó el cargo de Ambiental II Básico Media, desempeñando como último salario el equivalente a $4.359.600, prueba de ello es la copia del contrato de trabajo, los otrosí suscritos respecto del mismo, la carta de finalización del mismo expedida por la pasiva calendada el 30 de octubre de 2020, liquidación de prestaciones sociales y la certificación laboral expedida por la encartada (Fls. PDF 04 ANEXOS DEMANDA, PDF 05 ANEXOS DEMANDA, Fls. 70 a 81, 82 a 83, 85, 87, 88, 90, 93, 94 a 141 174 a 175 y 78 – PDF 11 CONTESTACIÓN DEMANDA).

d. De la estabilidad laboral reforzada por la situación de embarazo:

Una vez determinado lo anterior, se debe señalar que al tenor de lo preceptuado por el artículo 239 del C.S.T., se ha considerado que no produce efectos el despido perpetrado en el momento del embarazo o durante los tres meses posteriores al parto, presumiéndose que tal actuación obedece a un acto discriminatorio por causa o en razón del embarazo, cuando no se cuenta con la debida autorización del Inspector del Trabajo.

Igualmente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral morigeró su criterio frente a la terminación del contrato a término fijo cuando la trabajadora está en embarazo, reorientando su postura hacia la protección a la maternidad prevista en el artículo 43 constitucional y demás normativa interna vigente como lo son los artículos 239, 240 y 241 del C.S.T., complementada con los diferentes instrumentos internacionales que propenden no solo por eliminar la discriminación por esa especial condición,

sino también por otorgar un apoyo mínimo en el ámbito laboral, durante el embarazo y en el lapso que transcurre con posterioridad al parto -licencia de maternidad-, consistente en la prohibición de que la trabajadora sea despedida durante dicho interregno y con ocasión de ello, instrumentos internacionales como lo son los Convenios 3 de 1919, 103 de 1952 y 183 de 2000, en concordancia con la Recomendación 191 de 2000.

Por lo tanto, en la actualidad la ley y la jurisprudencia propenden por constituirse en medida real de protección, denominada fuero de maternidad, que debe garantizarse por parte del empleador independientemente del tipo de contrato laboral que una a la trabajadora que se encuentre embarazada en vigencia del mismo, pues en todo caso, la finalidad de aquélla es proteger a la madre y al hijo que está gestando.

Por ello, aun cuando la expiración del término pactado en los contratos a término fijo no constituye una causa de despido, sino un modo de terminación del mismo, lo cierto es que, de esas dos situaciones, converge una misma consecuencia, cual es, que la trabajadora queda cesante, circunstancia cuya ocurrencia es la que precisamente se pretende evitar, en aras de un efectivo amparo de la trabajadora y de aquél que está por nacer.

En tal sentido, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte de la Representante Legal de VQ INGENIERÍA S.A.S. señora DORA JANETH MEJÍA GUEVARA, quien manifestó que es Ingeniera Civil y Magister. Que el cargo de Ambiental II Básico Media tiene amplias funciones, pero fundamentalmente apoya gestión ambiental de los proyectos que desarrolla en este caso el cliente ECOPETROL, ya que VQ INGENIERÍA S.A.S. es una empresa de consultoría que dentro de un marco contractual presta servicios de gestión de seguridad industrial y salud ocupacional y del medio ambiente, precisando que el cargo en mención también apoya la gestión ambiental que se desarrolla en los diferentes proyectos.

Que entre el año 2019 y 2020 no conoció a la demandante, ya que dentro de la estructura organizacional de la compañía no tiene contacto directo con todos los empleados. Que para el año 2020 aunque estuvieron en condición de pandemia no le consta que la actora en todo momento hubiese prestado su labor de manera virtual, ya que en algunas ocasiones el personal viajaba a prestar servicios presenciales.

Expuso que las modalidades de turnos de la demandante eran en jornadas diferentes, así como que el contrato de trabajo de la actora finalizó por cuanto culminó la obra o labor contratada que se circunscribía a la orden de servicios que la compañía suscribió con ECOPETROL la cual se extinguió el 31 de octubre de 2020, y si bien ECOPETROL inició una nueva orden de servicios a partir del 1º de noviembre de 2020, no requirió el servicio que venía desempeñando la demandante.

Refirió ser cierto que VQ INGENIERÍA S.A.S. tenía varios frentes de trabajo con ECOPETROL para el mes de octubre de 2020, al igual que no se tiene conocimiento durante la vigencia del contrato de trabajo sobre el estado de embarazo de la demandante, ya que esa información y pruebas las allegó con posterioridad al finiquito laboral que finalizó en el mes de octubre de 2020.

Por su parte la demandante señora SANDRA YAMILE BAQUERO PIRAQUIVE refirió en su interrogatorio de parte que de manera voluntaria celebró el 3 de octubre de 2020 contrato de trabajo con VQ INGENIERÍA S.A.S. cuyo término era por la obra o labor contratada, cuyo objeto era que ella se obligaba a entregar su capacidad de trabajo en el desempeño de las funciones como Ambiental II Básico Medio para el desarrollo de la orden de servicios No. 10 en el marco del contrato No. 3021449 que suscribiera la demandada con ECOPETROL, y a finalizar la orden de servicios No. 10 existieron distintas

órdenes de servicios que fueron prorrogando su contrato de trabajo, siendo exigencia de ECOPETROL la presencia de un Ambiental II Básico Media.

Que el 30 de octubre de 2020 VQ INGENIERÍA S.A.S. le informó vía correo electrónico la finalización de su contrato de trabajo, así como que el 30 de octubre de esa anualidad conoció de su estado de embarazo debido a los síntomas que estaba presentando, por lo que se practicó una prueba de embarazo casera y al salir positiva pidió cita a su EPS, la cual fue asignada el 3 de noviembre de 2020, manifestando a su vez que antes del finiquito laboral no puso en conocimiento a la empleadora el estado de embarazo, sino después de ello, más exactamente ese mismo 30 de noviembre de 2020 a la hora de las 8:00 p.m., adjuntando la prueba de embarazo casera, y para la fecha de finalización de su contrato tenía alrededor de un mes de embarazo.

Expuso seguidamente que se realizó ante la EPS dos pruebas de embarazo el día 9 de noviembre de 2020.

El testigo señor ARLEY CARRANZA LOZANO expuso que trabaja con la POLICÍA NACIONAL en la Oficina de Planeación, siendo Patrullero, así como que es pareja de la demandante hace más de 7 años (tachado de sospecha).

Que el mismo día en que la demandante se practicó la prueba de embarazo casera fue que la demandada le comunicó la carta de despido, es decir, el 30 de octubre de 2020, carta que se le puso en conocimiento aproximadamente a las 6:00 p.m.

Refirió que la demandante prestaba sus servicios laborales para la demandada en Campo Rubiales, trabajando en un turno de 14 horas por 7 horas de descanso, últimos que los tomaba en Facatativá Cundinamarca. Expuso no conocer la modalidad de contrato de la actora. Tiene entendido que después

de practicarse la prueba casera la demandante requirió a su EPS para la práctica de exámenes correspondientes a su gestación.

Que la demandante el mismo día que fue despedida comunicó vía correo electrónico acerca de su estado de embarazo el 30 de octubre de 2020 en horas de la noche, aspecto del que tuvo conocimiento por cuanto la actora se lo manifestó, sin que la encartada le hubiese cancelado a su compañera algún tipo de indemnización ante su estado de embarazo.

Que los servicios la demandante los desempeñaba en Campo Rubiales en el año 2020, al igual que la actora le manifestó que a finales de octubre de esa anualidad la encartada finalizó su contrato de trabajo. Recuerda que la actora le comunicó acerca de su estado de embarazo para finales del mes de octubre de 2020, sin recordad la fecha exacta.

La testigo ADRIANA PATRICIA SALAZAR MONTOYA expuso que es Administradora de Empresas. Que conoce a la demandante alrededor de 5 años por cuanto ambas pertenecen a un movimiento de defensoras de derechos humanos.

Adujo que la demandante cuando laboraba al servicio de VQ INGENIERÍA S.A.S. se comunicaba con el movimiento sobre cómo se estaba desarrollando su trabajo en esa empresa, donde se desempeñaba como Ingeniera Ambiental, pero sin saber en qué cargo específico, y sin que en ningún momento hubiese visto de manera presencial el tipo de actividades que desarrollaba la actora.

La testigo NIDIA PATRICIA GUEVARA GRIMALDOS refirió que es Ingeniera Industrial y actualmente labora al servicio de VQ INGENIERÍA S.A.S. en el cargo de Directora de Talento Humano desde aproximadamente 3 años y 2 meses (tachada de sospecha). Que no conoce personalmente a la demandante, pero

sabe que laboró al servicio de la compañía desempeñando el cargo de Ambiental II Básico Media mediante contra de trabajo por obra o labor.

Que el cargo Ambiental II Básico Media tiene diversas funciones dentro de la compañía, siendo prioridad la verificación de temas ambientales, análisis de información ambiental, realizar visitas dentro de las instalaciones de los campos petroleros, entre otros, poniendo de presente que laboró por el periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2019 y el 31 de octubre de 2020, inicialmente prestando servicios a la orden de servicios No. 10 según el contrato suscrito por ECOPETROL, orden que fue variando de números según la continuidad que les daba el cliente ECOPETROL, lo que conllevó a su vez que a la demandante se le realizaran distintos otrosíes hasta que culminó con ocasión de la finalización de la orden de servicios que comunicara la mentada ECOPETROL.

Expuso que la terminación del contrato de trabajo de la demandante le fue comunicado a través de correo electrónico el día 30 de octubre de 2020 alrededor de las 6:30 p.m., así como que después de notificado el finiquito, la actora allegó una comunicación también vía electrónica informando acerca de su estado de embarazo ese mismo 30 de octubre de 2020 a la hora de las 9:00 p.m., correo que la compañía lo revisó al día hábil laboral siguiente que lo fue el 3 de noviembre de 2020.

Arguyó que el correo que remitió la actora consistía a su estado de embarazo, adjuntando una prueba casera que reflejaba ser positiva, por lo que se acercaría a la EPS a realizar las confirmaciones correspondientes, y que para el mes de noviembre de 2020 allegó a la compañía información relacionada con los exámenes de embarazo como lo fueron pruebas de embarazo positivo. Dijo que el salario de la actora arrojaba aproximadamente la suma mensual de $4.456.000, salario que era fijo.

La testigo LINA LORENA ÁNGEL ORTÍZ manifestó que es Ingeniera Industrial y labora para VQ INGENIERÍA S.A.S. como Profesional Control de Proyectos, laborando allí desde aproximadamente 3 años (Tachada de sospecha). Que no recuerda haber visto a la demandante personalmente, pero sí que estaba vinculada al contrato mediante el cual se le prestaba servicios al cliente ECOPETROL S.A. y su grupo empresarial, ejerciendo el cargo de Ambiental II Básico Media y a través de una modalidad contractual de obra o labor.

Refirió no tener presente la fecha de ingreso de la demandante, puntualizando que sus funciones consistían en la gestión de información ambiental, elaboración de informes ambientales y seguimiento y cumplimiento al plan de trabajo ambiental propuesto por ECOPETROL.

Por otra parte, de la prueba documental traída a juicio, se aprecia que yace la carta de finalización del contrato de trabajo que expidiera la demandada VQ INGENIERÍA S.A.S. a la actora calendada el 30 de octubre de 2020, por medio de la cual le indicó que la culminación del vínculo contractual de obra o labor sería a partir del 31 de octubre de esa misma anualidad a razón de la terminación de la labor para el servicio 2.2.8 Ambiental II Básico Media, carta de finalización que le fuese comunicada a la demandante mediante correo electrónico en idéntica fecha a su expedición, esto es, 30 de octubre de 2020, a la hora de las 6:21 p.m., donde se consignó lo siguiente (PDF 05 ANEXOS DEMANDA, fls. 174 a 175 – PDF 11 CONTESTACIÓN DEMANDA):

> *"Sandra, buen día*
>
> *Adjunto la carta de terminación laboral con fecha de retiro 31 de octubre de 2020, por favor firmar y retornar para dar continuidad al proceso de liquidación laboral.*
>
> *Aprovechamos la oportunidad para agradecerte por los servicios prestados a la compañía y te deseamos éxitos en tus futuras labores."*

Seguidamente, yace correo electrónico que remitiera la demandante a la encartada ese mismo 30 de octubre de 2020 a la hora de las 8:59 p.m., mediante el cual se le indicó a esta última (PDF 05 ANEXOS DEMANDA, fls. 174 a 175 – PDF 11 CONTESTACIÓN DEMANDA):

> *"Buenas noches*
>
> *En relación a la cancelación de mi contrato, el día de hoy me hice una prueba de embarazo el cual arroja positivo (adjunto foto).*
>
> *Me encuentro realizando la solicitud de citas médicas y laboratorios correspondientes por parte de mi eps para confirmar el resultado. Y proceder a mi Atención gestacional."*

Foto adjunta que fue acreditada por la demandada y de la cual se evidencia que ese mismo 30 de octubre de 2020 en efecto la demandante comunicó un test de embarazo de carácter farmacéutico (fl. 177 – PDF 11 CONTESTACIÓN DEMANDA).

En igual sentido, la actora allegó exámenes e historia clínica calendados los días 3, 5, 9 y 24 de noviembre de 2020, en los cuales se advierte su estado de embarazo, reflejándose también en el examen practicado el mentado 24 de noviembre que en ese momento presentaba una edad gestacional de 7.2 semanas (PDF 03 ANEXOS DEMANDA).

Bajo este contexto, menester resulta recalcar que el disenso de la trabajadora señora SANDRA YAMILE BAQUERO PIRAQUIVE versa principalmente a que su despido se dio encontrándose en estado de embarazo, el cual arguye le fue comunicado a la empleadora VQ INGENIERÍA S.A.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido su postura que en concordancia con el amparo de fuero de maternidad estatuido en el artículo 239 del C.S.T., resulta necesario como tópico piramidal que el empleador conozca del estado de la trabajadora, así lo

reseñó en forma doctrinaria en la sentencia SL-351-2021, Radicación No. 73770 del 10 de febrero de 2021:

> *"Se recuerda que el Tribunal para confirmar la decisión absolutoria de primer grado, consideró que conforme al material probatorio arrimado al informativo, al momento en que la empresa decidió dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo a la promotora, el 1 de marzo de 2012, esta no tenía conocimiento sobre el estado de embarazo en el cual se encontraba la señora Herrera, y que ni siquiera la propia trabajadora lo sabía, con base en lo cual concluyó que esa desvinculación no obedeció a la gravidez, razones por las que no había lugar a aplicar las presunciones previstas en el artículo 239 del CST.*
>
> *Pues bien, para dar respuesta a la censura, de entrada debe señalarse que la razón no está de su parte, pues contrario a lo afirmado por ella, no es cierto que el Tribunal haya soslayado la aplicación del artículo 239 del CST, toda que como fácilmente se escucha en el audio que contiene la sentencia, fue uno de los pilares en que fundó su decisión, solo que con acierto advirtió, que no podía hacerle producir los efectos que allí se consagran, en tanto que la presunción allí establecida no había operado, por cuanto halló demostrado que la accionada para el momento en que decidió finalizar el vínculo contractual que la unía con la promotora del litigio, no tenía conocimiento del estado de gestación en que ella se encontraba, y que incluso, la misma actora confesó en el interrogatorio de parte que comunicó tal situación a la convocada al proceso, solo hasta después del finiquito de la relación laboral.*
>
> *Ahora bien, no sobra aclarar, que aun cuando la demandante para la fecha en la cual se venció su contrato de trabajo el 1 de marzo de 2012, ya se encontraba embarazada, no puede perderse de vista que para ese entonces tal hecho no era notorio como lo quiere hacer ver la recurrente, pues ni siquiera era de conocimiento de la propia trabajadora, toda vez que en ese momento solo contaba con pocas semanas de gestación, conforme se infiere del certificado médico expedido el 9 de marzo de 2012, de tal suerte que si la señora Herrera no era conocedora de su propia gravidez para la data en que culminó su contrato de trabajo, mucho menos puede pretenderse que su empleador por simple vista o factores externos, fuera conocedor de ese hecho.*
>
> *En ese orden, al ser un hecho incuestionable que la convocada a juicio desconocía el estado de gestación de la trabajadora, cuando termino su contrato, se tiene que la solución jurídica aplicada por el Tribunal resulta ser la acertada, pues mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que su decisión obedeció a ello.*

Sobre este puntal aspecto, esto es, la necesidad del conocimiento por parte del empleador como exigencia legal para efectos de la protección laboral de la mujer en estado de gravidez, se pronunció la Sala en sentencia CSJ SL7270-2015, en donde sostuvo:

[…] tal como quedó señalado en el devenir procesal, el Tribunal halló demostrado: (i) que la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes, obedeció a la decisión unilateral y sin justa causa del empleador, a partir del 14 de junio de 2007; (ii) que posteriormente, la actora notificó su estado de embarazo, mediante misiva de fecha «26 de junio» de ese mismo año, y (iii) que la accionada a través de la comunicación adiada 29 de junio de 2007, le informó a la demandante que su comunicación carecía de «efecto jurídico laboral» .

[…]

Lo anterior, por cuanto la protección a la maternidad-a menos que se trate de un hecho notorio, que no lo fue en este asunto-,se contrae al ciclo comprendido entre la notificación del estado de gestación, la licencia de maternidad y los períodos legales de descanso, luego no resulta acertado pretender que el despido efectuado por la empresa a la trabajadora, antes de conocer su embarazo, le otorgue fuero de maternidad […].

En esa línea, al ser un hecho incuestionable que la convocada a juicio desconocía el estado de gravidez de la trabajadora, cuando procedió a su despido, se tiene que la solución jurídica aplicada por el Tribunal resulta ser la acertada, pues como se dijo en precedencia, mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que la decisión obedeció a ello.

En efecto, acerca de la necesidad del conocimiento empresarial como exigencia legal para efectos de la protección al empleo, esto es, sobre la información que oportunamente suministra la trabajadora grávida, esta Sala de la Corte tuvo la oportunidad de pronunciase en la CSJ SL, 28 sep. 1998, rad. 10993, reiterada en decisiones CSJ SL, 28 oct. 2002, rad. 18493, CSJ SL, 22 feb. 2007, rad. 29016 y CSJ SL, 30 ago. 2011, rad. 40283, en la cual adoctrinó:

> *(….) La Corte Suprema en esta ocasión precisa igualmente que en verdad para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador, por cualquier medio, porque la Ley no exige tarifa legal al respecto, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez. Si el conocimiento*

patronal deriva de la información que suministra la propia trabajadora de encontrarse encinta, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección.

Dicha necesidad de conocimiento del empleador en manera alguna puede estimarse como atentatoria de la dignidad personal o como algo excesivo, sino, por el contrario, como una carga lógica y mínima, porque tiende a preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la protección estatuida en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8º del Decreto 13 de 1967. Por tanto, pugnaría contra esos principios y contra los textos legales que los desarrollan que se imponga el pago de una indemnización, o de los demás efectos pertinentes, a alguien que terminó por justa causa un contrato que en principio debía ser calificada previamente por el Inspector de Trabajo dado un estado de embarazo que el obligado a cumplir los trámites gubernamentales ignoraba.

En síntesis, si la protección legal apoyada en la censurable discriminación en el empleo consiste en la presunción de despido por motivo de embarazo, es lógico que no puede predicarse tal propósito de quien termina el nexo jurídico con ignorancia del soporte del hecho presumido.

Entonces tampoco resultaba viable presumir que el motivo de la finalización del contrato de trabajo obedeció al embarazo de la accionante, en tanto, en el sub lite no concurrió el requisito del conocimiento de la gestación previo al despido y, en consecuencia, el juez de alzada tampoco incurrió en el yerro jurídico que se le enrostra. (subrayado fuera del texto original).

En este orden, siguiendo las anteriores enseñanzas jurisprudenciales, no resulta viable presumir que el motivo de la finalización del contrato de trabajo obedeció al estado de gestación de la accionante, por cuanto se itera, el mismo no era de conocimiento del empleador, lo que descarta de tajo que esa decisión de la empresa tuviera como móvil el que la actora estuviese embarazada."

Así las cosas, en atención de la anterior valoración probatoria, la Sala puede concluir que, conforme lo decidió el *a-quo*, dentro del presente asunto no operó la estabilidad laboral por fuero de maternidad deprecado por la demandante, pues palmario resulta que teniendo en cuenta los postulados tanto legales como jurisprudenciales, si bien el estado de embarazo es un resguardo ineludible para aquellas trabajadoras que lo ostentan, lo cierto es que para su activación *prima facie* debe ser requisito *sine qua non* el conocimiento del empleador sobre la condición, aspecto que no se configuró dentro del presente asunto, puesto que claramente de las probanzas de carácter documental quedó consignado que la comunicación del embarazo se le notificó a VQ INGENIERÍA S.A.S. con posterioridad al finiquito laboral.

Tampoco de los interrogatorios de parte y testimonios surtidos en juicio se extrajo situación contraria de lo anteriormente mencionado, ya que de las declaraciones surtidas por el señor ARLEY CARRANZA LOZANO y ADRIANA PATRICIA SALAZAR MONTOYA, compañero sentimental y amiga de la demandante, el primero enunciado lo único que indicó fue que su compañera le manifestó que el 30 de octubre de 2020 en las horas de la noche comunicó sobre su estado de embarazo a la empleadora, mientras que la segunda adujo no recordar si quiera la fecha en que se le despidió a la actora, así como que esta última era quien le comentaba sobre los sucesos que se venían presentando dentro de la compañía; convirtiéndolos así en testigos de oídas como quiera que no tuvieron conocimiento directo sobre los acontecimientos aquí pregonados.

Al unísono, del interrogatorio de parte de la Representante Legal de VQ INGENIERÍA S.A.S. y las declaraciones de las señoras NIDIA PATRICIA GUEVARA GRIMALDOS y LINA LORENA ÁLGEL ORTÍZ, Directora de Talento Humano y Profesional de Proyectos de la encartada, no existió confesión de la primera referida, como tampoco aspectos trascendentales en sus relatos por las segundas de que hubiese existido alguna comunicación o situación similar

de que la demandante hubiese puesto en conocimiento su estado de gestación con anterioridad al finiquito.

Por el contrario, del interrogatorio de parte rendida a la propia demandante, se pudo auscultar que en efecto el estado de embarazo que presentaba lo comunicó a su empleadora en las horas de la noche del 30 de octubre de 2020, esto es, después de la finalización de su contrato de trabajo.

Otro aspecto, es que si en gracia de discusión se tuviese en cuenta la aplicabilidad de la postura emanada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 075 de 2018 como lo alude el extremo demandante en su alzada, tampoco le asiste derecho alguno para la activación de este fuero de maternidad, como quiera que para su amparo el Órgano de Cierre Constitucional en dicha decisión también puso de presente que para que opere esta figura se necesitan requisitos mínimos, así lo adujo:

> "*Debido a la existencia de una considerable dispersión de posturas jurisprudenciales en relación con el alcance de la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada, esta Corporación profirió la Sentencia SU-070 de 2013, a través de la cual unificó los criterios que sostuvieron las distintas Salas de Revisión de la Corte y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto. En este sentido, la Sala Plena estableció dos reglas principales en relación con esta materia: (i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente: (a) La existencia de una relación laboral o de prestación y; (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.* ***(ii) No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador****; y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.*"

Aspecto de comunicación al empleador que, como ya se hizo precisión, carece de fundamento probatorio su configuración, situaciones todas por lo que la

decisión de primera instancia habrá de confirmarse sobre este puntual aspecto.

Lo anterior, conlleva a su vez a que no goce de prosperidad lo atinente al reintegro pretendido, el pago de las acreencias laborales pretendidas desde el momento de la terminación del vínculo y hasta que se haga efectivo dicho reintegro, la indemnización por despido en estado de embarazo sin previa autorización del Ministerio del Trabajo y el pago de la licencia de maternidad, toda vez que al tenor de lo establecido en el artículo 239 del C.S.T., el finiquito laboral no obedeció al embarazo que presentaba la demandante.

e. De la pretensión subsidiaria atinente al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T.:

Así las cosas, vale advertir que en tratándose a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL1684-2022, Radicación No. 86012 del 17 de mayo de 2022, SL1582-2022, Radicación No. 85407 del 10 de mayo de 2022, SL1459-2022, Radicación No. 88111 del 4 de mayo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

En este escenario, palmario resulta para la Sala que atendiendo la carga probatoria que le asiste al demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.S.T., la misma se acreditó a plenitud como quiera que, certificó al plenario la carta de terminación de la relación laboral que se expidiera por la encartada el 30 de octubre de 2020, documento que por demás

no fue refutado de falso y que incluso también se aportó por la empleadora VQ INGENIERÍA S.A.S.; circunstancia por la cual, le atañe a empleador comprobar que las conductas allí consignadas para el soporte del finiquito sucedieron dentro de un escenario legal entendido como una terminación justa.

Así las cosas, la referida carta argumenta lo siguiente:

> *"Estimado Señor(a).*
>
> *Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990 inciso d), le informo la terminación del contrato de trabajo por DURACION DE LA OBRA O LABOR, suscrito con Usted el día 03 de octubre de 2019, en concordancia con las cláusulas Primera y Tercera del mismo. En virtud a lo anterior, se le notifica que su contrato de trabajo finaliza el día 31 de octubre de 2020, mismo día que finaliza la labor para Servicio 2.2.8 Ambiental II Básico complejidad media en la ODS 28v2 a la cual fue vinculado en el cargo Ambiental II Básico complejidad media.*
>
> *Le solicitamos hacer entrega del Back up de toda la información digital manejada durante el desarrollo de sus labores. De igual manera, requerimos haga la entrega por escrito del cargo desempeñado y de los elementos que le hayan sido asignados para el desarrollo de sus actividades. Para esto debe solicitar los formatos correspondientes a la Administración.*
>
> *A sí mismo, le informo que, después de la fecha de terminación podrá dirigirse al centro médico ZONA MEDICA ubicado en Carrera 45 No 105 – 21 Costado Occidental frente a estación de Transmilenio calle 106 en Bogotá, para la práctica del examen médico de egreso. Si dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de terminación usted no se presenta a realizarse el examen ocupacional de la referencia, la organización entenderá que usted renuncia a este derecho. De igual manera, le informamos que antes de presentarse al centro médico debe comunicarse al área de Talento Humano, Cel: 3112110316, Tel. 5188487 Ext 6002-6003, o escribir al correo drh@vqingenieria.com para realizar la autorización de su examen médico.*
>
> *Agradecemos se comunique con el área a cargo para la cancelación de las prestaciones a las que tiene derecho.*

Aprovechamos la oportunidad para agradecerle los servicios prestados a esta empresa y esperamos poder contar con Usted en una próxima oportunidad."

Como se aprecia del texto de la motiva, la finalización del contrato de obra o labor contratada sucedió atendiendo la terminación justa de que trata el literal c) del artículo 61 del C.T.S., es decir, por la expiración del plazo pactado, en concordancia con las cláusulas primera y tercera del contrato escrito que suscribieran las partes.

Al respecto, el contrato de obra o labor contratada que suscribieran las partes el 3 de octubre de 2019, evidencia que a la demandante se le contrató en el cargo de Ambiental II Básico Media a efecto de desempeñar su labor en Puerto Gaitán. También, en sus clausulados primero y tercero se determina:

*"**PRIMERA.** – OBJETO. Por medio de este contrato, el Trabajador se obliga a incorporar su plena, leal y exclusiva capacidad de trabajo en el desempeño de las funciones como **AMBIENTAL II BÁSICO MEDIA** en su lugar de vinculación o donde la compañía le designe, bajo la exclusiva dependencia de EL EMPLEADOR, para el desarrollo de la **ORDEN DE SERVICIOS No. 10 cuyo objeto es "SERVICIOS PARA LA GESTIÓN HSE EN VIP HUB ORIENTE CAÑO SUR Base Puerto Gaitán Meta". En el marco del contrato No. 3021449 suscrito entre VQ INGENIERÍA Y ECOPETROL S.A.".***

***TERCERA.** – MODALIDAD DEL CONTRATO. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes de mutuo acuerdo disponen que el presente contrato se celebra bajo la modalidad de contrato de trabajo por obra o labor contratada, por lo que la duración del mismo corresponderá al tiempo estrictamente necesario para la realización de la obra denominada proyecto. **ORDEN DE SERVICIO No. 10 cuyo objeto es "SERVICIOS PARA LA GESTIÓN HSE EN VIP HUB ORIENTE CAÑO SUR Base Puerto Gaitán Meta"**.*

En consecuencia, este contrato terminará en el momento en que la obra antes mencionada termine de conformidad con lo indicado anteriormente.

***PARÁGRAFO:** Las partes reconocen que el contrato de trabajo finaliza con la entrega formal y real de todos y cada uno de los entregables*

relacionados con la obra o labor ejecutada y constar que el archivo de documentos derivados de la realización de los trabajos fue entregado al área encargada de gestión documental."

Como se asentó en los clausulados de la contratación, plenamente quedó consignado que la demandante señora SANDRA YAMILE BAQUERO PIRAQUIVE estaba contratada para el desarrollo del cargo Ambiental II Básico Media que se derivara de la orden de servicios No. 10 a razón del contrato interadministrativo No. 3021449 que suscribiera la demandada VQ INGENIERÍA S.A.S. con ECOPETROL S.A.

En tal sentido, se aprecia que la actora suscribió con la encartada los otrosíes No. 001 del 1º de enero de 2020, 002 del 30 de marzo de 2020, 003 del 31 de mayo de 2020, 004 del 1º de julio de 2020 y 005 del 6 de septiembre de 2020, los cuales fueron cambiando en el tiempo la orden inicial de servicios No. 10, pero en todo momento a razón del mismo contrato interadministrativo No. 3021449 celebrado entre la demandada y ECOPETROL S.A. el 12 de marzo de 2019 y cuyo objeto era los servicios para la gestión HSE en ECOPETROL S.A. y su grupo empresarial Zona D, el cual se desarrollaría mediante la expedición de órdenes de servicios ODS que la mentada ECOPETROL S.A. le solicitara a la demandada, era que se encontraba atada la vinculación de la demandante.

Por tal razón, al ser la última orden de servicio (ODS) No. 28 y 2, para el cargo de Ambiental II Básico Media, la Sala puede colegir que el contrato de la demandante finalizó de manera justificada ante la terminación del plazo pactado de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 61 del C.S.T., máxime si se tiene en cuenta que según lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P. en lo atinente a la carga probatoria por parte de la actora, en concordancia con lo estatuido en el artículo 61 del C.P.T. sobre la libertad probatoria con que se encuentra facultado el Juez laboral, la señora SANDRA YAMILE BAQUERO PIRAQUIVE no logró demostrar que el cargo de Ambiental

II Básico Media se hubiese prorrogado en el tiempo en atención del contrato interadministrativo No. 3021449 del 12 de marzo de 2019.

Asimismo, no puede atenderse el argumento de alzada por la parte demandante cuando reseñó que la actividad ambiental en todo momento permanece sobre la actividad petrolífera que desarrolla ECOPETROL S.A. y, por ende, el cargo de Ambiental II Básico Media, toda vez que como ya se precisó, el contrato de trabajo de la demandante desde su inicio, se encontró supeditado a la prórroga de su cargo dentro del contrato interadministrativo No. 3021449 del 12 de marzo de 2019, cargo que no volvió a ser objeto de emisión de órdenes de servicio por ECOPETROL S.A., situaciones todas que conllevan a que la sentencia de primera instancia sea confirmada en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que el recurso interpuesto no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $300.000 a favor de la parte actora, las

cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **20 2021 00606 01**
Demandante:	JORGE ENRIQUE RIVERO CADENA
Demandado:	JOSÉ EDILSON MARTÍNEZ ARIAS
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Previamente debe acotarse que la parte demandante solicita en los alegatos de conclusión que se decrete la medida cautelar de que trata el artículo 85A del C.P.T. y de la S.S.; sin embargo, tal petición debe tramitarse ante el Juzgado de primera instancia, ello en tanto la normativa citada regula que se debe llevar a cabo el trámite atinente a la audiencia especial en la cual se practican pruebas y se decide lo pertinente mediante proveído que además es susceptible del recurso de apelación; por lo cual no es dable pretermitir la instancia y fallar en segunda instancia un aspecto que no se ventiló en la primera instancia, por lo cual se rechaza de plano el pedimento.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la partes demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORGE ENRIQUE RIVERO CADENA promovió demanda ordinaria laboral en contra del señor JOSÉ EDILSON MARTÍNEZ ARIAS a sociedad MÁRMOLES Y PIEDRAS DEL NORTE S.A.S., a fin que se declare que entre las partes existió un contrato ficto de trabajo con vigencia entre el 8 de mayo de 2008 y el 20 de marzo de 2020, devengando desde el extremo inicial hasta el 31 de diciembre de 2016 la suma de $1.800.000 y desde el 1 de enero de 2017 en adelante, la suma de $2.500.000, contrato de trabajo que terminó de maneral unilateral por el empleador y sin que medie una justa causa.

En consecuencia, se condene al accionado al pago de la indemnización por despido sin justa causa, el cálculo actuarial por las cotizaciones no realizadas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por el período comprendido desde el 8 de mayo de 2008 y el 20 de marzo de 2020, auxilio de cesantías, sanción por la no consignación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que ingreso a trabajar con el accionado el 8 de mayo de 2008, refiriendo que la relación laboral estaba basada en un contrato de prestación de servicios profesionales, para lo cual ejercía funciones de instructor de conducción, tanto en la parte práctica como teórica, devengando hasta el año 2016 $1.800.000 y a partir del 1 de enero de 2017 $2.500.000.

Que la prestación del servicio se desarrolló en diversos establecimientos de comercio registrados a nombre del señor JOSÉ EDILSON MARTÍNEZ ARIAS, entre los denominados "AUTORINCON", "CONDUFONTY", "INSTITUTO AUTO RINCON CEA DE FONTIBON" y "AUTO ACADEMIA VEINTE DE JULIO".
Que la labor se prestaba utilizando los vehículos, herramientas e instalaciones que proporcionaba el demandado, aunado a ello que le impartía órdenes y los horarios de trabajo que debía cumplir.

Finalmente, que al encubrirse la relación laboral el accionado le adeuda las acreencias laborales y de la seguridad social deprecadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado no contestó la demanda en el término legalmente conferido para ello.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de octubre de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia entre el 31 de mayo de 2008 y el 28 de febrero de 2020; condenó al accionado al pago de auxilio de cesantías por valor de $11.312.010, intereses a las cesantías por monto de $1.301.860, prima de servicios en valor de $11.312.010, compensación de vacaciones por valor de $5.310.066, el cálculo actuarial con destino al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, la sanción por falta de consignación oportuna al fondo de cesantías por valor de $115.320.519 y la suma diaria de $83.333,33 desde el 28 de febrero de 2020 y hasta por 24 meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

Para tal efecto estimó que al plenario se aportaron certificados que acreditan la prestación personal del servicio, así como el contrato de prestación del servicio, lo cual acredita que el demandante laboró como instructor de conducción en establecimientos de comercio de propiedad del accionado; de otro lado, que la presunción atinente a que el servicio se prestó en virtud de un contrato de trabajo, no fue desvirtuada por pasiva, en tanto no se dio contestación de la demanda y no milita medio de convicción alguno que acredite que el servicio se prestó de manera autónoma e independiente, por el contrario, se aportó un llamado de atención que da cuenta de la subordinación, lo cual fue corroborado por la testigo MIRIAM BELTRÁN.

Respecto de los extremos laborales, señaló que en certificación se hizo constar que el actor laboraba desde el mes de mayo de 2008, por ende, acogió el 31 de mayo de 2008 como extremo inicial; así mismo que el 28 de febrero de 2020 se adecúa al

extremo final, al existir una certificación expedida en tal data, sin que se aporte otro medio de convicción que indique una fecha posterior.

Frente al salario refiere que no se aportó prueba del salario de los años 2008 a 2013, 2015, 2016, 2018 y 2019, por lo cual acogió el mínimo legal Para el año 2014 se certificó $1.800.000 y para el año 2017 y 2020 de $2.500.000.

Así las cosas emitió condena por concepto de las acreencias laborales deprecadas por activa, señalando frente a la sanción por la no consignación de cesantías y moratoria, que no se acreditó un actuar de buena fe pro parte del empleador. En lo atinente a la indemnización por despido injusto, que el accionante no acreditó el hecho del despido, por lo que absolvió de dicho pedimento.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó su alzada en que el *a-quo* en virtud de los principios *indubio pro operario* y de no regresividad, el salario no debía estimarse en el mínimo legal mensual vigente para los años 2008 a 2013, 2015, 2016, 2018 y 2019, ello en tanto se acreditó que devengaba $1.800.000 para el 2014 y $2.500.000 para el año 2017, por ende no era factible interpretar de manera regresiva una suma inferior, más aún cuando existe una certificación del año 2020.

Así las cosas, refiere que el tomarse los salarios aducidos en la demanda, se deben liquidar nuevamente todas las condenas impuestas en primera instancia.

De otra parte, que debe prosperar la condena por despido sin justa causa, ello en tanto el demandado tiene la carga de demostrar que el contrato feneció con justa causa, en tanto es quien se benefició con tal decisión. En ese orden de ideas, no se acreditó una justa causa y no existió voluntad del trabajador de darlo por terminado, más aún cuando en virtud de la pandemia Covid19 estaba prohibido el terminar los contratos de trabajo, y se consagra en el C.S.T. además un fuero de estabilidad para eventos en que no exista justa causa de terminación.

Finalmente, que el extremo final debe corresponder al mes de marzo de 2020, en tanto así se confesó en el interrogatorio de parte, y además la testigo señala que fue un día antes de la pandemia Covid19, la cual según los Decretos que se expidieron, la misma inició en abril, en tanto en marzo solo se reguló un simulacro Distrital, por lo cual el extremo final es el 31 de marzo de 2020.

Por su parte el accionado sustentó la alzada en que entre las partes no existió un contrato de trabajo sino *a contrario sensu,* un contrato de servicios profesionales; refiere que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia Radicación No. 49346 de 2017, refiere que es viable la contratación independiente e *intuito personae,* lo cual acontece en el plenario, en tanto no existía subordinación alguna en la prestación del servicio ni un horario de trabajo.

Argumenta que el contrato suscrito tenía alcance comercial y no laboral, sin que la prestación de horas de automovilismo implique *per se* que se acrediten los elementos del contrato de trabajo consagrados en el C.S.T.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del presente asunto y atendiendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos: (i) Auscultar si entre las partes medió un contrato de trabajo; en caso afirmativo (ii) establecer el extremo final; (iii) el salario de los años 2008 a 2013, 2015, 2016, 2018 y 2019; y (iv) si se debe emitir condena por la indemnización por despido sin justa causa.

4.3 DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

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

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

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

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

> *"**1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***
>
> *"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.*

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

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

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

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

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

Bajo este escenario, debe señalarse en primera medida que no existe discusión frente a la prestación personal del servicio, pues la misma no es refutada por el censor, aunado a ello que quedó plenamente establecida con la certificación que se aportó al plenario, la cual fuera expedida el 28 de febrero de 2020, en la que se hace constar:

> *"El señor JORGE ENRIQUE RIBERO (sic) CADENA identificado con cédula de ciudadanía número 19.057.131, se encuentra vinculado a nuestra empresa desde el año 2008 hasta la fecha, mediante contrato de prestación de servicios, como instructor de conducción de: teoría y vehículo liviano, con una asignación mensual de dos millones quinientos mil pesos m/cte. ($2.500.000)".*

Así mismo se aportaron certificaciones que datan del 2 de diciembre de 2014 y del 16 de julio de 2017, las cuales también dan cuenta de la prestación de servicio como instructor de conducción, dando cuenta la primera de la referidas, que tal situación acontece desde el mes de mayo de 2008. Finalmente, la prestación personal del servicio fue corroborada por la testigo MYRIAM TERESA BELTRÁN, quien aseveró que ella como testigo también trabajó al servicio del demandado en la academia AUTORINCON desde el 26 de agosto de 2017 hasta el 15 de marzo de 2021, prestando servicios como secretaria, así como que durante dichos lapsos el accionante prestó servicios como instructor de vehículo.

Así las cosas, se advierte en primera medida que se acreditó plenamente la prestación personal del servicio, lo cual, de conformidad con lo regulado en el artículo 24 del C.S.T., implica la presunción que la misma estuvo regida por un contrato de trabajo, debiéndose por pasiva desvirtuarla.

Carga probatoria que le asistía a la parte demandada, no obstante lo cual no se aportó ningún medio de convicción distinto a las certificaciones que refieren a un contrato de prestación de servicios, y que dieran cuenta de una prestación autónoma del servicio; por el contrario, en la prueba testimonial rendida por la señora MYRIAM TERESA BELTRÁN GÓMEZ, se refirió que el accionante cumplía un horario de trabajo en el año 2017 entre las 6:00 a.m. a 8:00. p.m. de lunes a sábado, y los domingos hasta 12:00 p.m.; así mismo cuando prestó servicios en la parte teórica laboraba de 7:45 a.m. a 6:00 p.m. de lunes a viernes. De igual manera, se aportó al plenario un llamado de atención atinente a usa la cafetería para el consumo de alimentos así como evitar visitas personales en las instalaciones del instituto (Fl. 29), aspectos estos que no se compaginan en manera alguna con la ejecución autónoma e independiente de un contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, al no haberse desvirtuado la subordinación en el desarrollo de la prestación laboral que fuera certificada por pasiva, no es dable revocar la sentencia de primera instancia por este puntual aspecto.

4.4 EXTREMO FINAL:

Refiere la parte activa que el extremo final de la relación laboral no corresponde al 28 de febrero de 2020, como lo estimó el *a-quo,* sino al 31 de marzo de 2020, ello en tanto se confesó tal extremo por pasiva aunado a ello que la pandemia Covid19 inició en abril de esa anualidad, por ende, el día anterior correspondería al 31 de marzo de 2020.

Sobre el particular, se debe señalar en primera medida que en el escrito de demanda no se deprecó la existencia del contrato de trabajo con vigencia hasta el 31 de marzo de 2020, pretensión que sólo se expone en el recurso de alzada; en efecto, en los hechos de la demanda se expuso que *"Finalmente, el 20 de marzo de 2020 JOSÉ EDILSON MARTÍNEZ ARIAS usando como argumento la cuarentena estricta que se impuso con ocasión de la emergencia sanitaria por COVID-19 despidió a JORGE ENRIQUE RIVERO CADENA".*

Así las cosas, el demandante en manera alguna expuso en los supuestos fácticos que el contrato de trabajo feneció un día anterior a la pandemia Covid19, o al mes de abril de 2020, como lo aduce en el recurso de alzada.

De otra parte, la testigo MYRIAM BELTRÁN, señaló de manera genérica que el accionante trabajó hasta un día antes de la cuarentena, sin especificar una fecha determinada, lo cual no logra formar el convencimiento en cuanto a que la relación laboral haya perdurado hasta el 31 de marzo de 2020; se acota además que el accionado en manera alguna confesó que el contrato de trabajo finalizó el 31 de marzo de 2020. Por el contrario, fue el apoderado de la parte demandante quien al formular la pregunta señaló que el contrato de trabajo feneció en marzo de 2020, lo cual no fue expresamente aceptado por el demandado.

Así las cosas, le asistió razón al *a-quo* al fijar como extremo final el 28 de febrero de 2020, en tanto la última certificación de servicios se expidió en tal fecha, y, se reitera, no existe prueba alguna que el contrato de trabajo haya finalizado el 31 de marzo de 2020, data que además dista de la pretendida por el actor en la demanda.

4.4 SALARIO:

Aduce la parte recurrente que no era dable acoger el salario mínimo legal mensual vigente para los años 2008 a 2013, 2015, 2016, 2018 y 2019, ello en tanto se acreditó que devengaba $1.800.000 para el 2014 y $2.500.000 para el año 2017 y 2020, por ende no era factible interpretar de manera regresiva una suma inferior, más aún cuando existe una certificación del año 2020 en ese sentido.

Sobre el particular debe señalarse que el principio *indubio pro operario* dista de ser una ventaja probatoria para el trabajador, en tanto el mismo se predica respecto de la aplicación de normativas, más no para suplir la carga probatoria que le asiste a la parte demandante. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5272-2021, Radicación No. 81069 del 22 de noviembre de 2021, señaló:

> *"A lo anterior cabe agregar que esta misma Sala ya ha advertido que el principio de favorabilidad y, concretamente, el postulado in dubio pro operario, se activan única y exclusivamente cuando emerge duda en la interpretación de las normas jurídicas, por manera que no tiene cabida en la fijación de los hechos o en la valoración de las pruebas (CSJ SL2339-2021)".*

En igual sentido, no es de recibo el estimar que en virtud de la prohibición de no regresividad, el demandante quede exonerado de acreditar el salario devengando en diversas anualidades, ello en tanto tal carga probatoria se radica en la parte que alega el supuesto factico en que soporta sus pretensiones, en este caso, que devengó entre los años 2013 y 2016 la suma de $1.800.000 y desde el año 2017 la suma de $2.500.000.

De igual manera, la certificación aportada al plenario del 28 de febrero de 2020 solo da cuenta del salario percibido para dicha fecha, sin que en manera alguna refiera que el mismo corresponda a lo devengado desde el año 2017. Así las cosas le asistió razón al *a-quo* al acoger el salario mínimo legal mensual vigente, más aún cuando la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL874-2023, Radicación No. 91076 del 25 de abril de 2023, ha referido:

> *"Ahora bien, aun cuando no aparece la prueba del pago de salarios conforme lo destacó el fallador de segundo grado, tal hecho no impedía el reconocimiento del vínculo laboral, en la medida que, ante la ausencia de dicha demostración, lo pertinente era aducir que fue el salario mínimo legal por cumplir unos horarios que se traducen en una jornada de trabajo; más no que los posibles ingresos percibidos obedecieron exclusivamente a la actividad comercial de transporte de pasajeros, como lo aduce la censura.*

Así las cosas, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

4.5 INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO:

Aduce la parte recurrente que la parte demandada tenía la carga probatoria de acreditar que el contrato terminó mediando una justa causa, toda vez que de no estar plenamente establecido tal aspecto, se hace merecedor de la condena al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Sobre el particular debe señalarse que *a contrario sensu* del argumento del censor, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha referido de manera reiterada que es el trabajador quien debe acreditar el hecho del despido, y solo en

ese evento le asiste al empleador el acreditar la existencia de una justa causa, tal como recientemente lo menoró en sentencia SL486-2023 Radicación No. 92340 del 7 de marzo de 2023:

> *"Con todo, recuérdese que esta Sala tiene adoctrinado que en lo que se refiere a la indemnización por despido sin justa causa, al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, de manera que, desde esta óptica, nada puede reprocharse al ad quem (CSJ SL1639-2022 y CSJ SL1680-2019 entre muchas otras).*

Ahora bien, en el supuesto factico de la demanda se adujo que el 20 de marzo de 2020 el empleador usando como argumento la cuarentena estricta que se impuso con ocasión de la emergencia sanitaria por COVID-19 despidió al actor; hecho que no fue soportado en ningún medio de convicción, en tanto el demandado no confesó tal situación, y por el contrario narró que el contrato feneció por cuanto se verificó un reclamo ante una conducta indebida del demandante al cobrar sumas de dinero a los alumnos a efectos que superen los cursos sin asistir a los mismos, frente a lo cual el actor decidió dejar de trabajar, y en tal sentido no se advierte confesión respecto de lo alegado en la demanda.

De otra parte, la testigo MYRIAM TERESA BELTRÁN GÓMEZ solo señaló que cuando inició la cuarentena *"ya no se pudo contar nuevamente con la labor del señor JORGE RIVERO",* sin hacer referencia a que haya mediado un despido.

En ese orden de ideas la parte demandante no acreditó el hecho del despido alegado para el 20 de marzo de 2020, incluso, el extremo final de la relación laboral se estableció en el 28 de febrero de dicha anualidad, motivo por el cual se

confirmará la absolución de este pedimento. Es así como la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **21 2022 00315 01**
Demandante:	JESUS ABEL LUNA CHAPARRO
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada con cédula de ciudadanía 1.129.580.577 y T.P. 219.992 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 23 de marzo del 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JESUS ABEL LUNA CHAPARRO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad de declararse

la ineficacia o nulidad de la afiliación que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad en diciembre de 1998, a través de PROTECCIÓN S.A. por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndolo en error y viciando su consentimiento para que se trasladara al régimen que administra.

Como consecuencia de la declaración de nulidad de la afiliación o ineficacia del traslado, condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos. Además, se ordene a COLPENSIONES lo reciba en el régimen que administra como afiliado sin solución de continuidad, se condene en costas y agencias en derecho y a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que, desde el 11 de noviembre de 1986 hasta diciembre de 1998, estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en donde alcanzó un total de 395.57; que el 1º de enero de 1999 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. cuando laboraba para la empresa CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS Y MUNICIPALES S.A. SUCURSAL COLOMBIA, siendo la primera cotización a ese fondo en diciembre de 1998.

Precisó que al momento del traslado la empresa para la cual laboraba lo afilió sin previo aviso y sin darle la oportunidad de elegir y decidir sobre su traslado de régimen, más aún cuando no estuvo presente un asesor de PROTECCIÓN S.A.; luego, la decisión de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad fue corporativa, por tanto, no recibió información individualizada, completa, clara, necesaria y en oportunidad sobre los requisitos de pensión en los dos regímenes de pensiones, tampoco se le dieron a conocer las diferencias, beneficios, desventajas entre uno y otro, ni se le realizó una proyección de su mesada.

Destacó que a la presentación de la demanda cuenta con 1487.29 semanas cotizadas a noviembre de 2021 en el sistema general de pensiones según su historia laboral. Igualmente, adujo que radicó petición ante las encartadas en

abril de 2022, solicitando la nulidad de su traslado y el retorno al régimen de prima media con prestación definida, solicitud que fue negada por las administradoras de pensiones, además agregó que su mesada según proyección pensional en COLPENSIONES sería de $2.969.180. (f. 5 a 19 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

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

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (f. 3 a 27 archivo 05).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se evidencia prueba alguna de la inducción al error al actor por parte de la AFP o de algún vicio en el consentimiento, así como tampoco se observa por parte del demandante nota de protesto que permita inferir su inconformidad respecto a la vinculación a ese régimen, además, las documéntales aportadas se encuentran sujetas a derecho, por lo que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Aunado a ello, indicó que el gestor

no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado del artículo 2 de la Ley 797 del 2003.

Propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (folios 3 a 39 archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JESÚS ABEL LUNA CHAPARRO al régimen de ahorro individual el 03 de noviembre de 1998, por intermedio de PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. 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 como, 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 de régimen y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor JESÚS ABEL LUNA CHAPARRO. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

CUARTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de las demás pretensiones elevadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor del 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 $300.000 a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente."

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora judicial de instancia que los literales b) y e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establecen que la afiliación a un régimen pensional será válida siempre y cuando esta sea libre y voluntaria, siendo este último aspecto con la particularidad de que se conozcan las consecuencias de la decisión del traslado, el cual no puede estimarse satisfecho por la simple expresión genérica de los formatos de afiliación, todo esto sostenido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Continuando con el análisis de las pretensiones de la demanda, dijo que desde el nacimiento de los fondos de pensiones existe el deber de información y que cuando un afiliado alega no haber recibido la información suficiente, ello conlleva a que la carga de la prueba quede en cabeza de los fondos de pensiones privado, en tanto son ellos los obligados a demostrar el cabal cumplimiento de la información suministrada, lo cual no se convalida con los traslados horizontales o las re asesorías posteriores, como la que recibió el gestor.

Por todo lo anterior, la Juez de instancia determinó que este deber no había sido cumplido por PROTECCIÓN S.A. en 1998, por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de ese fondo, además, ordenó al fondo devolver a COLPENSIONES las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, junto con sus rendimientos y los dineros destinados a cubrir la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por

seguro previsional debidamente indexados. De otro lado, declaró no probada la excepción de descapitalización del sistema y prescripción, y condenó en costas a los demandados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES la apeló, arguyendo que el traslado de régimen del actor se dio de manera libre y voluntaria, y con el cumplimiento de las disposiciones del caso. Refirió que la carga de la prueba afecta la sostenibilidad financiera del sistema dado que han transcurrido más de veintiocho años, siendo imposible probar las circunstancias que rodearon el traslado de régimen, dado que para esa calenda no era obligación dejar registro documental sobre tal aspecto, lo cual solo se prueba con el formulario de afiliación en el que consta la intensión del afiliado de permanecer en el fondo, siendo el interés de éste en el presente asunto de carácter económico.

Finalmente, solicita que, en caso de confirmarse la sentencia de instancia, se condicione el cumplimiento de la misma, al traslado efectivo de las sumas ordenadas debidamente indexados y se revoque la condena en costas ya que actuó conforme a la ley y se trata de un tercero de buena fe.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través PROTECCIÓN S.A. el 3 de noviembre de 1998, vinculación que se hizo efectiva el 1º de enero de 1999 según el reporte SIAFP. (folios 83 y 95 archivo 05). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se

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

Por otra parte, el demandante señor JESUS ABEL LUNA CHAPARRO en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que estuvo afiliado al ISS desde 1986 hasta 1998; empero, fue trasladado de fondo en diciembre de 1998 cuando prestó sus servicios para una empresa, sin que se le pusiera de presente esa situación; además, precisó que no estuvo presente un asesor del fondo y que firmó el formulario de afiliación sin presiones, añadiendo que su motivación para trasladarse de régimen en la actualidad alude a que no recibió información al momento del traslado y que lo firmó y seguramente lo leyó, pero sin saber las consecuencias que le implicaría el cambio de fondo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración al principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, el cual trae a colación

COLPENSIONES en su apelación, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES,*

aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el

artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de los emolumentos que dispuso en la sentencia de primer grado junto, con la indexación allí dispuesta, por lo habrá de confirmarse en su integridad la sentencia confutada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de marzo del 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **22 2018 00463 02**
Demandante:	MARÍA HELENA GONZÁLEZ DAZA
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado NICOLÁS RAMÍREZ MUÑOZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.463.893 y T.P. 302.039 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Asimismo, se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.469.231 y T.P. 365.0941 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 28 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA HELENA GONZÁLEZ DAZA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y CONFONDOS S.A., a fin que se declare la nulidad e ineficacia del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de régimen de ahorro individual con solidaridad el 13 de agosto de 1999, por consiguiente, se ordene a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. la anulación en sus registros del traslado de régimen, al igual que se le ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el régimen que administra y sin solución de continuidad.

De otro lado, pretende se ordene a PROTECCIÓN S.A. que transfiera a COLPENSIONES el saldo total existente en su cuenta de ahorro individual, junto con la totalidad de los rendimientos financieros y el valor cotizado para el fondo de garantía de pensión mínima, ordenando a su vez a COLPENSIONES que actualice su historia laboral con el detalle de las cotizaciones que le sean transferidas por PROTECCIÓN S.A. Finalmente, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que nació el 18 febrero de 1962 y realizó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES desde el 26 de octubre de 1978 al 31 de agosto de 1999, en u total de 608,71 semanas, y que se trasladó posteriormente a COLFONDOS el 13 de agosto de 1999, precisando que en la actualidad se encuentra afiliada a PROTECCIÓN S.A.

Sobre su traslado a COLFONDOS S.A., indicó que los asesores de ese fondo al momento del traslado no le explicaron los requisitos para pensionarse en el ISS, y no realizaron una proyección de su mesada en ambos regímenes

pensionales, ni le suministraron información completa, detallada y veraz sobre su futuro pensional, y las consecuencias desfavorables del traslado de régimen.

De otra parte, relató que se resolvió multivinculación determinándose que se encontraba válidamente afiliada al régimen de ahorro individual, y que según proyección pensional que realizó PROTECCIÓN S.A., se evidencia que su pensión en el régimen de prima media sería superior al que obtendría en el régimen de ahorro individual y que a la presentación de la demanda cuenta con 1555,57 semanas. Asimismo, sostuvo que elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 30 de mayo de 2018, sin que haya recibido respuesta. (f. 102 a 120 - archivo 01- carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones elevadas en su contra, arguyendo que la afiliación de la demandante a ese fondo es válido y eficaz, aunado a que no le ocultó información al momento de afiliarse, recibiendo información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, por lo que la decisión de la gestora fue libre, espontánea e informada.

Formuló como excepciones de mérito las de validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio en el consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (f. 191 a 199 - archivo 01- carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones. Al respecto, señaló que brindó a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además, la asesoró sobre las características y funcionamiento de ese régimen, sobre las diferencias entre el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Además, dijo que la nulidad alegada no cumple los presupuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Como excepciones formuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (f. 218 a 235 - archivo 01- carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del escrito de demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba alguna que permita colegir que a la promotora se le hizo incurrir en error por parte de la administradora de pensiones, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco presentó inconformidad sobre el traslado, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Propuso las excepciones de mérito de 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 y la innominada o genérica. (f. 242 a 275 - archivo 01- carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal).

Por auto de 28 de febrero de 2020, se dispuso, vincular a la litis a PORVENIR S.A. y a SKANDIA S.A. (f. 490 a 491 - archivo 01- carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal).

A su turno, SKANDIA S.A., dijo oponerse a las pretensiones de la demanda, dado que no se allegan pruebas de la nulidad deprecada.

Como excepciones propuso las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al

deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (f. 1 a 19 - archivo 03 - carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal).

Entre tanto, PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, aclarando que si bien se trata de pretensiones dirigidas en su contra, se puede evidenciar que COLFONDOS informó a la demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que esta tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. En este sentido, dicha afiliación, así como las afiliaciones subsiguientes a ING hoy PROTECCIÓN, PORVENIR, SKANDIA y PROTECCIÓN, gozan de completa validez y no es procedente declarar un vicio en el consentimiento.
Como excepciones formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 2 a 29 - archivo 04 - carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal).

SKANDIA S.A. al contestar la demanda, allegó llamamiento en garantía respecto de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., el cual por auto de 23 de junio de 2021 fue admitido; pero con posterioridad, en proveído de 26 de enero de 2022, en ejercicio del control de legalidad, se dispuso, dejar sin valor y efecto la admisión del referido llamamiento, el cual en ultimas se negó, decisión que fue confirmada por esta Corporación. (archivos 09, 12 y 14 - carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal y carpeta 02SegundaInstancia-subcarpeta C02ApelacionAuto).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora María Helena González Daza, al régimen de ahorro individual con solidaridad acaeció el 01 de septiembre del 1999, en consecuencia se declara que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida.*

SEGUNDO: ORDENAR a Protección S.A. fondo en el cual se encuentran los aportes de la demandante a que los traslade a Colpensiones, que traslade el saldo existente en la cuenta individual de la actora junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, así mismo se le condenara a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional, debidamente indexados al momento en que se haga entrega a Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A. a remitir a Colpensiones los dineros que recaudaron por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la afiliación a esos fondos debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN. Fíjese como agencias en derecho la suma de 01 SMMLV a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

OCTAVO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* trajo a colación los artículos 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, que establecen la selección libre y voluntaria de régimen pensional y los requisitos para el traslado, precisando que quien desconozca este derecho se hace acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la norma en cita. Además, expuso que el artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993 establecía el deber de información a los usuarios con el fin de escoger las mejores opciones del mercado. Aspecto que ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, la cual ha enfatizado que desde su fundación los fondos privados tienen la obligación de brindar una información

objetiva y que asuntos como este deben ser abordados desde la óptica de las ineficacias.

Seguidamente, indicó que la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad ha señalado que recae en las administradoras de pensiones la carga de la prueba. Acotó que la actora se encontraba realizando aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES cuando se trasladó de régimen a COLFONDOS S.A. el 13 de agosto de 1999, de donde se trasladó a los diferentes fondos de pensiones aquí accionados, siendo COLFONDOS quien debía probar el cumplimiento del deber de información el cual no se acreditó en el plenario y además no tienen incidencia los demás traslados horizontales que realizó.

En consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES los dineros que se encuentren en la cuenta de la actora, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima debidamente indexados, en cuanto a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. ordenó retornar los gastos de administración indexados a COLPENSIONES. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a todas las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, indicando que no compartía la decisión del Juzgado de instancia de no aplicar la excepción de prescripción frente a la prohibición de traslado de régimen consagrada en la Ley 797 de 2003, ello teniendo en cuenta que en uno y otro régimen será pensionada la demandante, por lo que se debe revocar la decisión. De otra parte, dijo que el presente proceso no versa sobre la falta al deber de información, pues la actora manifiesta su descontento frente al valor de la mesada, aspecto sobre el cual no se puede obligar a lo imposible a las demandadas, dado que para la época en que se trasladó no les era posible saber el monto de la mesada.

Igualmente, solicita que en caso de confirmarse la sentencia de primer grado, se le absuelva de la condena en costas, pues se trata de un tercero de buena fe,

que fue llamado al proceso por ser el administrador del régimen de prima media, sin que tuviese injerencia en la decisión de traslado en la época en que se llevó a cabo el mismo, además, expuso que se opuso a las pretensiones de la demanda al ser el garante de más de cinco millones de afiliados a ese régimen, por lo que la entidad no puede dejar de contestar esta clase de acciones.

SKANDIA S.A. en su alzada, manifiesta oponerse a las condenas impuestas por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, en tanto actuó de buena fe en la relación que sostuvo con la gestora, enfatizando que las sumas que descontó por esos conceptos lo fue según lo reglado en el artículo 20 de la Ley 100, los cuales usó para generarle rendimientos a la activa, añadiendo que los seguros previsionales nunca han estado en su poder, pues fueron usados para contratar con la seguradora el cubrimiento de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, desconociéndose así las restituciones mutuas, pues solo se deben retornar los aportes y el concepto de garantía de pensión mínima, por lo que solicita se revoque tal condena.

PORVENIR S.A. en su apelación indicó que para el momento en que se consolidó el traslado de régimen y la afiliación horizontal a ese fondo en 2006, no se puede exigir documento diferente al formulario de afiliación, no obstante, del interrogatorio de parte que rindió la actora, se evidencia que para esas calendas contó con el acompañamiento de los asesores de COLFONDOS y HORIZONTE, los cuales entregaron elementos de juicio suficientes para tomar la decisión de trasladarse de régimen, siendo su voluntad permanecer en ese régimen, lo cual se colige con los diferentes traslados horizontales que realizó, por lo que no procede la ineficacia del traslado, precisando que para el momento que se trasladó a ese fondo, no era posible rechazar el traslado dado que cumplía con los requisitos de ley.

En cuanto a la condena por gastos de administración y seguros previsionales, dijo que en la actualidad no cuenta con esas sumas, además, no procede la indexación ordenada, pues se satisfizo con los rendimientos que se generaron a favor de la actora, desbordándose los efectos de la ineficacia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aporta el formulario de afiliación que efectuó la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad el 13 de agosto de 1999 con COLFONDOS S.A., afiliación que se hizo efectiva a partir del 1º de octubre de esa misma anualidad como traslado de COLPENSIONES, lo cual se puede colegir del reporte SIAF. (f. 200 - archivo 01- carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal).

Igualmente, se observa que con posterioridad la promotora realizó diferentes traslados horizontales a ING el 15 de abril de 2001, nuevamente a COLFONDOS S.A. el 12 de marzo de 2002, luego a PROTECCIÓN S.A. el 22 de enero de 2004; a OLD MUTUAL el 05 de noviembre de 2005, más adelante a HORIZONTE el 6 de diciembre de 2006, de nuevo retorna a OLD MUTUAL el 25 de agosto de 2007, a COLFONDOS S.A. el 17 de julio de 2014 y a OLD MUTUAL el 25 de noviembre de 2015, para finalmente afiliarse por último a PROTECCIÓN S.A. el 16 de marzo de 2017; vinculaciones de las cuales obran formularios a folios 12, 206 y 207 archivo 01- carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal y folios 36 a 38 del archivo 03- carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal y folio 36 archivo 04 - carpeta 01PrimeraInstancia-subcarpeta C01Principal.

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

información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, la demandante MARÍA HELENA GONZÁLEZ DAZA en la declaración de parte que depuso, indicó que en 1999 estaba trabajando para una Temporal y les enviaron una asesora de COLFONDOS para afiliar a los trabajadores, quien les manifestó que de trasladarse la pensión en ese fondo sería mejor que la que obtendría en el ISS, aunado a ello que se podría pensionar de manera anticipada, obtendría mejores rendimientos y una cuenta de ahorro individual; sin embargo, no le mencionó cómo acceder a la pensión anticipada ni le otorgó más información. Sobre los restantes traslados horizontales en el régimen de ahorro individual, expuso que se dieron porque los fondos ofrecían recuperar semanas que no se encontraban reportadas en la historia laboral del ISS.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora, situación que en efecto tiene incidencia en su prestación pensional, por lo que no solo se trata de un tema económico como lo señala COLPENSIONES en su alzada, o de un asunto diferente a la ineficacia del traslado de régimen, como quedó establecido desde la fijación del litigio.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, los cuales fueron objeto de inconformidad por parte de SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A en su apelación, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, siendo a todas luces improcedentes los argumentos de las apelantes SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., sobre ese puntual aspecto.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, cumple memorar que la Corte

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haberse opuesto a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, expuso sobre el particular:

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

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

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

pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, debe precisar la Sala que luce acertada la decisión de la *a quo*; sin embargo, se adicionará en el sentido de condenar a COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los dineros que recaudaron por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a prorrata del tiempo en que permaneció la actora en esos fondos, o en ING, OLD MUTUAL y HORIZONTE, según corresponda; conceptos que deberán devolver debidamente indexados al momento de su pago.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 28 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los dineros que recaudaron por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a prorrata del tiempo en que permaneció la actora en esos fondos, o en ING, OLD MUTUAL y HORIZONTE, según corresponda; conceptos que deberán devolver debidamente indexados al momento de su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones antes expuestas.

TERCERO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de cada una de las recurrentes SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en

derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2021 00579 01**
Demandante:	LUIS TRIANA BURGOS
Demandado:	SALVAGUARDAR LTDA.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS TRIANA BURGOS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad SALVAGUARDAR LTDA., a fin que se declare que entre las partes medió un contrato de trabajo con vigencia entre el 29 de septiembre de 2007 y el 11 de octubre de 2020.

En consecuencia, se condene a la accionada a reintegrar al actor en el cargo de agente de seguridad u otro de igual o superior jerarquía, así como solucionar la indemnización de 180 días de salario de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, más los salarios, auxilio de cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones dejados de recibir desde el 12 de octubre de 2020 hasta la fecha efectiva del reintegro, la sanción por no pago de intereses a las cesantías y la sanción por no consignación de las cesantías, hasta la fecha efectiva del reintegro, y los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Así mismo los salarios adeudados por la indebida liquidación de las horas extras, recargos nocturnos y trabajo en día domingo o festivo de los años 2018, 2019 y 2020, más los saldos adeudados de prestaciones sociales y vacaciones, con la correspondiente sanción por la consignación incompleta de las cesantías y la sanción por pagar de manera incompleta los intereses a las cesantías, así como el saldo pendiente de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sumas debidamente indexadas.

De manera subsidiaria se declare que el contrato se renovó automáticamente del 29 de septiembre de 2020 al 28 de septiembre de 2021; que se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexado, más la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que celebró contrato de trabajo a término fijo por un año con la sociedad accionada el 29 de septiembre de 2007, a efectos de desempeñarse como agente de seguridad, contrato que se prorrogó de manera sucesiva; que el 8 de septiembre de 2020, la accionada le entregó un supuesto aviso sobre la terminación del contrato laboral a término fijo, culminando la relación laboral el 11 de octubre de 2020.

Que el salario devengado ascendía a la suma de $2.226.795, no obstante, se presentó una liquidación inadecuada del trabajo suplementario y recargos, en tanto siempre laboró en los turnos nocturnos, adeudando los saldos insolutos de los años 2018 a 2020.

Que la accionada entregó el preaviso el día 8 de septiembre de 2021, esto es, cuando faltaban menos de 30 días para la fecha de vencimiento del período que se encontraba en curso, por lo cual el contrato se renovó del 29 de septiembre de 2020 al 28 de septiembre de 2021, siendo así la terminación unilateral injustificada.

Que desde el año 2015 ha sido diagnosticado con Hernia discal L3-L4, Radiculopatía L5 derecha crónica, Discopatía y artropatía lumbar multinivel, y Antecedentes de laminectomía L4, siendo incapacitado por tales padecimientos, lo cual era de conocimiento de la empleadora, en tanto incluso se habían expedido restricciones laborales, las cuales no fueron acatadas por la accionada, por lo que para la fecha del despido tenía pendiente la realización de unos tratamientos médicos fijados para el 14 de diciembre de 2020, siendo calificado por Colpensiones por las patologías de lumbago no especificado y otros trastornos

especificados de los discos intervertebrales, determinadas como enfermedades degenerativas, progresivas y crónicas que le generan una PCL del 25,20%, por lo que se encontraba amparado por el fuero de salud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada SALVAGUARDAR LTDA. dentro del término legalmente concedido no contestó la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de noviembre de 2022, declaró que entre LUÍS TRIANA BURGOS y SALVAGUARDAR LTDA. existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo de un año, con vigencia entre el 29 de septiembre de 2007 y el 11 de octubre de 2020; devengó un último salario básico por valor de $1.494.134. Condenó a la accionada a reintegrar sin solución de continuidad al actor al cargo que venía desempeñando como agente de seguridad, así como a pagar la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, salarios, prima de servicios, cesantías, intereses sobre las cesantías, compensación de vacaciones y a cancelar a Colpensiones o la administradora en la que demuestre encontrarse afiliado el actor, el cálculo actuarial por los aportes a seguridad social en pensión, y a continuar efectuando los aportes sin solución de continuidad.

Para tal efecto señaló respecto de la relación laboral, que en el caso bajo estudio se estableció con el contrato de trabajo, la carta de terminación y la liquidación final,

que el mismo estuvo vigente entre del 29 de septiembre de 2007 y el 11 de octubre de 2020.

De otra parte, que los testimonios no dan cuenta que el actor ostentara una condición de discapacidad, sin embargo, se aportaron las recomendaciones laborales derivadas de las patologías que padece el actor, lo cual acredita que para la fecha del despido se presentaban condiciones de salud que dificultaban en grado sustancial el desempeño de sus funciones, por ende, le correspondía a la demandada demostrar que la terminación del vínculo contractual laboral tuvo una razón objetiva, carga probatoria que no cumplió, más aún cuando el vencimiento del plazo no desvirtúa *per se* la presunción del despido discriminatorio, sin que se haya demostrado que la necesidad empresarial dejó de existir. De tal manera, que accedió al reintegro con el consecuente pago de acreencias laborales y de la seguridad social.

En lo atinente al trabajo suplementario señaló que si bien la prueba documental da cuenta que el actor laboró en jornada nocturna, lo cierto es que no se puede establecer el horario en que prestó el servicio para proceder a verificar los recargos y el trabajo suplementario solicitado, aunado a ello que en el encabezado del documento se registra una empresa aseguradora, por lo que el horario corresponde a la prestación de los servicios por parte de la empresa, más no el horario del demandante; así las cosas absolvió también de las sanciones deprecadas por el pago parcial de cesantías e intereses a las cesantías.

Finalmente refirió que, al haber prosperado el reintegro, no era dable analizar lo atinente a la indemnización moratoria.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para tal efecto, señaló que con las pruebas documentales y el interrogatorio de parte del actor, se logra establecer de manera clara los turnos que cumplió en jornada complementaria, aclarándose que la documental a que hizo referencia el *a-quo* no se limita a establecer la labor que prestaba la empresa de manera genérica, sino que por el contrario determina el horario y turnos que cumplía el accionante; de igual manera, que debe tenerse en cuenta que la parte accionada no contestó la demanda, no compareció a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.A. así como al interrogatorio de parte, por lo cual debe operar la presunción de veracidad. Así las cosas, depreca se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones atenientes a la reliquidación de acreencias laboral y las respectivas sanciones e indemnizaciones.

A su vez, la accionada sustentó la alzada en que, si bien es cierto que la empleadora tenía conocimiento de las recomendaciones médicas, las mismas no implicaban una limitación sustancial en el desarrollo de las laborales. Así, las pruebas documentales solo dan cuenta que el actor padecía unas patologías, mas no que ostentara una limitación moderada, severa o profunda; por el contrario, la documental señala expresamente que en el control que se llevó un mes antes de la terminación del contrato de trabajo fue reportado con carácter normal, más aún cuando el primer examen por el cual se califica la PCL se realizó dos meses tras la terminación del contrato.

Refiere además que el único especialista que tiene su alcance levantar restricciones es un médico ocupacional, sin que al plenario se haya acreditado una condición que otorgue la estabilidad laboral reforzada. De otra parte, que se acreditó que el contrato de trabajo culminó por una causa legal contemplada en el artículo 61 del C.S.T, relativa a la expiración del plazo pactado.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del presente asunto y atendiendo el recurso de apelación, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos: (i) Auscultar si el accionante es beneficiario de la garantía de la estabilidad laboral reforzada; y (ii) establecer si se debe emitir condena frente a la jornada complementaria aducida por activa.

4.3 Del caso en concreto:

Previo al abordaje de los planteamientos jurídicos expuestos en precedencia, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el aquí demandante señor

LUIS TRIANA BURGOS y la sociedad SALVAGUARDAR LTDA., existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo de un año, con vigencia desde el 29 de septiembre de 2007, el cual se prorrogó de manera automática, siendo culminado el 11 de octubre de 2020 por la empleadora por vencimiento del plazo pactado; así mismo que devengó un último salario básico por valor de $1.494.134, aspectos que así fueron determinados en primera instancia, lo cual no fue objeto de reproche.

4.4 De la estabilidad laboral dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997:

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

> *"[…] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*
>
> *"La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición*

económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

"Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

"En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

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

"Y añadió, que tales preceptos, además,

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

"Los cuales han tenido un desarrollo legal, debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano, entre los que se encuentran, con trascendencia para la definición de legalidad del fallo impugnado, los siguientes:

"[…] Ley 82 de 1988 "Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983"; […]; Ley 361 de 1997 "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones."; Ley 762 de 2002 "Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)"; […]; Ley 1287 de 2009 "Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997."; Ley 1346 de 2009 "por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006."; y la ley estatutaria 1618 de 2013 "por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad".

"En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre

todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

"De ahí que se haya señalado en el fallo CSJ SL3723-2020, que esta prerrogativa tiene por principal propósito «brindar protección contra la discriminación en el trabajo, esto es, de recibir un trato diferente o excluyente por un motivo ilegítimo (entendida esta como lo prevé el C111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R169 que es complementaria o reglamentaria del C159)», lo que, a su vez, se traduce en «la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

"[…] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

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

Adicionalmente, la Alta Corporación señaló en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022:

"[…] ***Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral***

"Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

"[…] adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, ***sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%*** *(CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).*

"En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, ***que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral****,* ***solo aquella relevante****; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

"Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

"En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una

interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

"En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una ***condición de discapacidad relevante****, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.*

Así las cosas, se debe señalar que el contrato de trabajo culminó el 11 de octubre de 2020, y que la historia clínica da cuenta que desde el 12 de enero de 2016 presenta un diagnóstico de espondilolistesis (Fl. 31 PDF 02 ANEXOS), así mismo se evidencia la existencia de recomendaciones médicas atinentes a que *"debe evitar maniobras de esfuerzo y no puede levantar objetos pesados se dejan recomendaciones médicas"*; de igual manera tal documental refiere *"ya puede trabajar con indicaciones dadas evitar maniobras de esfuerzo"* (Fl. 32).

Se aporta además historia clínica del 24 de junio de 2020, la cual refiere que padece de "*Discopatía lumbar deshidratación discal L4 – L5 y L5 S1 esclerosis facetaria L5 S1 abombamiento discal con expaciones facetaria y sinovitis L4- L L4L5, abombamiento discal L3 L4, e hidrartrosis facetaría […]"* (Fl. 35); así mismo del reporte del Centro de Imágenes Especializadas del 5 de mayo de 2020, se documenta como hallazgos *"Discopatía y Artropatía Lumbar Hernia Discal L3-L4"* (Fl. 36).

Así mismo se aportaron incapacidades que datan de los meses de marzo, abril y agosto de 2019 (Fls. 40-42); además se aportó el certificado de licencias o incapacidades de Cruz Blanca EPS del año 2016. Se allegó además el examen de retiro, en el cual se establece "*Con la recomendación de valoración y manejo EPS neurocirugía y ortopedia EPS*" (Fl. 49).

Se documenta admeás la existencia de recomendaciones médicas para el desempeño de las funciones, expedidas el 8 de marzo de 2020, las cuales además certificó la propia empleadora, quien *"solicita seguir asistiendo a controles y tratamientos médicos especializados en su EPS y sguir recomendaciones del médico tratante, así mismo deberá infoirmar al departamento de seguridad y salud en el trabajo para continuar con el proceso correspondiente"* (Fl. 50).

Finalmente, se aportó la califiación de PCL expedidapor Colpensiones el 25 de marzo de 2021, del cual se extrae en primera medida, que las patologías por las cuales se emite la califaición en manera alguna se adquieren con posterioridad a la finalzaición el vínculo laboral, al describirse en el acápite de historia clínica:

> *"Paciente con cuadro de dolor lumbar de larga data, secundario a discopatía multinivel y enfermedad facetaria con estenosis del canal, se le realizó microdisectomia L4- L5 hace 4 años, con persistencia de dolor el cual se ha hecho mas intenso desde hace 2 años, se irradia a miembro inferior derecho y genera limitación para la movilidad del tronco y la marcha, EMG+NC de agosto de 2018 reportó radiculopatia L5 Derecha, se realizó control en septiembre de 2020 que fue reportado normal; al examen físico se encuentra paresia de hallux derecho, se recomienda nueva intervencion quir úrgica, continuar terapia física, higiene postural, analgesia. Se califican deficiencias debidamente sustentadas en historia clínica aportada por el interesado*".

De otra parte, en el acápite de FUNDAMENTACIÓN ROL LABORAL (SUSTENTACIÓN CAPACIDAD/DESEMPEÑO Y AUTOSUFICIENCIA ECONÓMICA, se establece:

> "*Ocupación Habitual: Guarda de Seguridad*
>
> *"El paciente por su condición de salud presenta limitaciones y restricciones moderadas para realizar su labor como Guarda de Seguridad, necesita contar con ayudas técnicas, tratamiento continuo y modificaciones en el puesto de trabajo. Rol Laboral Adaptado.*

Así mismo en el ítem de FUNDAMENTACIÓN DE OTRAS AREAS OCUPACIONALES (SUSTENTACIÓN LIMITACIONES AVD y AVDI) CALIFICACIÓN OTRAS AREAS OCUPACIONALES, se reseñó:

> *"Presenta dificultad moderada en el área ocupacional de movilidad para cambiar las posturas corporales, mantener la posición del cuerpo, levantar y llevar objetos pesados, andar y desplazarse por el entorno, desplazarse por distintos lugares, utilización de transporte como pasajero; dificultad leve y moderada en el área ocupacional de cuidado personal para lavarse, cuidado de las partes del cuerpo, higiene personal, vestirse, quitarse la ropa, ponerse calzado, cuidado de la salud, control de la forma física; dificultad moderada en el área ocupacional de la vida doméstica para realizar los quehaceres de la casa".*

Dicha calificación de PCL concluye estableciendo un porcentaje del 25,20%, así como fecha de estructuración del 24 de marzo de 2021, data que, si bien es posterior a la culminación del contrato, se establece así por ser la fecha *"de la valoración documental de Medicina Laboral de Colpensiones".*

De tal manera, que estima la Sala se acreditó que el actor si ostentaba una limitación física que implica una restricción significativa para el ejercicio normal de sus funciones como guarda de seguridad, más aún cuando se encuentra plenamente documentado que incluso para realizar su labor necesitaría contar con ayudas técnicas, tratamiento continuo y modificaciones en el puesto de trabajo, aspecto que además era del pleno conocimiento de la empleadora, parta accionada a quien incluso se le impuso la presunción de veracidad de las preguntas primera y segunda del interrogatorio de parte ante la inasistencia, las cuales se refieren a que SALVAGUARDAR LTDA. conocía desde el año 2016 la condición de salud del actor y que para el momento de la terminación del contrato de trabajo aún se encontraba bajo tratamiento médico.

De otra parte, si bien en la calificación de PCL se señalar que para el mes de septiembre de 2020 se realizó un control que fue reportado normal, tal aspecto *per se* no acredita que la fecha de la terminación, esto es, el 11 de octubre de 2020, no se presentara la condición de salud, misma que además se acreditó que se prolongó en el tiempo desde al menos el año 2016, máxime que en el mismo examen de retiro se consigna que se recomienda valoración por ortopedia.

Una vez determinado lo anterior, al acreditarse una restricción laboral que amparaba la estabilidad del accionante, se tiene que no fue objeto de discusión que la accionada decidió dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo el vencimiento del plazo pactado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL516-2023, Radicación No. 94240 del 14 de marzo de 2023, señaló:

"En términos más sencillos, el vencimiento del plazo fijo pactado, por sí mismo, no es una causal objetiva para dar por terminada una relación laboral por parte del empleador, cuando se alega un estado de discapacidad o estar cobijado por estabilidad laboral reforzada, pues se requiere acreditar que tal determinación esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contractuales, aspecto que el juez plural no encontró cumplido por la demandada.

"Tal argumentación del juzgador de segunda instancia, se aviene por completo al criterio actual de la corporación, por ejemplo, en la sentencia que tuvo en cuenta como antecedente, esto es, la CSJ SL2586-2020, la Corte adoctrinó:

"[…]

En los contratos a término fijo, si bien la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo laboral (lit. c, art. 61 CST), esto no significa que por ello sea objetivo. Y no lo es, porque es eminentemente subjetivo cuando quiera que las partes tienen la facultad de terminarlo o prorrogarlo; dicho de otro modo, la terminación del contrato está permeada por la voluntad unilateral del empresario o del trabajador de no prorrogarlo. Tan es así que, de no existir el preaviso o la decisión unilateral de no seguir con el vínculo, el contrato a término fijo se prorroga indefinidamente. Es decir, la terminación del contrato por vencimiento del plazo no es un suceso natural que ocurra por sí solo; antes, media la expresa voluntad de alguna o de ambas partes, en caso contrario, continua en vigencia el vínculo laboral.

"[…]

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no establece un privilegio exclusivo para los trabajadores con contrato a término indefinido. Por el contrario, su texto alude que ninguna persona «podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad», de modo que la garantía se despliega a todas las modalidades contractuales. En idéntico sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU-049-2017 refirió que la estabilidad laboral reforzada «aplica a todas las alternativas productivas», premisa que se reiteró en sentencia T-118-2019 al señalarse que la garantía engloba a «cualquier modalidad de contrato».

"[…]

"Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato.

Carga probatoria del empleador que no fue acreditada, en tanto ningún medio de convicción aportó respecto a que la necesidad para la que fue contratado el trabajador haya desapareció, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

4.5 TRABAJO SUPLEMENTARIO:

Se aduce por activa que, con las pruebas documentales y el interrogatorio de parte del actor, se logra establecer de manera clara los turnos que cumplió en jornada complementaria, aunado a ello que debe tenerse en cuenta que la parte accionada no contestó la demanda, no compareció a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.A. así como al interrogatorio de parte, por lo cual debe operar la presunción de veracidad.

Al respecto, debe señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL807-2023 Radicación No. 95232 del 26 de abril de 2023, señaló:

> *"No hay lugar a condena por trabajo suplementario, ni por eventual trabajo en días de descanso, toda vez que de las pruebas obrantes en el plenario no se puede inferir con claridad, ni precisión, un exceso en la jornada máxima legal, ni las tareas en días de descanso obligatorio. Cumple acotar que la acreditación concreta de este supuesto incumbe a la parte actora, sin que al juez laboral le sea dable hacer cálculos de probabilidades o suposiciones para establecerlo (CSJ SL1174-2022), presupuestos estos, que no cumple la parte activa.*

Ahora bien, la parte recurrente aduce que la acreditación del trabajo suplementario y en días de descanso, se extrae de la documental allegada con la demanda.

Así las cosas, se advierte que se aportaron al plenario desprendibles de nómina en los cuales se incluye el pago de las horas extras laborales que se reconocen como trabajadas, además de una discriminación de días los cuales se identifican con letras N y Z, cuya explicación, tal como la misma recurrente lo sostiene, deviene del interrogatorio de parte del accionante, quien no tiene a su alcance fabricar su propio medio de convicción ni beneficiarse de sus propios dichos expuestos en el interrogatorio de parte.

De tal manera, que las piezas documentales solo dan cuenta de las horas extras que en efecto le fueron solucionadas al demandante, sin que de su contenido se pueda extraer una jornada superior a la que le fue solucionada.

De otra parte, el hecho de no contestarse la demanda en manera alguna implica tener por ciertos los hechos narrados en la demanda, y si bien la parte accionada no compareció a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.T.P. y de la S.S., así como absolver el interrogatorio de parte, lo cierto es que el *a-quo* únicamente impuso como sanción el tener por cierto el contenido de las preguntas primera y segunda del interrogatorio de parte, mismas que hacán referencia al conocimiento de la empresa del estado de salud, sin que se haya establecido confesión ficta frente a jornada complementaria o en días de descanso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4010-2022, Radicación No. 89740 del 22 de noviembre de 2022, en cual se memoró la sentencia SL4323-2021, refirió:

> *"Sobre los requisitos para que opere la confesión presunta, es importante rememorar lo dicho por esta Corte, en sentencia CSJ SL6843-2016, reiterada en la CSJ SL3009-2017, en la que se sostuvo: «Vale la pena recordar que la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sostenido que para que la confesión ficta prevista en el artículo 210 del C.P.C. se configure es indispensable que el juez de primera instancia determine y especifique cuáles hechos del cuestionario escrito, de la demanda o de la contestación a esta son susceptibles de confesión, en los términos del artículo 195 de la misma codificación, a fin de que la contraparte pueda ejercer eficazmente y de manera oportuna sus derechos de defensa y contradicción».*
>
> *"Bajo este horizonte, no se advierte la ocurrencia de error fáctico alguno por parte del Tribunal, al no valorar la supuesta confesión ficta del demandante, en tanto, se itera, el juez de conocimiento no cumplió con el requisito de individualizar y concretar los hechos sobre los cuales recaía la sanción.*

De tal manera, que no es dable dar alcances o complementar el significado de la prueba documental por los dichos del demandante y, por otra parte, no se impuso

la confesión ficta frente a los hechos de la demanda ni del interrogatorio de parte, respecto de las horas extras, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto. Es así como la decisión de primera instancia habrá de confirmarse. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 23 2019 00254 01**
Demandante: MARÍA MARLENE RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de la parte demandante al abogado JUAN PABLO SIERRA GUARNIZO, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.421.113 y T.P. 348.565 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

De otro lado, el abogado de COLPENSIONES doctor MIGUEL ÁLGEL RAMÍREZ GAITÁN, apoderado principal de la entidad y Representante Legal de la firma WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S. como da cuenta la correspondiente escritura pública y certificado de representación legal, solicitó la renuncia al poder conferido por la entidad encartada.

En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 C.G.P., se **ACEPTA** la renuncia al poder conferido, como quiera que sea portó la comunicación que le fuese remitida a la entidad sobre dicha renuncia el día 16 de mayo de mayo del año en curso.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2022 fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin que se revoque en su totalidad la Resolución SUB 57802 del 7 de marzo de 2019, por medio de la cual se negó su reconocimiento de la sustitución de la pensión de vejez, así como que se declare que es beneficiaria de dicha prestación con ocasión del fallecimiento del señor FILIBERTO MARQUEZ MONTAÑEZ (q.e.p.d.).

Por consiguiente, se reconozca y pague las mesadas causadas y no cobradas a partir del 5 de enero de 2019 hasta la fecha del reconocimiento de la prestación, sanciones e indemnizaciones por la falta de pago, indexación, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 5 de enero de 2019 falleció el señor FILIBERTO MÁRQUEZ MONTAÑEZ (q.e.p.d.), quien percibía pensión de vejez por parte de COLPENSIONES.

Que inició una relación sentimental con el causante el 16 de noviembre de 1985, realizando distintos viajes como pareja, entre ellos a Ecuador en el año de 1992, así como que entre pareja criaron a JUAN SEBASTIÁN HERRERA NARVÁEZ, hijo de crianza del causante, último quien costeó los gastos funerarios del fallecido.

Refirió que como pareja velaban conjuntamente por el bienestar y recreación del menor DANIEL ESTEBAN JARAMILLO NARVÁEZ, nieto suyo y ahijado de bautizo del causante, al igual que realizaron una convivencia de aproximadamente 35 años, brindándose permanente apoyo y colaboración mutua, compartiendo techo, lecho y mesa.

Que fue quien cuidó del causante en la enfermedad y en sus últimos días de vida, siendo también el causante quien la autorizaba a retirar dineros de su cuenta bancaria durante la enfermedad en aras de suplir los gastos de la pareja.

Por último, arguyó que solicitó ante COLPENSIONES la sustitución pensional, la cual le fue negada a través de la Resolución SUB 57802 del 7 de marzo de 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Mediante proveído calendado el 20 de septiembre de 2019 se tuvo por no contestada la demanda respecto de COLPENSIONES (Fl. 107 – EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Igualmente, en proveído calendado el 27 de septiembre de 2019 se dispuso la vinculación al trámite procesal de ANA ISABEL ALBA MONROY como interviniente ad excludendum, la cual fue representada mediante a través de curador ad litem.

Por tal razón, al contestar la demanda la señora ANA ISABEL ALBA MONROY indicó no ser cierta la convivencia alegada por la demandante para con el causante.

Impetró las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, mala fe de la parte demandante, enriquecimiento sin causa del demandante, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, falta de causa y buena fe.

Frente a la demanda interpuesta como tercera ad excludendum, indicó que fue cónyuge del causante señor FILIBERTO MÁRQUEZ MONTAÑEZ, con quien contrajo matrimonio católico el 21 de octubre de 1972, al igual que como pareja procrearon dos hijos de nombres DANNY MÁRQUEZ ALBA y RICARDO MÁRQUEZ ALBA, ambos mayores de edad en la actualidad.

Refirió que el vínculo matrimonial nunca se disolvió ni hubo cesación de efectos civiles, al igual que como pareja mantuvieron una convivencia compartiendo techo, lecho y mesa como esposos por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 1972 y el 5 de enero de 2019, último día en que falleció el demandante, convivencia que se basó en una comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, afecto entrañable, apoyo económico, asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual.

Por ello, solicitó que se niegue la sustitución pensional a la aquí demandante señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ y, se le condene a COLPENSIONES a que reconozca y pague dicha prestación a su favor a partir del día siguiente del fallecimiento del causante señor FILIBERTO MÁRQUEZ MONTAÑEZ, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, indexación, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

Con ocasión de lo anterior, la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ contestó la demanda ad excludendum iterando su calidad de compañera permanente con el causante por espacio de 35 años, sumado a que arguyó no asistirle prestación alguna a la señora ANA ISABEL ALBA MONROY, por haber presuntamente liquidado y disuelto la sociedad conyugal con el fallecido.

Expuso los medios exceptivos de falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia del derecho pretendido, temeridad, cobro de lo no debido y la innominada o genérica.

COLPENSIONES contestó la demanda ad excludendum, manifestando no constarle ninguno de los hechos expuestos por la señora ANA ISABEL ALBA MONROY, adicional al hecho que expuso oponerse del petitum impetrado por ésta, bajo el entendido que se dejó en suspenso la prestación deprecada al presentarse controversia entre compañeras permanentes hasta tanto la justicia disponga a quién le atañe el derecho objeto de reproche.

Formuló las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de septiembre de 2022, condenó a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor FILIBERTO MÁRQUEZ MOTAÑEZ (q.e.p.d.), a favor de la señora ANA ISABEL ALBA MONROY en porcentaje del 58.31% y cuantía inicial de $668.779 a partir del 5 de enero de 2019, y a la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ en porcentaje del 41.69% y cuantía inicial de $478.155, a partir de la misma fecha y a razón de 14 mesadas pensionales al año, sumas debidamente indexadas al momento del correspondiente pago.

Asimismo, condenó a COLPENSIONES pagar a favor de la señora ANA ISABEL ALBA MONROY la suma de $35.550.392 y a la señora ANA ISABEL ALBA MONROY la suma de $25.417.394, por concepto de mesadas pensionales retroactivas causadas desde el 5 de enero 2019 hasta el 31 de agosto de 2022, y a continuar reconociendo las que se sigan causando con posterioridad, debidamente indexadas al momento del pago correspondiente, así como que autorizó a la encartada efectuar sobre dichos retroactivos los correspondientes descuentos en salud, absolviéndola de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* en primer lugar que mediante Resolución SUB 57802 de 2019, se refirió que el entonces ISS a través de la Resolución 25160 de 2004 reconoció al causante señor FILIBERTO MÁRQUEZ MOTAÑEZ pensión por vejez en cuantía de $608.678 a partir del 29 de febrero de 2004, al igual que el mismo falleció el 5 de enero de 2019 como da cuenta el registro civil de defunción, de allí que para dirimir la controversia deban ser aplicados los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Seguidamente, expuso que teniendo en cuenta lo emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cónyuge con vínculo matrimonial vigente separada de hecho puede reclamar válidamente la pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido con el pensionado fallecido por lo menos 5 años en cualquier época en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, adicional a que, lo que habilita a la cónyuge separado de cuerpos es la existencia del vínculo matrimonial.

Asimismo, indicó que la convivencia con un lapso no inferior a 5 años es un requisito condicionante para el surgimiento del derecho de la sustitución pensional tanto para la cónyuge como para la compañera permanente, la cual se define como una comunidad de vida estable, de mutua comprensión, soporte en los pesos de vida, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común.

Expuso entonces estar acreditado con el registro civil de matrimonio que el causante contrajo matrimonio católico con la señora ANA ISABEL ALBA MONROY el 21 de octubre de 1972, al igual que, según declaraciones practicadas dentro del trámite procesal, se observó que dicha convivencia abarcó hasta el 1º de agosto de 2017, aspecto que incluso lo afirmó la misma ANA ISABEL en el interrogatorio de parte surtido.

De otra parte, arguyó que con relación al requisito de convivencia de la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ con el causante, se logró acreditar también una relación sentimental, ayuda y socorro mutuos y demás aspectos que logran

auscultar una verdadera convivencia entre la pareja y prologada en el tiempo de aproximadamente 35 años que tuvo inicio en 1986 y perduró hasta el momento del deceso del señor FILIBERTO MÁRQUEZ MOTAÑEZ; sin embargo, determinó que tomaría como convivencia certera de la compañera permanente para con el causante el último día de 1986, esto es, el 31 de diciembre de esa anualidad hasta la fecha del fallecimiento.

Concluyó que en atención del tiempo de convivencia de la cónyuge ANA ISABEL ALBA MONROY y la compañera permanente MARÍA MARLENE RAMÍREZ, resultaba procedente la compartibilidad de la pensión en un 58.31% y un 41.69% respectivamente, determinando como mesada pensional para la anualidad 2019 la suma de $668.779 y $478.155 para cada una de ellas a razón de 14 mesadas pensionales al año teniendo en cuenta que el derecho pensional el fallecido lo adquirió con anterioridad al año 2005, sin que exista prescripción de ninguna de las mesadas pensionales objeto de sustitución.

Negó el pago de intereses moratorios bajo el entendido que existió una discusión entre compañeras permanentes sobre el derecho discutido.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la decisión de primera instancia fue adversa a los intereses de COLPENSIONES, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si a las señoras ANA ISABEL ALBA MONROY y MARÍA MARLENE RAMÍREZ en calidad de cónyuge y compañera permanente respectivamente del causante señor FILIBERTO MÁRQUEZ MONTAÑEZ (q.e.p.d.), les asiste derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional.

De gozar con vocación de prosperidad lo anterior, se determinará el porcentaje que le corresponde a cada una de ellas.

c. De la calidad de pensionado:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub examine*, es menester que la Sala precise que no fue objeto de reproche que al causante FILIBERTO MÁRQUEZ MONTAÑEZ (q.e.p.d.), el extinto ISS mediante Resolución No. 025160 de 2004 le reconoció pensión de vejez en los términos de que trata el Decreto 758 de 1990 a partir del 29 de febrero de 2004, en cuantía inicial de $608.678 (Fls. 524 a 526 – PDF 06 DEMANDA EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Tampoco el hecho que, con ocasión del fallecimiento del causante, COLPENSIONES mediante Resoluciones SUB 57802 del 7 de marzo de 2019, SUB 96148 del 23 de abril de 2019 y DPE 2857 del 11 de mayo de 2019, negó el reconocimiento prestación alegado por las señoras ANA ISABEL ALBA MONROY y MARÍA MARLENE RAMÍREZ (Fls. 28 a 39 – PDF 01 DEMANDA EXPEDIENTE DIGITALIZADO y fls. 71 a 77 y 78 a 83 – PDF 06 DEMANDA EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

d. De la pensión de sobrevivientes:

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de

la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo que, para el presente evento refiere a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en virtud a que el fallecimiento del causante señor FILIBERTO MÁRQUEZ MONTAÑEZ (q.e.p.d.), sucedió el 5 de enero de 2019 como da cuenta la copia del Registro Civil de Defunción (Fl. 41 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO y fl. 61 – PDF 06 DEMANDA EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca".*

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

> *"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).*
>
> *"Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida".*

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de la cónyuge el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además no se hace necesaria acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

> *"Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:*
>
> *"Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante.*

"[…]

"Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

"Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019)."

Contrario al caso de la cónyuge, la compañera permanente debe acreditar los cinco (5) años de convivencia antes de la fecha del deceso del pensionado, así lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (…), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

"Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)."

e. Del caso en concreto:

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto, al descender al *sub-examine*, se observa que la señora ANA ISABEL ALBA MONROY acreditó al juicio el reclamo de la prestación deprecada en su calidad de cónyuge del causante, aspecto que se comprueba con el correspondiente Registro Civil de Matrimonio, que da cuenta que la pareja contrajo matrimonio el 21 de octubre de 1972 (Fls. 47 a 48 – PDF 06 DEMANDA EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Para el escenario de la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ, su derecho pensional debe analizarse bajo la égida de compañera permanente del causante, puesto que así quedó consignado en el transcurrir del trámite procesal.

Sobra resaltar, además, que tanto la señora ANA ISABEL ALBA MONROY en calidad de cónyuge, como la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ en calidad de compañera permanente, a la fecha del deceso del causante señor FILIBERTO MÁRQUEZ MOTAÑEZ acreditaban más de 30 años de edad como da cuenta la copia de sus cédulas de ciudadanía; circunstancia por la cual, procede la Sala a realizar el análisis exhaustivo del caudal probatoria en miras a determinar los derechos deprecados por ambas señoras.

Para el efecto, se advierte que en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte de la señora ANA ISABEL ALBA MONROY, quien indicó que en la actualidad se dedica al hogar. Que fue esposa del causante señor FILIBERTO MÁRQUEZ MONTAÑEZ desde el año 1972, con quien como pareja procrearon dos hijos de nombres DANNY MÁRQUEZ y RICARDO MÁRQUEZ.

Expuso que la convivencia con el causante perduró hasta la fecha del deceso de este último como quiera que nunca existió separación. Relató que como pareja vivió con el fallecido en la carrera 55 No. 46-17 Sur en la Ciudad de Bogotá por cuanto la casa era la casa de ambos. Refirió que el causante falleció el 5 de enero de 2019 en la Clínica Cardiovascular de Bosa ya que estuvo hospitalizado

aproximadamente 15 días anteriores a la muerte, en virtud que al final de sus días padeció de cáncer al pulmón, inclusive estuvo al cuidado del causante en la clínica.

Que cuando el causante se enfermó, éste se encontraba en un apartamento que tenía en Soacha y que había comprado un año antes, precisando que en el último año el señor FILIBERTO vivió solo por cuanto como pareja habían vendido la casa donde convivían, de ahí que el fallecido hubiese decidido comprar el apartamento en Soacha, lugar último donde a ella no le gustaba ir mucho.

Que ella le descubrió una infidelidad al causante aproximadamente en el año 1992, lo que conllevó que desde ese momento existieran como pareja altercados e inconvenientes, puntualizando además que a pesar de ello siguieron conviviendo como pareja hasta el momento en que vendieron la casa que lo fue a mediados del año 2017, y fue allí donde el causante se fue a vivir al apartamento de Soacha.

Que durante su convivencia dormían en la misma habitación, viviendo allí también con su hijo menor y la novia de éste hasta aproximadamente el año 2015, siendo enfática en pregonar que era el demandante quien se encargaba de suplir los asuntos económicos del hogar.

Que no conoció mucho de la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ, pero expuso que el causante le era infiel con ella desde aproximadamente el año 1992. Que el causante laboraba en el BANCO DE BOGOTÁ, así como que no permanecía mucho tiempo en la casa, indicando a su vez que los gastos fúnebres del fallecido los costeó un ahijado que tenía de nombre ESTEBAN. Expuso que con el causante llevaron a cabo separación de bienes.

La señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ indicó en su interrogatorio de parte que en la actualidad se dedica al hogar. Que conoció al causante en el año de 1985 por cuanto éste trabajaba en el BANCO DE BOGOTÁ y ella era cliente de allá, iniciando una relación sentimental entrañable a partir de 1986.

Que el causante en todo momento vivió en el hogar de la señora ANA ISABEL ALBA MONROY, al igual que falleció en el Hospital Cardiovascular de Soacha, siendo ella quien permaneció la mayor parte del tiempo con el fallecido antes de su deceso.

Se recepcionó el testimonio de la señora MARÍA DUPERLY ORJUELA, quien manifestó que es media hermana de la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ. Que conoció al causante aproximadamente 35 o 40 años como quiera que él trabajaba en el BANCO DE BOGOTÁ.

Que le consta que el causante y la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ ostentaron una relación sentimental de aproximadamente 35 años, por cuanto ella se reunía con la pareja en todas las actividades sociales. Tiene conocimiento que la relación de la pareja era frecuente ya que casi siempre se encontraban en el apartamento de su hermana, dando fe que esa relación sentimental se mantuvo hasta el momento del fallecimiento.

Sabía que el causante estaba casado con la señora ANA ISABEL ALBA MONROY, pero a ella nunca la conoció, sin que tampoco sepa sobre el por qué el fallecido no pasaba las noches en la casa de la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ. Vio que la relación del causante y su hermana MARÍA MARLENE en todo momento fue afectuosa.

La testigo ELSA JUDITH GONZÁLEZ RAMÍREZ indicó que es hija de la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ, así como que conoció al causante señor FILIBERTO ya que era la pareja de su madre. Que el fallecido en todo momento comparecía con su madre a reuniones familiares, teniendo conocimiento que esa relación sentimental se constituyó desde hace aproximadamente 34 años.

Que en todo momento vio al causante con su madre, inclusive los fines de semana, tan es así que le consta que el fallecido le colaboraba económicamente en tanto su madre vendía ropa y en ocasiones los ingresos no le alcanzaban. Que la última

vez que vio al causante fue el 7 de diciembre de 2019. Precisó que su madre en todo momento permaneció con el causante hasta la fecha de su deceso, incluso lo socorrió en el hospital donde falleció.

Por último, manifestó que la pareja no vivió de manera permanente, pero permanecían mucho tiempo juntos.

La testigo SANDRA RAMOS adujo que es amiga y vecina de la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ desde 1993. Que para esa época la señora MARÍA MARLENE era pareja del causante señor FILIBERTO y le consta tal situación por cuanto ella compartía con la pareja.

Que de lo que percibió el causante no pasaba sus noches con la señora MARÍA MARLENE por cuanto éste en todo momento manifestaba que tenía que irse a cuidar un inmueble que tenía. Presume que el causante como pareja de la señora MARÍA MARLENE era un proveedor como quiera que en todo momento los veía juntos.

La testigo YORLY ASTRID MARTÍNEZ GARZÓN refirió que la señora ANA ISABEL ALBA MONROY es su suegra, conociéndola desde el año 2004 cuando entabló un noviazgo con su hijo menor, siendo el causante su suegro. Que para el año 2004 conoció a la señora ANA ISABEL y al causante como pareja, quienes convivían en el Barrio Venecia de la Ciudad de Bogotá, y que su núcleo familiar también se encontraba compuesto por sus dos hijos de nombres DANNY y RICARDO.

Que ella vivió en el hogar de la pareja desde el año 2006 por cuanto inició también una convivencia con el hijo de ellos DANNY.

Que DANNY le comentó en el año 2004 el tema de infidelidad que el causante había tenido en el hogar con la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ. Tiene entendido que además de la infidelidad que se había presentado entre la pareja, al causante le gustaba el trago, lo que conllevó a que como pareja decidieran

vender la casa que habitaban, y por ende fue que el fallecido compró un apartamento en Soacha.

Expuso que vio a la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ aproximadamente dos o tres veces desde el año 2018, al igual que tiene conocimiento que el causante respondía en parte por las obligaciones económicas de la señora ANA ISABEL. Que la pareja realizó legalmente una separación de bienes, y que en todo momento la pareja compartió las fechas especiales con su familia en general.

El testigo DANNY MÁRQUEZ ALBA expuso que es el hijo de la señora ANA ISABEL ALBA MONROY y del causante. Refirió que sus padres siempre permanecieron juntos hasta la fecha del deceso del señor FILIBERTO.

Arguyó que sus padres llevaron a cabo una separación de bienes, pero sin saber en forma precisa sobre el por qué, ya que no se inmiscuía en la relación de pareja. Que la señora MARÍA MARLENE era una amiga de su padre desde hacía muchísimos años.

La testigo MARÍA RUBIELA MALAGÓN FAJARDO indicó que conoce a la señora ANA ISABEL ALBA MONROY desde aproximadamente 38 años, siendo siempre la pareja el causante. Que en algún momento ella fue vecina de la pareja, de hecho, fue quien le compró la casa a la pareja ubicada en el Barrio Venecia de la Ciudad de Bogotá en el mes de agosto de 2017 cuando la vendieron, por lo que hasta esta fecha tiene conocimiento de que la pareja permaneció unida.

Así las cosas, la Sala en primer lugar advierte que con ocasión de la señora ANA ISABEL ALBA MONROY, el causante primeramente hasta la fecha de su deceso, tuvo un vínculo matrimonial como da cuenta el correspondiente registro de matrimonio, sin que del contenido del mismo se desprenda nota marginal alguna que advierta una cesación de los efectos civiles del matrimonio, de allí que atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, la cónyuge en comento pueda acreditar un requisito de 5 años de convivencia en cualquier tiempo.

En tal asentido, la Sala puede colegir que según lo dispuso el operador de instancia, de las declaraciones rendidas por YORLY ASTRID MARTÍNEZ GARZÓN y DANNY MÁRQUEZ, quienes relataron ser cuñada, vecina e hijo de la señora ANA ISABEL respectivamente, fueron contestes en señalar que la convivencia de la pareja se dio constante e ininterrumpida en el tiempo por lo menos hasta mediados del año 2017, en tanto, siempre la pareja mostró su afectación sentimental la cual era de conocimiento de los declarantes, por lo menos hasta mediados de la anualidad 2017 cuando vendieron la casa que era de propiedad de los dos como así lo confesó la señora ANA ISABEL ALBA MONROY en el interrogatorio de parte rendido, lo que condujo a el fallecido se fue a vivir a un apartamento que compró en Soacha.

Lo anterior, como quiera que se le asigna credibilidad a YORLY ASTRID MARTÍNEZ GARZÓN, yerna de la señora ANA ISABEL al ser pareja de su hijo DANNY MÁRQUEZ, puesto que manifestó dar fe que la pareja inclusive dormía junta, teniendo conocimiento de dicha situación por cuanto ella como declarante vivió en la misma casa desde el año 2006, adicional a que, sus dichos guardan plena congruencia con la vecina de la pareja señora MARÍA RUBIELA MALAGÓN FAJARDO, quien relató que en efecto conoció a la pareja desde aproximadamente 38 años; tanto así que ella como declarante fue la persona que compró la casa de la pareja cuando decidieron venderla en el año 2017, relatos que incluso guardan concordancia con lo expuesto por el hijo de la pareja DANNY MÁRQUEZ; circunstancia por la cual, puede colegirse que se constituyó una convivencia de ayuda mutua y entrañable como así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, la convivencia decretada por el *a-quo* respecto de la señora ANA ISABEL ALBA MONROY y el causante también se mantendrá incólume, es decir, por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 1972, fecha en que celebraron matrimonio y el 1º de agosto de 2017, calenda última donde fue la misma señora ISABEL quien indicó que la convivencia como pareja compartiendo techo, lecho y mesa con el fallecido tuvo su finalización a mediados de esa anualidad, aspecto que lo corroboró la señora la testigo MARÍA RUBIELA MALAGÓN cuando señaló

que la venta de la casa se finalizó en el mes de agosto de 2017, por lo que habrá de confirmarse este puntualísimo aspecto de la sentencia de primera instancia.

Frente a la demandante señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ, a juicio de la Sala también se puede concluir la constitución de su derecho prestacional a la sustitución pensional, como quiera que se logró demostrar una relación de pareja con el causante en su calidad de compañera permanente acompañada de ayuda y socorro mutuo entrañable según se apreció de las declaraciones rendidas por MARÍA DUPERLY ORJUELA, ELSA JUDITH GONZÁLEZ RAMÍREZ y SANDRA RAMOS, quienes son la hermana, hija y vecina de la señora MARLENE, en la medida que fueron concordantes en indicar que la pareja en todo momento compartía situaciones de convivencia para con la sociedad, especialmente en reuniones familiares y grupos de amigos, tan es así que siempre el fallecido señor FILIBERTO MÁRQUEZ MONTAÑEZ fue conocido dentro del núcleo familiar de la señora MARÍA MARLENE como su compañero sentimental como así lo sostuvo su propia hija.

Tal situación se acompasa inclusive con las fotografía y muestras de amor que reflejan la pareja en el transcurrir del tiempo, y a pesar de que hubiese sido claro por la misma señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ que el causante no pasaba las noches en su concubinato, lo cierto es que ese talante no es óbice para que la Sala eche de menos las demás probanzas que acreditan la verdadera relación de pareja, incluso el hecho de que el fallecido le colaboraba a la señora MARÍA MARLENE económicamente como así lo sostuvo en declaración la hija de esta última, adicional al hecho de que se encontraba afiliada al sistema de seguridad social en salud del señor FILIBERTO, siendo así una relación sentimental prolongada en el tiempo (q.e.p.d.).

Ahora, como lo determinó el *a-quo*, si bien se demostró que la convivencia de la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ con el causante tuvo inicio en el año 1986 hasta la fecha del deceso de éste que lo fue el 5 de enero de 2019, no existe fecha precisa de la anualidad de 1986 para tomar como extremo inicial, lo que conlleva a que en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto

en favor de COLPENSIONES, se tenga en cuenta como extremos de convivencia de la pareja el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1986 y el 5 de enero de 2019, por lo que se mantendrá incólume este puntualísimo aspecto.

En tal sentido, es por lo que los porcentajes y montos de la prestación determinadas por el operador de instancia no son objeto de modificación; circunstancia por la cual, a la señora ANA ISABEL ALBA MONROY en su calidad de cónyuge del causante atendiendo la convivencia por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 1972 y el 1º de agosto de 2017, le asiste derecho de la prestación en porcentaje del 58.31%, mientras que al acreditarse una convivencia de la señora MARÍA MARLENE RAMÍREZ por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1986 y el 5 de enero de 2019, le asiste derecho a una porcentaje del 41.69%.

El derecho a reconocer como se determinó en primera instancia, deberá realizarse a partir del 5 de enero de 2019 sobre 14 mesadas pensionales al año, como quiera que no operó fenómeno prescriptivo alguno, pues de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., al haber fallecido el causante el 5 de enero de 2019 y la demanda presentarse el 4 de abril de esa misma anualidad, palmario resulta que no operó la prescripción trienal sobre ninguna de las mesadas reconocidas en primer grado.

De otra parte, sobre el retroactivo reconocido en primer grado, se dispuso autorizar a COLPENSIONES efectuar los correspondientes descuentos a salud, aspectos todos que conllevan a que la sentencia de primera instancia sea confirmada.

Por último, aprecia la Sala que la tercera ad excludendum señora ANA ISABEL ALBA MONROY, promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES en el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá a la cual le correspondió la radicación 1100131050 **29 2021 00169 00**, y teniendo en cuenta las pruebas allegadas a este proceso se observa que gravita en torno al derecho pensional aquí reconocido; circunstancia por la cual, se dispondrá oficiar al referido

Juzgado sobre esta decisión para los fines pertinentes. **SIN COSTAS** en esta instancia por cuanto el asunto se estudia en sede consulta a favor de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

TERCERO: OFICIAR al Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario con radicación No. 1100131050 **29 2021 00169 00** adelantado por la señora ANA ISABEL ALBA MONROY en contra de COLPENSIONES, con la finalidad de informarle sobre la presente decisión para los fines pertinentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **24 2021 00357 01**
Demandante:	MARIA LIGIA BELTRAN ROJAS
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 26 de enero de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA LIGIA BELTRAN ROJAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., por incumplimiento al deber de información, se declare la inexistencia de su afiliación a dicho fondo, al no reposar en el expediente administrativo, se declare válida y vigente la afiliación que realizó a COLPENSIONES el 14 de mayo de 1961 y que estuvo válidamente afiliada al

Fondo de Solidaridad Pensional - Programa de Subsidio al Aporte en Pensión – PSAP desde el 1º de noviembre de 2001 hasta el 1º de enero de 2017.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES el total de los aportes realizados en su cuenta individual, tales como bonos, rendimientos financieros, cuotas de administración y las demás sumas adicionales que se hubiesen generado. Se condene a recibir los anteriores rubros, active su afiliación en el régimen que administra, actualice su historia laboral y se haga cargo de su pensión de vejez. Finalmente, solicita se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 14 de mayo de 1961, que se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 4 de diciembre de 1989, donde alcanzó más de 205 semanas. Relató que evidenció una novedad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectiva a partir del 1º de mayo de 1994, la cual se basa en la solicitud de vinculación o traslado No. 10839459, la cual se trata de una afiliación fraudulenta, ya que aparece su número de cédula en el mencionado formulario, sin embargo, los datos del afiliado que aparecen allí consignados corresponden a otra persona, siendo la persona que se registra en el citado formulario YENIS BERENA RAMOS LASTRE, domiciliada en la ciudad de Cartagena, y además el documento esta signado por esa persona y no por la demandante.

Seguidamente, sostuvo que su vinculación o traslado a PORVENIR S.A. nunca existió, y que a razón de dicho yerro COLPENSIONES realizó la devolución de los aportes de los periodos de agosto de 1997 a octubre de 2001 a PORVENIR S.A., indicando que ella se encontraba afiliada al R.A.I.S. y que realizó solicitud de traslado al régimen de prima media con prestación definida el 14 de mayo de 2008, lo cual, no es cierto, dado que para esa fecha se encontraba afiliada en el FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL - PROGRAMA DE SUBSIDIO AL APORTE EN PENSIÓN – PSAP, en el grupo poblacional de trabajador independiente urbano desde el 1º de noviembre de 2001 hasta el 1º de enero

de 2017, siendo su estado actual retirada, por el motivo temporalidad semanas, de acuerdo con lo establecido en numeral 3 del Artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 del 16 de noviembre de 2016.

Añadió que los requisitos generales para ingresar al PSAP son: a) estar afiliado a salud, ya sea como cotizante o beneficiario del régimen contributivo o afiliado al régimen subsidiado, b) que la última cotización se haya realizado con COLPENSIONES, en caso de haberse realizado con un fondo privado, debe ser viable el traslado hacia COLPENSIONES, así, el usuario debe tramitar dicho traslado y este deberá ser aprobado. Luego, siempre ha estado afiliada al R.P.M.P.D. toda vez que, como ya se indicó, para que un ciudadano haga parte del citado Fondo, debe estar válidamente afiliado al régimen de prima media.

Refirió que solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez el 23 de abril de 2019, la cual fue denegada mediante Resolución SUB168355 de 28 de junio de 2019, por no cumplir con el mínimo de semanas requeridas por Ley; ante lo cual presentó acción de tutela, la que fue conocida por el Juzgado Sesenta (60) Administrativo del Circuito – Sección Tercera, el que mediante fallo de 21 de enero de 2020, tuteló su derecho fundamental a la seguridad social y en consecuencia ordenó a COLPENSIONES realizara las gestiones tendientes a trasladar los recursos depositados por el empleador de la actora de agosto de 1997 a octubre de 2001 en PORVENIR S.A., y procediera a actualizar su historia laboral en ese régimen.

Indicó que mediante oficio No. 4107412023308600 de 2 de junio de 2020, PORVENIR S.A. informó que tales aportes habían sido girados a COLPENSIONES el 19 de febrero de 2020 bajo el concepto de saldos positivos a través del Sistema de Información de Afiliados a los Fondo de Pensiones con el archivo plano número PVISGTR20100702.e05., información que fue reiterada por el fondo privado mediante oficio No. 0190121037737100 el 20 de agosto de 2020.

Señaló que mediante auto de 20 de agosto de 2020 proferido por el Juzgado Sesenta (60) Administrativo del Circuito – Sala Tercera Bogotá D.C., declaró a COLPENSIONES en desacato, por lo que esa entidad mediante comunicado con radicado No. 2020_9138456 del 16 de septiembre de 2020, con el fin de dar

cumplimiento al desacato, le informó que procedió a cargar la devolución de aportes realizada por PORVENIR S.A., correspondientes a los aportes pensionales cotizados por el empleador GUALTERO CAICEDO ASTRITH para los ciclos comprendidos entre octubre de 1997 a octubre de 2001 y actualizó su Historia Laboral, acreditando 1329 semanas.

Así, al acreditar los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida, solicitó de nuevo a COLPENSIONES el 27 de agosto de 2020 el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue nuevamente negada a través de Resolución SUB217238 de 9 de octubre de 2020, indicando que verificado el expediente evidenció que se había trasladado del R.A.I.S. al R.P.M.P.D. el 12 de diciembre de 2008, es decir, faltándole menos de 10 años para pensionarse, razón por la cual se anuló su traslado, información que dijo había sido verificada el 9 de octubre de 2020 en el aplicativo SIAFP.

De esa forma, al realizar las validaciones del caso, y teniendo en cuenta que su fecha de nacimiento era el 14 de mayo de 1951, el plazo de traslado refiere al mismo día y mes de 2008, y la fecha de solicitud de traslado en SIAFP es del 12 de diciembre de 2008, por lo cual no cumple con el requisito de edad para trasladarse, en esa medida se hace solicitud al mantis para que la AFP normalice y en las bases de COLPENSIONES se procede a anular el traslado de ingreso a esa entidad, para en su lugar quedar trasladada.

Mediante Resolución DPE16272 de 4 de diciembre de 2020, COLPENSIONES le informó que presenta anulación de traslado a esa administradora, para el 2 de febrero de 2009, lo cual no es cierto, dado que para esa fecha se encontraba válidamente afiliada al RPMPD a través del FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL - PROGRAMA DE SUBSIDIO AL APORTE EN PENSIÓN, en donde estuvo de enero de 2001 a enero de 2017.

Pese a lo anterior, COLPENSIONES decidió trasladar nuevamente los aportes que en su momento PORVENIR S.A. había girado por los periodos de agosto de 1997 a octubre de 2001, y se quedó con los aportes realizados a través del citado programa. Además, indicó que el 4 de mayo de 2021, solicitó a PORVENIR S.A. su expediente administrativo sin que se observe ningún formulario válido de afiliación firmado por la gestora, que demuestre que

efectivamente solicitó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, quedando demostrado, que siempre estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y nunca realizó traslado alguno, por lo que las gestiones administrativas de las demandadas solo han desvirtuado la acreditación de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, ya que COLPENSIONES solo acredita 962.71 semanas, cuando para el 27 de agosto de 2020 le había reconocido 1.329 semanas, de acuerdo al comunicado que emitió el 16 de septiembre de 2020. (Fls. 6 a 31 archivo 01 y f. 3 a 28 archivo 05).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones formuladas en el escrito genitor, arguyendo la legalidad de la afiliación de la demandante con ese fondo en 1994, de acuerdo con el certificado de ASOFONDO, el cual se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación - documento público. De otra parte, expuso que a través de comunicado No. 0100223025442500, informó a la actora que realizó proceso de verificación de la validez de la afiliación con COLPENSIONES, debido a que esa entidad reportó requerimientos con las administradoras, indicando que según la fecha de nacimiento de la actora, el traslado de PORVENIR a COLPENSIONES con fecha 12 de diciembre de 2008 se encontraba a menos de 10 años.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (f. 2 a 25 archivo 10).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones elevadas en el libelo demandatorio. Al respecto, indicó que la promotora suscribió formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria, lo cual valida su afiliación a dicho régimen. Enfatizó que si bien desconoce las circunstancias que rodearon la asesoría, no es menos cierto que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información que le fue suministrada por los asesores del fondo de pensiones, aunado a que no se demuestra el vicio en el consentimiento que se alega por activa.

Formuló los medios exceptivos 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, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (f. 3 a 34 archivos 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de enero de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEXISTENCIA de la afiliación de la señora MARÍA LIGIA BELTRÁN ROJAS al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., efectiva a partir de 1º de mayo de 1994, de conformidad con las razones expuestas.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales de la señora MARÍA LIGIA BELTRÁN ROJAS nunca se le vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la declaratoria de la inexistencia de la afiliación de la señora MARÍA LIGIA BELTRÁN ROJAS, por lo tanto, debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, gastos de administración, debidamente indexados, conforme a lo motivado.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir a la señora MARÍA LIGIA BELTRÁN ROJAS, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*
>
> *QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.*

SEXTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas conforme los razonamientos expuestos en la parte motiva.

SEPTIMO: En caso de no apelarse la presenten sentencia, concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA. (…) Además, estimo las agencias en derecho en un s.m.l.m.v."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia comenzó por recordar que a partir del 1º de abril de 1994 se establecieron dos regímenes de pensiones, esto es, el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y el de ahorro individual con solidaridad que administran los fondos privados. Además, hizo mención al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la elección de régimen pensional de manera libre y voluntaria por parte del afiliado, la cual se expresará por escrito, el término de procedencia del traslado de régimen y la prohibición de traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren diez años o menos para cumplir la edad de pensión.

En cuanto a la inexistencia del acto jurídico, recordó que la Corte Constitucional en la sentencia C-345 de 2017, señaló que se trata de aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, por ejemplo cuando falta completamente la voluntad, o no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o cuando no se cumple un requisito o formalidad previsto en el ordenamiento para la existencia del acto o contrato *(ad substantiam actus),* lo que se acompasa con lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil. Postura que igualmente, ha sido asumida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo, refirió que la elección de régimen pensional debe ser informada, pues de lo contrario el acto resulta ineficaz, según lo adoctrinado por el órgano de cierre de esta especialidad y la Corte Constitucional.

En virtud de lo anterior, al verificar la concurrencia de requisitos establecidos en el artículo 1502 del C.C., para que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual se considere válido, expuso que la demandante estaba afiliada al ISS desde el 4 de diciembre 1989, sin que fuera beneficiaria del régimen de transición.

De la misma forma, indicó que se aportó formulario de vinculación con cédula de ciudadanía de la demandante, sin embargo, la información allí contenida corresponde a una persona diferente y además se indica un número diferente al que figura en la parte superior, el cual aparece con una anotación de anulado por la demandada, adicionalmente, el fondo demandado en requerimiento llevado a cabo por la activa, informó que no encontró el formulario de afiliación suscrito por esta, y que en la historia de vinculaciones expedido por ASOFONDOS, figura que la actora se vinculó a PORVENIR el 5 de abril de 1994, a su vez, el historial de movimientos de PORVENIR evidencia que los empleadores de la demandante efectuaron aportes al sistema de seguridad social entre 1994 y los años siguientes, figurando como semanas para bono pensional 212, también se aportó certificación de vinculación de la actora por parte de PORVENIR.

Así mismo, dijo que obra comunicación remitida por PORVENIR a la demandante en la que le informa que realizó proceso de verificación de validez de su afiliación con COLPENSIONES debido a que dicha entidad reportó que según su fecha de nacimiento, el traslado del fondo privado hacia esa entidad el 12 de diciembre de 2008 se encontraba a menos de 10 años, por lo que se anuló la vinculación con COLPENSIONES, encontrándose válidamente afiliada a PORVENIR; empero, dijo encontrarse en la acreditación de los recursos girados por COLPENSIONES hacia la cuenta de ahorro individual, estimándose como fecha para resolver esa solicitud el 29 de enero de 2021.

Tras hacer un recuento de los interrogatorios de parte, concluyó la *a quo* que la actora había acreditado que no había vinculación al régimen de ahorro individual, pues en el formulario que aparece a folio 32 del archivo 1, el cual contiene anotación de anulación, si bien aparece el número de la cédula de la demandante, no se encuentra acreditado que ella lo hubiera suscrito y además, ello se corrobora con lo dicho por el Representante Legal de PORVENIR en el interrogatorio de parte, reiterando que la activa probó que no se vinculó a PORVENIR y no expreso su voluntad de afiliación a ese fondo, por lo tanto esa vinculación es inexistente.

Adicionalmente, dijo la falladora de primer grado que, de haberse suscrito algún formulario de afiliación, no se acreditó el cumplimiento del deber de

información por parte de PORVENIR. Indicando que declararía la ineficacia de la vinculación en el evento que la demandante se encontrara válidamente afiliada al RAIS. Declaró no probada la excepción de prescripción y la devolución de los emolumentos producto de esa decisión.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR la apeló. Solicita se revoque en su totalidad la decisión de primer grado, aduciendo que no es posible declarar la inexistencia de la afiliación, en tanto la demandante si realizó vinculación con ese fondo en 1994, además, le informó a esta que realmente se encontraba vinculada con PORVENIR y no con COLPENSIONES.

Igualmente, sostuvo que la accionante realizó cotizaciones a ese fondo, las que fueron debidamente administradas, sin que presentara alguna informidad sobre el particular. Adicionalmente, mediante comunicación No. 01002230254400 le informa a la demandante que debido a su edad, se presentó una anulación de la vinculación con COLPENSIONES, encontrándose válidamente afiliada a PORVENIR, comunicación que detalla el carácter de vinculante con ese fondo, por ende, no es posible declarar inexistente una vinculación que la actora si adelantó con esa administradora, lo que se ratificó con los aportes que se llevaron a cabo en ese fondo.

Añadió, que la gestora cuenta con más de 594 semanas cotizadas en el RAIS, alcanzando un saldo de más de ocho millones de pesos, obteniendo rendimientos financieros, y que con ese número de semanas le conviene más estar en el RAIS ante una eventual una devolución de saldos, que no ante una indemnización sustitutiva.

Refirió que en caso de confirmarse la sentencia de instancia, no es procedente la devolución de los gastos de administración y la indexación, dado que los primeros tenían como destino la debida administración de los aportes, lo que arrojó rendimientos superiores a los mínimos exigidos por la ley, ante lo cual la actora no manifestó alguna inconformidad, los que además están permeados por el fenómeno prescriptivo y no financian la mesada pensional. De la misma forma, señaló que la indexación se encuentra cubierta con los rendimientos

causados, por lo que de ser el caso, solo procede la devolución los aportes y rendimientos.

Por su parte, COLPENSIONES en su alzada refirió que en el momento que la demandante alega la invalidez de su afiliación al RAIS, ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen pensional, razón por la cual no le es posible aceptar el traslado, tampoco es beneficiaria del régimen de transición, de modo que no le son aplicables las sentencias emitidas por la Corte Constitucional que dan cabida al traslado en cualquier momento. Continuó señalando que, si bien la activa alega no haber suscrito el formulario de afiliación, lo cierto es, que desde 1994, calenda en el que se efectuó el traslado de régimen, ha venido haciendo aportes en ese fondo, consintiendo su intención de permanecer afiliada al RAIS, por lo que no es posible declarar la nulidad o ineficacia del traslado.

Finalmente, adujo que esta clase de condenas afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo que sobrecarga el sistema, por lo que solicita se revoque la decisión de instancia y se le absuelva de todas las condenas impuestas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, y por metodología en los recursos de apelación interpuestos por las accionadas, así como el grado jurisdiccional de consulta que se estudia respecto de COLPENSIONES; la Sala como problema jurídico habrá de auscultar si es válida la afiliación que llevó a cabo la demandante a PORVENIR y en consecuencia, se encuentra válidamente

afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, en caso positivo habrá de verificar si traslado es ineficaz.

c. De la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual:

Al descender al caso bajo estudio, se advierte que desde la fijación del litigio se determinó que sería objeto del debate, lo relacionado con la existencia de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, aspecto que fue analizado en la sentencia que puso fin a la instancia, concluyendo la Juez del caso que la demandante había probado que no se había vinculado a PORVENIR, de ahí, que no había expresado su voluntad de afiliación a esa administradora de pensiones, siendo inexistente tal vinculación.

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

En consonancia con lo expuesto, conviene recordar que el referido Decreto 692 de 1994, en sus artículos 11, 15 – inciso 1º, y 17, a la letra rezan:

> "***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***.
>
> *"La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*
>
> *La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;

b) Nombre o razón social y NIT del empleador;

c) Nombre y apellidos del afiliado;

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

(…)
*"**Artículo 15. Traslado de régimen pensional**. Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de*

régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior".

(…)

"***Artículo 17. Múltiples vinculaciones****. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria."*

Posteriormente, estas situaciones de multivinculación pasaron a ser reguladas por el Decreto 3995 de 2008, para los afiliados al Sistema General de Pensiones al 31 de diciembre del 2007, precisando el artículo 2º, que el afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003, pues en caso contrario entraría en estado de múltiple vinculación, de modo que quien haya realizado cotizaciones efectivas, entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva.

De otra parte, huelga mencionar que el artículo 1502 del Código Civil, señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

"1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra."

En esa medida, un *"acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así formado*

carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto", según se ha dicho entre otras en sentencia SL4360-2019.

Adicionalmente, el artículo 26 de la Ley 100 de 1993 señala:

> *"El Fondo de Solidaridad Pensional tiene por objeto subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias*, personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.*
>
> *El subsidio se concederá parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización. El Gobierno Nacional reglamentará la proporción del subsidio de que trata este inciso.*
>
> *Los beneficiarios de estos subsidios podrán escoger entre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero en el evento de seleccionar esta última opción, sólo podrán afiliarse a fondos que administren las sociedades administradoras que pertenezcan al sector social solidario, siempre y cuando su rentabilidad real sea por lo menos igual al promedio de los demás fondos de pensiones de conformidad con lo establecido en la presente ley."* (Subrayado por la Sala).

Se acota además, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL757-2021, Radicación No. 83734 de 8 de marzo de 2021, al analizar lo atinente a la afiliación tácita, señaló:

> *"[…] pues, tal como lo tiene adoctrinado esta Sala, cuando la entidad administradora de pensiones guarda silencio frente a deficiencias en la afiliación del trabajador y recibe las cotizaciones sin reproche alguno, tal como sucedió en el presente asunto, se configura una "aceptación tácita de la afiliación", tal como esta Sala lo sostuvo en las sentencias SL14236-2015 y CSJ SL, 19 jun. 2011, rad. 40531, de modo tal que la observación que tienen las semanas en comento no conduce a invalidarlas a efectos de obtener la prestación por invalidez."*

d. Del caso en concreto:

Al descender al *sub examine*, se advierte que no se discute en esta instancia que la demandante MARÍA LIGIA BELTRAN ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.498.923, nació el día 14 de mayo de 1961, conforme se colige de la copia de su documento de identidad. (f. 58 archivo 01).

De otra parte, se encuentra que en el presente proceso fue aportado el formulario de solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR S.A. No. 10839459, el cual contiene datos de RAMOS LASTRE YENIS BERENA en el que esta se identifica en la parte superior con el número de documento de identidad 35.498.923, empero, en la parte inferior firma el formulario con el número de identificación 45.498.923, documento que tiene una anotación de anulado. (f. 32 archivo 01 y f. 32 archivo 05).

Asimismo, obra reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por COLPENSIONES el 27 de agosto de 2020 en el que aparece la demandante en estado inactivo, evidenciando cotizaciones desde el 4 de diciembre de 1989 hasta enero de 2018, de las cuales las llevadas a cabo entre noviembre de 2001 y diciembre de 2016, corresponden a pagos como régimen subsidiado, acreditando 1329 semanas; igualmente, obra certificación expedida por la Directora de Regionales del Administrador Fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional adiada el 11 de abril de 2021, en la que certifica que la demandante se encuentra afiliada al Fondo de Solidaridad Pensional - Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, en el grupo poblacional trabajador independiente urbano, desde el 1º de noviembre de 2001 hasta el 1º de enero de 2017, siendo su estado actual retirada, por motivo temporalidad semanas. (f. 74 a 89 archivo 11, f. 33 a 49 archivo 01).

De la misma forma, obra certificación expedida por COLPENSIONES el 20 de marzo de 2019 en la que la entidad certifica que la actora se encuentra afiliada desde el 27de junio de 1995 al régimen de prima media con prestación definida, administrado por esa demandada y su estado es INACTIVO. (f. 119 archivo 11).

El certificado SIAFP se informa una vinculación inicial a PORVENIR el 5 de abril de 1994, y se aporta Historia Laboral Consolidada emitida por PORVENIR S.A. a nombre de la actora el 21 de febrero de 2022 en el que aparecen cotizaciones

a entidades publicas entre el 4 de diciembre de 1989 y el 25 de marzo de 1994 y de agosto de esa misma calenda a octubre de 2001 y de febrero de 2017 a enero de 2018 a ese fondo, sin que obren cotizaciones entre noviembre de 2001 y enero de 2017. (f. 73 y 85 a 103 archivo 10).

Por su parte, el Representante Legal de la demandada PORVENIR S.A., al ser indagado por el formulario de afiliación que se puso de presente a la demandante en la audiencia, sostuvo que ese documento constituyó un error de ese fondo y que incluso el formulario esta anulado ante la compañía, sin embargo, adujo que están tratando de encontrar el formulario de afiliación suscrito por la actora, pero no han podido ubicarlo en el archivo de la administradora. Además, dijo que para que una persona se tenga como afiliada a ese fondo es el formulario de afiliación.

Bajo ese escenario, es diáfano que la demandante desde el 4 de diciembre de 1989 venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, y que nunca suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el que por cierto fue anulado por esa administradora de pensiones al percatarse del error, como lo aceptó el represente legal del fondo en el interrogatorio de parte que rindió, concluyéndose así, que al parecer se trató de un error en el diligenciamiento de ese formulario por parte de la persona que pretendía afiliarse a ese fondo, al señalar como su número de documento de identificación el de la actora, tal como viene de verse, lo que se acompasa con la sostenido por la activa en su declaración, en la que indicó que nunca se había afiliado al fondo privado y que siempre había estado afiliada a COLPENSIONES, siendo claro que no medió la voluntad en dicho acto jurídico.

En este punto, advierte la Sala que las cotizaciones que efectuaron los empleadores de la actora a PORVENIR S.A. entre agosto de 1997 a octubre de 2001 fueron objeto de pronunciamiento por parte del Juez Constitucional, según fallo emitido por el Juzgado Sesenta Administrativo del Circuito de Bogotá el 21 de enero de 2020, en el que ordenó a COLPENSIONES gestionar el traslado de los recursos depositados en el fondo privado y actualizara la historia laboral de la demandante. Aportes que según comunicación dirigida por esa entidad a la actora el 3 de abril de 2020, fueron traslados por

PORVENIR, además, agregó la entidad que también había solicitado los de enero de 1995 a agosto de 1997, estando a su espera para poder actualizar la historia laboral. (f. 50 a 57 archivo 01 y f. 134 a 135 archivo 11).

Sobre las afirmaciones de COLPENSIONES en la comunicación que dirigió a la actora el 24 de agosto de 2020, en la que le indica *"(…) usted presentó una afiliación al (…) RAIS efectiva a partir de 199405; Posteriormente, registra retorno al (…) RPM efectivo el 200902. De acuerdo con lo anterior, la responsabilidad del recaudo de aportes, fiscalización, gestión de cobro y custodia de la información entre el 1 de mayo de 1994 y el 31 de enero de 2009 se encuentra en cabeza del fondo privado AFP Porvenir."* (f. 156 a 158 archivo 11); no se corresponden con la realidad procesal, pues lo cierto es que la promotora venia afiliada al régimen de prima media por medio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 4 de diciembre de 1989, donde alcanzó a abril de 1995 - fecha de suscripción del formulario que anuló PORVENIR S.A. - más de 228 semanas; de modo que, su vinculación inicial al sistema general de pensiones no fue el RAIS, como erradamente también se indica en el reporte SIAFP.

Además, recuérdese que la demandante desde noviembre de 2001 y hasta diciembre de 2016, efectuó cotizaciones a pensión a COLPENSIONES a través del régimen subsidiado, sin que exista un soporte real de la supuesta afiliación de la promotora a PORVENIR S.A. o una solicitud de traslado de régimen, siendo evidente que en todo momento la elección de la promotora fue la de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida.

En cuanto a la comunicación que refiere PORVENIR S.A. en su alzada con el número 01002230254400, entiende este Juez Colegiado que se refiere a la comunicación que dirigió ese fondo a la demandante con radicado 0100223025442500 (f. 116 a 117 archivo 10), en la que le informa:

> *"De acuerdo a la solicitud relacionada con su estado de afiliación, nos permitimos informarle que: Se realizó un proceso de verificación de la validez de su afiliación con Colpensiones, debido a que dicha entidad reporto por medio del aplicativo con el cual se tiene iteración y solución de requerimientos con las administradoras en esta caso con Colpensiones Mantis N° 39897, donde nos indicaban que según su fecha de nacimiento (adjuntamos cedula), el traslado de porvenir a Colpensiones con fecha*

12/12/2008 se encontraba a menos de 10 años. (…) Por tal razón se realizó anulación de la vinculación con Colpensiones y usted se encuentra válidamente afiliada a Porvenir, sin embargo nos encontramos actualmente en la acreditación de los recursos girados por Colpensiones en su cuenta individual. (…) Por lo anterior la fecha estimada para resolver su solicitud, es el próximo 29/01/2021, de presentarse alguna modificación sobre esta fecha, le estaremos informando oportunamente."

Se reitera que no se encuentra en el plenario la supuesta solicitud de traslado que elevó la actora de PORVENIR S.A. hacia COLPENSIONES en diciembre de 2008, al contrario, lo que se encuentra es que como siempre lo ha sostenido la actora, se encontraba cotizando a COLPENSIONES a través del régimen subsidiado en esa calenda.

Ahora, si en gracia de discusión se aplicaran las reglas establecidas el Decreto 3995 de 2008 para solucionar múltiples vinculaciones, en ese escenario debió tenerse como afiliada a COLPENSIONES, pues efectuó cotizaciones a esa entidad entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, según el reporte de semanas emitido por esa demandada, aunado a que considera la Sala que se reúnen los presupuestos para dar cabida a una afiliación tácita a esa entidad a razón de la cantidad de aportes recibidos por esa encartada hasta 2016.

Debiendo mencionarse que tampoco por el hecho de encontrarse cotizaciones a favor de la activa a PORVENIR S.A. entre febrero de 2017 y enero de 2018, se pueda entender como afiliada al RAIS, máxime si en aplicación a lo normado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 se encuentra incursa para esa calenda en la prohibición de traslado de régimen, pues para esa data ya contaba con más de 55 años, por lo que tampoco tienen asidero las razones aducidas por COLPENSIONES en la Resolución SUB 28099 de 2021, en la que adujo que la activa no estaba válidamente afiliada a esa administradora.

En esa medida, es claro para este Juez Colegiado que en el caso de la demandante, la afiliación a PORVENIR S.A. es inválida o inexistente como lo concluyó la *a-quo*; por ende, siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través de COLPENSIONES. En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado en tal sentido, pero por la razones aquí expuestas, motivo por el cual no se analizará lo atinente una ineficacia del traslado, de acuerdo al planteamiento del problema jurídico.

En punto de lo anterior, y dado que la demandada PORVENIR S.A. en su alzada manifiesta no estar de acuerdo con la condena relacionada con la devolución de los gastos de administración y la indexación ordenada. Resulta procedente precisar que al declararse inválida la afiliación a PORVENIR S.A., se dispondrá el traslado de las cotizaciones y los rendimientos causados, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización, conforme lo reglado en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por lo que se revocará la sentencia de primera grado en el sentido de excluir los gastos de administración y la indexación de los mismos, lo que se acompasa con lo reglado en los artículos 5º y 7º del Decreto 3995 de 2008 y el artículo 10 del Decreto 1161 de 1994, aclarándose que no se excluirán los demás emolumentos ordenados por la *a-quo,* en tanto se estudia el asunto en grado de consulta a favor de COLPENSIONES y no se presentó inconformidad de forma precisa sobre otros conceptos ordenado en la sentencia objeto de censura.

En virtud de lo anterior, no se estima vulnerado el principio de sostenibilidad financiera al que hace alusión COLPENSIONES en su apelación, dado que se trata de un caso en el que la afilada nunca estuvo en realidad afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Frente a la excepción de prescripción, considera la Sala que no hay lugar a la prosperidad de la misma, por cuanto es criterio pacífico y uniforme la imprescriptibilidad del derecho pensional. Regla que resulta aplicable incluso al acto jurídico mismo de la afiliación al régimen pensional y sus traslados, en la medida en que estos son el fundamento para la consolidación del derecho pensional, por manera que afectan directamente el derecho protegido.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 26 de enero de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que se excluye de la devolución de conceptos ordenados, lo referente a los gastos de administración y su indexación, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones indicadas en la parte considerativa de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **26 2021 00238 01**
Demandante:	LUIS ALBERTO DIAZ BOCANEGRA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., en contra de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALBERTO DIAZ BOCANEGRA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA S.A., a fin que se declare que la nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 10 de mayo de 1994, a través de PORVENIR S.A, por existir engaño y asalto a su buena fe, al ser inducido en error y viciar su consentimiento, para que se trasladara de régimen pensional, asimismo, se declare la nulidad de las afiliaciones que efectuó en diciembre de 1999 a ING hoy PROTECCIÓN S.A., el 1º de julio de 2007 a PORVENIR S.A. y el 22 de diciembre de 2015 a SKANDIA S.A.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se ordene a SKANDIA S.A. lo retorne a COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. A su vez, se ordene a COLPENSIONES lo reciba en el régimen que administra y lo afilie sin solución de continuidad. Finalmente, solicita se condene al pago de costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 6 de mayo de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1994, alcanzando un total de 592.43 semanas. Añadió que, para mayo de 1994 los asesores de PORVENIR S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional, arguyendo que allí tendría una rentabilidad del 25%, lo que incrementaría su mesada pensional, empero, no le hablaron de los beneficios y ventajas de estar en uno y otro régimen. Al contrario, le indicaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado, lo que pondría en riesgo sus aportes y su pensión, igualmente, indicó que ese fondo no le realizó una proyección pensional, ni le informó los requisitos para pensionarse, y menos que podría retornar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Así las cosas, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Añadió que tal falta de

información persistió en los traslados posteriores a ING - DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. en 1999, PORVENIR S.A. en 2007 y SKANDIA S.A. en 2015.

Fondo este último que le realizó una proyección, indicándole que su pensión ascendería a $1.200.000, sin efectuar un comparativo con COLPENSIONES y que no se podía trasladar al fondo público sin mayor explicación.
En otro giro, adujo que, a noviembre de 2018 cuenta con 1527.14 semanas cotizadas y que en diciembre de 2018 radicó petición ante las demandadas, solicitando la nulidad del traslado del régimen, pedimento que fue despachado de manera negativa. Por último, expuso que, según simulación pensional efectuada por su fondo actual, se podía vislumbrar que su mesada en el régimen de prima media seria superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual. (f. 1 a 22 - archivo 01).

Una vez radicada la demanda, fue designada por reparto al Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad, declarándose impedido el titular de ese estrado judicial para conocer del asunto, mediante proveído de 14 de abril de 2021 (f. 186 a 187 - archivo 01). Impedimento que fue aceptado por el Juzgado Veintiséis Laboral Circuito de Bogotá, el cual avocó conocimiento del asunto a través de auto adiado el 11 de junio de 2021 y admitió la demanda después de ser compensada el 14 de febrero de 2022. (archivos 02 y 07).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el demandante no probó causal alguna de nulidad de la afiliación al fondo privado, por el contrario, se cumple los presupuestos establecidos en los Decretos 663 de 1993, 692 de 1994 y 720 de 1994; por ende, no procede lo pretendido, ya que el demandante hizo uso de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, según lo dispuesto en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sin que se evidencie el vicio en el consentimiento alegado. Además, se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (archivo 09).

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, dado que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, por lo que sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en atención a que, no se aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo. Por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada en el régimen de ahorro individual.

Como excepciones formuló las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 12).

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

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la de inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declarará la nulidad o ineficacia de la

afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada o genérica y el traslado de aportes. (archivo 13).

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra. Arguyó que para la fecha en la que el gestor se afilió a ese fondo, ya estaba incursa en la prohibición de traslado de régimen establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, indicó que la selección de régimen dentro del sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, al seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad, aceptó todas y cada una de las condiciones de dicho régimen, conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, además, la vinculación a ese fondo fue producto de un traslado horizontal.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, 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. (f. 3 a 19 archivo 15).

SKANDIA S.A. llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional. El cual fue aceptado mediante auto de 25 de julio de 2022. (f. 69 a 76 - archivo 15).

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la demanda. De otro lado, propuso las excepciones que nombró como el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener

relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de 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. (f. 12 a 24 archivo 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

> *"PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante LUIS ALBERTO DÍAZ BOCANEGRA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones Old Mutual, hoy SKANDIA, a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO. CONDENAR a los fondos de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. ABSOLVER a la Llamada en Garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de SKANDIA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA, a razón de un treinta y tres, punto treinta y tres por ciento (33.33%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS ($1'500.000), y en favor del Demandante.

OCTAVO. CONDENAR en costas de esta instancia a SKANDIA, y a favor de la Llamada en Garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A., fijándose como agencias en Derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000)."

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia que en el presente caso debe analizarse si el acto jurídico de traslado resulta ineficaz, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, el que debe ser analizado dependiendo del momento histórico en el que se realizó la vinculación, añadiendo que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la información entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Descendiendo al caso en concreto, expuso que el traslado de régimen se colige con las documentales que obran en el plenario y el interrogatorio de parte, sin embargo, de la declaración del actor no se deprende confesión alguna sobre una debida información del parte del fondo privado, pues no fue enterado de las características y condiciones de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, con todos sus efectos consecuenciales,

ordenando a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES los aportes del actor, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, a su vez, ordenó a PORVENIR y PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES estos tres últimos conceptos indexados.

Respecto al llamamiento en garantía, negó el mismo, dado que las pólizas aportadas no cubren contingencia alguna frente a las condenas emitidas, ya que esas pólizas amparan seguros previsionales y no condenas por la devolución de esos aportes, absolviendo a MAPFRE de las pretensiones elevadas en su contra y condenando en costas a SKANDIA. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas y agencias en derecho a los fondos privados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada SKANDIA S.A., solicita se revoque parcialmente la condena impuesta en su contra, arguyendo que no es procedente la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto, se trata de descuentos autorizados por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, sumas que utilizó para cubrir los gastos de administración de la cuenta individual del actor y obtener rendimientos, los que en la actualidad no se encuentran en su poder, dado que fueron trasladados a la aseguradora para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivientes, conceptos que no están contemplados en el régimen de prima media, además no se evidencia un perjuicio y de ser así, tales conceptos se encuentran prescritos, añadiendo que al ordenar tal devolución se estaría generando un enriquecimiento ilícito a favor de COLPENSIONES.

Refirió que el llamamiento en garantía que elevó a MAPFRE se sustenta en el artículo 64 del CGP, luego al declararse la ineficacia es obvio que lo accesorio corre la suerte de lo principal, máxime cuando el artículo 1137 del Código de Comercio indica que toda persona que tiene un interés asegurable, está obligada a restituir las primas percibidas y solo podrá retener el importe de sus gastos si actúa de buena fe, reiterando que procede la prescripción sobre tales emolumentos.

Por su parte, PORVENIR S.A. en su alzada dijo que para la fecha en la que el demandante se afilió a ese fondo no se exigía prueba diferente al formulario de afiliación. Enfatizó que en los hechos de la demanda el gestor alega su propia culpa en su beneficio, siendo palmaria la falta de diligencia del actor como consumidor financiero. De otro lado, dijo que en caso de declararse la ineficacia del traslado, solicita no se emita condena por gastos de administración y seguros previsionales, ya que esos conceptos no están llamados a financiar la pensión y tienen una destinación específica por mandato legal, el cual ha cumplido, debiendo darse cabida a las restituciones mutuas, alegando que tampoco es viable la indexación de tales rubros, pues ello generaría una doble actualización de la cuenta de ahorro individual, en tanto reconoció al actor durante su afiliación a ese fondo los respectivos rendimientos, por lo que solicita se revoquen las impuestas en su contra.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por

escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

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

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 10 de mayo de 1994, nuevamente a PORVENIR S.A. el 10 de mayo de 2007 y luego a SKANDIA el 22 de diciembre de 2015, vinculaciones que se hicieron efectivas de acuerdo al reporte SIAFP que obra en el plenario, el 1º de agosto de 1994, 1º de noviembre de 1999, 1º de julio de 2007 (traslado a ING del cual no se allega formulario de afiliación) y el 1º de febrero de 2016, respectivamente. (f. 35, 36 archivo 12 y f. 36 y 57 archivo 15).

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

Por otra parte, el demandante LUIS ALBERTO DIAZ BOCANEGRA en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que los asesores de PORVENIR arribaron a su lugar de trabajo ofreciendo mejores beneficios que los que ofrecía el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y que su mesada sería superior, sin que se le informaran más beneficios. Agregó, que su retorno a PORVENIR se dio por cuanto era el fondo más estable en ese momento y que cuando laboraba para SEGUROS BOLIVAR se trasladó a PROTECCIÓN de manera voluntaria, por fortalecer el fondo que era del mismo grupo, pero no porque haya recibido información, solo le dijeron que el ISS iba a desaparecer. Que el asesor de SKANDIA en 2015 le indicó el valor de su mesada, pero tampoco le dio más información.

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

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*

Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye*

dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respeto a los cuales hacen alusión las apelantes, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a la manifestación de SKANDIA en su apelación, referente a que es procedente el llamamiento en garantía que realizó a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. para que esta última responda por las condenas que se le impongan en virtud de las referidas pólizas de seguro. Diáfano es que la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las condenas, en tanto, lo pretendido en el presente asunto alude a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, por falta de información y el traslado de la totalidad de los aportes pagados junto con sus rendimientos.

Y es que si bien, el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurran a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del R.A.I.S., no puede soslayarse, que las garantías contratadas sólo se activan cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones, es decir, las de invalidez y sobrevivientes y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no son objeto de discusión en el *sub examine*, lo que en consecuencia, torna en improcedente el llamamiento en garantía, pues no se emitieron condenas en tal sentido.

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

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

pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

De ese modo, luce acertada la decisión de la Juez de instancia, al contrario de lo aducido por las impugnantes. Colorario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. **COSTAS** a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de marzo de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 27 2021 00077 01**
Demandante:	LAZARO DE JESÚS ACEVEDO ROJAS
Demandado:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de la UGPP a la abogada GLORIA XIMENA ARELLANO CALDERÓN, identificada con cédula de ciudadanía 31.578.572 y T.P. 123.175 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LAZARO DE JESÚS ACEVEDO ROJAS promovió demanda ordinaria en contra de la UGPP, a fin de declararse que prestó sus servicios personales a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO mediante contrato de trabajo escrito por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1979 y el 27 de junio de 1999, por lo que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita el 15 de abril de 1998 entre la CAJA AGRARIA y la Organización Sindical SINTRACREDITARIO.

Por consiguiente, se condene a la encartada reconocer, liquidar y ordenar el pago a su favor de la pensión de jubilación de carácter convencional estatuida en el Parágrafo 1º y 3º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 a partir del 27 de junio de 2012, calenda para la cual cumplió 55 años de edad.

Que la prestación de jubilación de carácter convencional sea indexada, actualizando el último salario promedio mensual devengado que fue de $1.432.590, desde la fecha de desvinculación de la CAJA AGRARIA que lo fue el 27 de junio de 1999, hasta el día en que se haga exigible el derecho pensional, mesadas adicionales de junio y diciembre, lo que resulte probado de manera *ultra y extra* petita y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró al servicio de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1979 y el 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 20 años y 117 días, desempeñando como último cargo el de Director I – Grado 07 en la Oficina de Tauramena Casanare, percibiendo como último salario promedio mensual el de $1.432.590.

Asimismo, indicó que durante toda la relación laboral estuvo afiliado a la Organización Sindical SINTRACREDITARIO, siendo beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscita entre dicho sindicato y la CAJA AGRARIA, la cual por demás se encontraba vigente al momento de su despido sin justa causa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP contestó la demanda manifestando que, dentro del expediente administrativo del demandante, así como lo aportado dentro de la presente demanda, no existen documentos necesarios que adviertan que al actor le asisten los derechos pensionales decretados.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, al señor LÁZARO DE JESÚS ACEVEDO ROJAS le asiste la carga de probar el motivo de su desvinculación laboral y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de octubre de 2022, condenó a la demandada UGPP pagar a favor del demandante señor LÁZARO DE JESÚS ACEVEDO ROJAS el mayor valor entre la pensión de jubilación convencional y la pensión de vejez legal en la suma de $1.079.046 mensuales, desde el 27 de junio de 2012 hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen, junto con los incrementos legales anuales.

Igualmente, condenó a la demandada pagar a favor del demandante la suma de $98.227.818 que corresponde al mayor valor entre la pensión de jubilación convencional y la de vejez legal desde el 1º de julio de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2022, junto con el pago de la mesada adicional del mes de junio de cada año en cuantía de $2.823.945 desde el año 2017 hasta cuando subsistan las causas origen junto con los incrementos legales anuales.

Condenó a la pasiva pagar la suma de $18.521.962 por concepto de mesadas adicionales de los años 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022, declarando probada de manera parcial la excepción de prescripción y como no probadas las de buena fe, inexistencia de la obligación y la que gravita en torno a que al señor LÁZARO DE JESÚS ACEVEDO ROJAS le asiste la carga de probar el motivo de su desvinculación laboral, condenando a la pasiva al pago de costas procesales por valor de $10.000.000.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que el demandante nació el 27 de junio de 1957, así como que laboró a la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1979 y el 27 de junio de 1999, ocupando como último cargo el de Director I Grado 07 en Casanare, así como que estuvo afiliado a la organización sindical SINTRACREDITARIO, siendo así beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita entre la CAJA AGRARIA y el Sindicato SINTRACREDITARIO y que se encontraba vigente para la fecha de finalización de su contrato de trabajo.

Por tal razón, coligió que el tiempo de servicios del demandante se comprendió en un total de 20 años, 3 meses y 27 días, completando entonces 20 años de servicios el 1º de marzo de 1999, calenda para la cual tenía 41 años de edad.

Seguidamente, expuso que teniendo en cuenta el Parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, en concordancia con la interpretación que frente a dicho articulado ha realizado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el derecho pensional deprecado se causa con el retiro del trabajador por voluntad propia o por decisión del empleador siempre y cuando para ese momento haya laborado como mínimo 20 años, pues el cumplimiento de la edad es una condición para su disfrute, pero no para su causación.

Que, así las cosas, concluyó que el demandante causó su derecho pensional el 27 de junio de 1999, fecha para la cual finalizó su vínculo laboral con la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, sin que su derecho se

viera afectado a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que para ese momento el actor ya tenía ostentado su derecho adquirido, el cual no podía verse afectado con la reforma constitucional.

Refirió que teniendo en cuenta el Parágrafo 1º del artículo 41 convencional, la pensión de jubilación del demandante se hizo exigible el 27 de junio de 2012, fecha en que el demandante cumplió 55 años de edad, poniendo de presente que esta prestación es de carácter compartible con la reconocida por el extinto ISS hoy COLPENSIONES.

Que teniendo en cuenta el monto de la mesada pensional, de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 3º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, decidió que el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios debidamente indexado corresponde a la suma de $3.080.632, que al aplicársele una tasa de reemplazo del 75%, arroja como primera mesada pensional la suma de $2.310.474 a partir del 27 de junio de 2012.

No obstante, como quiera que a partir de dicha calenda le fue reconocida al actor pensión de vejez por COLPENSIONES, la UGPP debe pagar el mayor valor de la pensión de jubilación convencional y la de vejez de carácter legal, esto es, la suma de $1.079.046 mensuales desde el 27 de junio de 2012 hasta cuando desaparezcan las causas que le dieron origen a ese reconocimiento, junto con los incrementos mensuales anuales.

Que teniendo en cuenta que la pensión de jubilación se causó el 27de junio de 1999, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el actor tiene derecho al pago de dicha prestación sobre 14 mesadas pensionales, de manera que forma parte del mayor valor a cargo de la empleadora la mesada pensional de junio de cada año, como quiera que la pensión de vejez a penas se reconoció en 13 mesadas.

En lo que atañe a la excepción de prescripción, expuso que el demandante solicitó la pensión convencional ante la UGPP el 8 de julio de 2020, reclamación

que interrumpió el término de prescripción por una sola vez y, al haberse presentado la demanda el 17 de febrero de 2021, esto es dentro de los tres años siguientes, fue la reclamación la que interrumpió el término prescriptivo, por lo que existe prescripción sobre los valores desde el 27 de junio de 2012 hasta el 30 de junio de 2017, toda vez que la pensión se causa por mensualidades vencidas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que el pago de las mesadas pensionales debe proceder debidamente indexado mes a mes, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre hasta cuando se verifique el pago de todas y cada una de ellas.

La UGPP por su parte argumentó en su alzada que no es dable reconocer la pensión perseguida por el demandante, dado que dentro de los aplicativos no reposa los cuadernos administrativos donde se evidencie lo plasmado en la demanda, como es el hecho de la acreditación de los tiempos laborados de la actora ante la CAJA AGRARIA.

Sostuvo enseguida que el demandante no acredita los requisitos establecidos tanto en la convención como el Acto Legislativo 01 de 20015, pues si bien es cierto cuenta con 20 años de servicios exigidos, para el 31 de julio de 2010 no contaba con la edad requerida.

Que adicionalmente, tampoco obra dentro del proceso una reclamación administrativa en materia laboral de conformidad con lo establecido en el artículo 6º del C.P.T. y de la S.S., sin que tampoco exista conformidad con el pago de las mesadas adicionales ordenado, adicional al hecho que en todo momento se ha actuado de buena fe, de allí que no se le deba condenar por concepto de costas procesales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho a la pensión de jubilación convencional que reclama.

c. De la calidad de pensionado:

Sea lo primero indicar, que no es objeto de discusión que entre el actor y la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1979 y el 27 de junio de 1999, desempeñando como último cargo Director I, Grado 7 en la Oficina de Tauramena Casanare (Fls. 7 a 8 – PDF 02 PODER PRUEBAS).

Tampoco el hecho que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 77688 del 29 de marzo de 2019, reconoció al actor pensión de vejez de carácter legal a partir del 27 de junio de 2012 en cuantía de $1.231.428 (Fls. 9 a 14 – PDF 02 PODER PRUEBAS).

Asimismo, se aprecia la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre SINTRACREDITARIO y la empleadora con vigencia 1998-1999 (PDF 04 PRUEBA), la que le es aplicable al demandante, pues estuvo vinculado laboralmente a la extinta Caja Agraria para dicha época y, además, dicho acuerdo Convencional figura con fecha de depósito del 17 de abril de 1998, gozando de plena vigencia al momento en que feneció la relación laboral entre las partes, adicional al hecho que el promotor estaba afiliado a la aludida organización sindical, lo que itera que es beneficiario de la citada Convención,

según se indica en certificación expedida el 19 de agosto de 2020 (Fl. 18 – PDF 02 PODER PRUEBAS).

A su vez, se aprecia que la citada Convención le es aplicable al demandante, como quiera que el cargo que desempeñó no se enmarca en los exceptuados en el artículo 4º, los que indica de la siguiente forma:

> *"Lo beneficiarios de la presente Convención Colectiva se aplicarán a todos los trabajadores de la Caja que se encuentren a su servicio con excepción del Gerente General o Presidente, quien es empleado público y de los siguientes trabajadores oficiales: Vicepresidentes, Secretario General, Contralor, Revisor Fiscal, Gerentes de Orden Nacional, Gerentes Especiales, Gerentes Regionales, Gerentes Departamentales, Directores de Departamento, Asesor de la Presidencia, Asesor Especial de la Presidencia Grado 31, Asistente de la Presidencia, Secretario Privado de Presidencia, Gerentes Zonales, Jefes de Unidad, Coordinadores de Regionales Grado 28, Coordinadores Jurídicos Regionales Grado 24, Directores de Oficina Grado 16 a Grado 50 discriminados así: 2 Directores Grado 28, 12 Directores Grado 26, 20 Directores 24, 11 Directores Grado 21, 23 Directores Grado 18, 23 Directores Grado 16, Suplente de Revisor Fiscal, Delegados de Revisoría Fiscal (Antes Asistentes de Auditoría General), Asistente Delegado I Grado 24".*

Expuesto lo anterior, entra la Sala a determinar si el actor cumplió los requisitos para ser beneficiario de la pensión convencional del artículo 41 de la citada Convención Colectiva de Trabajo, los cuales señala:

> *"ARTÍCULO 41: PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. "A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.*
>
> *"Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieren dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho*

y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

"Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se regirá de la siguiente manera:

"a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

"b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

"El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

"Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

"PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución".

Parágrafo 2o: El trabajador que el dieciséis (16) de marzo de 1992 haya cumplido 18 años o más de servicios continuos o discontinuos, que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de los 47 años, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

PARÁGRAFO 3o. La pensión se liquidará así:

Primer factor fijo: Último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.

Segundo Factor: Valores variables: Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o festivos trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobreremuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

Los valores anteriores, se suman y dividen por doce (12), con el cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido." (Subrayado por la Sala).

De conformidad con la certificación laboral aportada, se aprecia que al momento del retiro el demandante contaba con 20 años, 3 meses y 26 días de servicios. Es así que el actor cumple con el primer requisito para causar la pensión convencional del artículo 41, como es el hecho de haber sido empleado de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO inclusive sobre un interregno superior a 20 años.

Por otra parte, en punto de verificar el cumplimiento del segundo requisito que gira en torno a la edad, se aprecia que de conformidad con la copia del registro civil de nacimiento y la copia de la cédula de ciudadanía aportada por el demandante, se observa que nació el 27 de junio de 1957 – PDF 02 PODER PRUEBAS), cumpliendo la edad de 55 años, en la misma fecha de la anualidad 2012, encontrándose, en principio, fuera del término de vigencia de las pensiones convencionales de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Al respecto, conviene memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3962-2021, Radicación No. 71186 de 4 de agosto de 2021, en la que hizo alusión a la sentencia SL526-2018, Radicación No. 63158 del 14 de febrero de 2018, al resolver un caso análogo por los supuestos de hecho del asunto, expuso que:

> *"[…] la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute".*

Ello, por cuanto considera el Órgano de cierre que en el caso de los extrabajadores que son beneficiarios de una prestación pensional, la causación de esta no está sujeta al cumplimiento de la edad y, por ser una condición

individual, debe considerarse como requisito para su disfrute, exigibilidad o goce, aspecto que ya había sido reiterado en sentencia SL3438-2021, Radicación No. 85640 de 16 de junio de 2021.

Es así, que la pensión del actor se entiende causada desde el momento en que concurrieron los requisitos del tiempo de servicios, 20 años, y su desvinculación de la empresa, esto es el 27 de junio de 1999, por lo cual en este aspecto no le asiste razón a la demandada en su alzada, toda vez que para el 31 de julio de 2010, fecha en la cual el Acto Legislativo 01 de 2005 previó que perderían vigencia las pensiones de carácter convencional, el actor ya tenía un derecho adquirido y estaba estructurada su pensión de vejez en los términos de la convención colectiva, siendo la edad un mero requisito para el disfrute o goce de la misma.

Al unísono, el Alto Tribunal en sentencia SL2798-2020, Radicación No. 61320 del 15 de julio de 2020, realizó la exposición sobre la aplicabilidad de convenciones suscritas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, concluyendo que las mismas se extendían hasta el 31 de julio de 2010, como sucede con la del caso que nos ocupa; circunstancia por la cual, se afirma más aún el hecho de que el demandante sea merecedor de la pensión convencional deprecada.

Por otra parte, cabe mencionar que el hecho que el actor no haya reclamado la pensión en el año siguiente al cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento como lo dispone el inciso 2º de la disposición convencional en cita, se pueda convertir en talanquera para acceder a la prestación pensional, pues nótese que la disposición convencional expone también que si el trabajador no hace expresa la solicitud allí prevista dentro de los términos señalados, la pensión se regirá de la forma como en adelante se indica, que para el caso que concita la atención de la Sala, refiere a lo reseñado en el parágrafo 1º del artículo 41 de la convención colectiva, luego, no se denota vulneración al principio de inescindibilidad de la ley, que alude a que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto deben ser

aplicadas en su integridad, como lo ha expuesto la SL de la CSJ en sentencia SL4478-2020, Radicación No. 84553 de 28 de octubre de 2020.

Por lo anterior, habrá de ser confirmada la decisión adoptada por la operadora de instancia, que accedió al reconocimiento y pago de la pensión anhelada.

d. Del monto de la pensión convencional:

En este punto, debe advertirse que, en cuanto a la forma de liquidar la pensión convencional, el Parágrafo 3º de su artículo 41 regula la forma de la siguiente manera:

> "*Parágrafo 3º. La pensión se liquidará así:*
>
> *"Primer Factor Fijo: último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.*
>
> *"Segundo Factor: Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*
>
> *"Los valores anteriores se sumas y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.*
>
> *"De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido."*

De la anterior lectura, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2954-2020, Radicación No. 706640 del 3 de agosto de 2020, analizó un caso de similares condiciones, en la que indicó sobre la forma de liquidar la prestación, lo siguiente:

> *"A efectos de calcular la prestación, se observa que la tasa de reemplazo y el monto de "la misma corresponde el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios y, para liquidarla, se toman dos factores, uno fijo, comprendido por el último sueldo básico, más las primas de antigüedad y prima técnica si se devengó y otro variable, conformado por el salario en especie, el auxilio de transporte, el incentivo*

de localización, gastos de representación, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados viáticos devengados durante 180 días o más, así como el valor de la sobre remuneración en el caso de desempeñar cargos superiores; cantidades que deben sumarse y dividirlos entre 12 y al resultado así obtenido, se le aplica el 75%.

"Teniendo en cuenta lo anterior, a folios 23 a 24 del cuaderno principal, reposa una certificación del coordinador del grupo integral de entidades liquidadas, donde se sumaron los factores fijos y variables percibidos por la demandante en el último año de servicio, para un total de $1.034.594, valor que se utilizara para realizar los cálculos respectivos, advirtiendo que en este asunto es viable indexar ese monto desde la fecha de desvinculación, 27 de junio de 1999, hasta el momento en que arribó a los 50 años de edad, 10 de octubre de 2011 (al efecto puede consultarse, entre otras, la sentencia de casación CSJ SL736-2013)".

Así las cosas, reposa el certificado de información laboral emitido para efectos pensionales por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL el 12 de noviembre de 2020 (Fls. 7 a 8 – PDF 02 PODER PRUEBAS), del cual se evidencia frente al primer factor fijo, el mismo comprende el sueldo básico en la suma de $626.815, junto con la prima de antigüedad por valor de $200.581, rubros que arrojan un total de $827.396.

Frente al segundo factor, fue tenido en cuenta el salario en especie $145.304, la prima de junio de 1998 en $21.255, prima de diciembre de 1998 en $1.700.374, prima de junio de 1999 en $1.497.776, prima escolar de 1999 en $504.587, así como la prima de vacaciones en $1.102.245, incentivo de localización $2.075.827 y viáticos $214.960, emolumentos que sumados arrojan un total de $7.262.328, el que dividido entre 12 arrojan un total de $605.194.

Por consiguiente, sumados los dos factores regulados en el Parágrafo 3º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, el monto a tener en cuenta para efectos de la liquidación es la suma de $1.432.590; valor que debe ser indexado a la fecha de disfrute de la pensión, es decir, el 27 de junio de 2012, conforme la sentencia SL 736 de 2013, en la que se estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales, así se hayan causado

con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencia SL525-2022, Radicado No. 71186 de 16 de febrero de 2022, la que a su vez reitera las sentencias No. 34069 del 28 de mayo de 2008, y la No. 32020 del 6 de diciembre de 2007, que corresponde a:

$$VH=\$1.432.590 \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre de 2011 – 76.19)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre de 1998 – 36,42)}}$$

Total ingreso base indexado: $2.996.953.11, valor que al aplicarse la tasa de reemplazo del 75%, nos arroja como monto de la primera mesada pensional al 27 de junio de 2012 la suma de $2.247.714.83 y no $2.310.474 como se dijo en el fallo de primera instancia, por lo que en atención del grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP hay lugar a modificar el monto de la primera mesada pensional.

En lo que refiere a la mesada 14, hay lugar a la misma, pues al haberse causado la pensión con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es palmario que su procedencia es de recibo para la Sala, adicional al hecho que deberá reconocerse en su integridad por parte de la UGPP, toda vez que la pensión de carácter legal que le fuese reconocida por COLPENSIONES al demandante fue sobre 13 mesadas pensionales.

e. De la compartibilidad pensional y el monto de la mesada pensional:

Al respecto, se advierte que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 7788 del 29 de marzo de 2019, reconoció pensión de vejez al actor a partir del 27 de junio de 2012 en cuantía inicial de $1.231.428 (Fls. 9 a 14 – PDF 02 PODER PRUEBAS); frente a la cual la operadora de instancia ordenó la compartibilidad con la pensión convencional aquí reconocida.

En punto a tal aspecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1946, previeron la subrogación gradual de las pensiones legales, pero no de las extralegales, pues esa posibilidad solo surgió a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, que previó la compartibilidad de esas pensiones, con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiera lugar, situación reiterada con el Acuerdo 049 de 1990.

Conforme lo anterior, y dado que la prestación convencional del demandante se causó el 27 de junio de 1999, habrá de precisarse que la pensión aquí reconocida es de carácter compartida con la reconocida por COLPENSIONES conforme se dispuso en la sentencia de primera instancia, quedando a cargo de la UGPP el mayor valor de la pensión de jubilación de carácter convencional como lo expuso la falladora de instancia, el cual arroja a la anualidad 2012 como diferencia del mayor valor la suma de $1.010.286.83.

f. De la excepción de prescripción:

En lo que respecta a este punto, de conformidad con lo establecido en los artículos 151 del C.P.T y la S.S., en concordancia con los 488 y 489 del C.S.T., el fenómeno jurídico de la prescripción en material laboral opera de forma trienal, el cual solo es susceptible de interrumpir por una única vez mediante la presentación de la respectiva reclamación administrativa.

De esta forma, en la medida en que el demandante tenía derecho al disfrute de la pensión convencional reclamada a partir del 27 de junio de 2012, al haber solicitado el reconocimiento pensional hasta el 8 de julio de 2020 (Fls. 15 a 17 – PDF 02 PODER PRUEBAS), presentándose la demanda el 17 de febrero de 2021 como da cuenta el Acta individual de reparto (PDF 05 – ACTA DE REPARTO), palmario resulta que el fenómeno prescriptivo operó con anterioridad al 7 de julio de 2017; circunstancia por la cual, habrá de revocarse parcialmente la decisión de primera instancia sobre este aspecto en atención del grado jurisdiccional de consulta, en la medida de que el fenómeno

prescriptivo determinado por la *a-quo* fue con anterioridad al 1º de julio de 2017.

Tal situación conlleva a que la mesada 14 reconocida en primer grado sobre la anualidad 2017 sea revocada, ya que sobre la misma operó el fenómeno prescriptivo.

Ahora bien, la actora en el recurso de alzada solicita que la indexación que se efectúe sobre las mesadas reconocidas deba hacerse mes a mes, aspecto al que se accederá, ya que, en un tema de similares contornos fácticos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2954-2020, Radicación No. 65462 del 3 de agosto de 2020 refirió:

> *"El valor del retroactivo deberá ser indexado entre la causación de cada mesada y la de su pago, conforme a la variación del IPC certificado por el DANE, siguiendo la fórmula de VI = VH * (IPCF/IPCI), donde VI es el valor indexado de cada mesada pensional; VH el valor de histórico de cada mesada que se va a indexar; IPCF es el IPC del mes anterior al del pago de la mesada; IPCI es el IPC del mes anterior al de la causación de cada mesada."*

Así las cosas, habrá de condenarse a la UGPP pagar a favor del demandante el mayor valor entre la pensión de jubilación convencional y la pensión de vejez de carácter legal que le reconoció COLPENSIONES, en la suma de $1.079.046 mensuales desde el 7 de julio 2012 y hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen, junto con los incrementos legales anuales.

Lo anterior, conlleva a su vez a que la UGPP deba pagar a favor del demandante por concepto de retroactivo pensional que corresponde al mayor valor que asciende a la suma de $1.010.286.83 entre la pensión de jubilación convencional y la de vejez de carácter legal por el periodo comprendido entre el 8 de julio de 2017 y el 31 de mayo de 2023 debidamente indexado mes a mes la suma de $132.403.985.4, ordenando a la encartada efectuar los correspondientes descuentos en salud.

Asimismo, se deberá disponer por concepto de retroactivo pensional de la mesada 14 para las anualidades 2018, 2019, 2021, 2021 y 2022 debidamente indexado la suma de $19.053.662, iterando que este monto se aplica en su integridad a cargo de la UGPP por cuanto la pensión de orden legal que le reconoció COLPENSIONES al actor fue únicamente sobre 13 mesadas pensionales al año, al igual que la UGPP deberá cancelar las que se causen a futuro, valores objeto de cálculo:

	Tabla Retroactivo Pensional UGPP						
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Mesada convencional***	***Mesada Colpensiones***	***Diferencia A cargo UGPP***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 2.247.714,83*	*$ 1.231.428,00*	*$ 1.016.286,83*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 2.302.559,00*	*$ 1.261.474,84*	*$ 1.041.084,16*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 2.347.229,00*	*$ 1.285.947,46*	*$ 1.061.281,54*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 2.433.138,00*	*$ 1.333.013,13*	*$ 1.100.124,87*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 2.597.861,00*	*$ 1.423.258,12*	*$ 1.174.602,88*	*0,00*	*$ 0,0*
08/07/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 2.747.238,00*	*$ 1.505.095,46*	*$ 1.242.142,54*	*6,77*	*$ 8.405.165*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 2.859.600,00*	*$ 1.566.653,87*	*$ 1.292.946,13*	*13,00*	*$ 16.808.300*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 2.950.535,00*	*$ 1.616.473,46*	*$ 1.334.061,54*	*13,00*	*$ 17.342.800*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 3.062.655,00*	*$ 1.677.899,45*	*$ 1.384.755,55*	*13,00*	*$ 18.001.822*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 3.111.964,00*	*$ 1.704.913,63*	*$ 1.407.050,37*	*13,00*	*$ 18.291.655*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 3.286.856,00*	*$ 1.800.729,78*	*$ 1.486.126,22*	*13,00*	*$ 19.319.641*
01/01/23	***31/05/23***	*13,12%*	*$ 3.718.092,00*	*$ 2.036.985,53*	*$ 1.681.106,47*	*5,00*	*$ 8.405.532*
Total retroactivo							***$ 106.574.914***

	Indexación Retroactivo Pensional						
Mes	***Año Inicial***	***Año final-mayo***	***Sub Total Mesadas***	***IPC Inicial***	***IPC Final***	***Factor de Indexación***	***Subtotal***
julio	*2017*	*2023*	*$ 952.309,28*	*96,230*	*133,250*	*1,385*	*$ 366.357,00*
agosto	*2017*	*2023*	*$ 1.242.142,54*	*96,180*	*133,250*	*1,385*	*$ 478.751,00*
septiembre	*2017*	*2023*	*$ 1.242.142,54*	*96,320*	*133,250*	*1,383*	*$ 476.249,00*
octubre	*2017*	*2023*	*$ 1.242.142,54*	*96,360*	*133,250*	*1,383*	*$ 475.536,00*
noviembre	*2017*	*2023*	*$ 1.242.142,54*	*96,370*	*133,250*	*1,383*	*$ 475.358,00*
diciembre	*2017*	*2023*	*$ 2.484.285,07*	*96,550*	*133,250*	*1,380*	*$ 944.311,00*
enero	*2018*	*2023*	*$ 1.292.946,13*	*96,920*	*133,250*	*1,375*	*$ 484.655,00*
febrero	*2018*	*2023*	*$ 1.292.946,13*	*97,530*	*133,250*	*1,366*	*$ 473.537,00*
marzo	*2018*	*2023*	*$ 1.292.946,13*	*98,220*	*133,250*	*1,357*	*$ 461.127,00*
abril	*2018*	*2023*	*$ 1.292.946,13*	*98,450*	*133,250*	*1,353*	*$ 457.029,00*
mayo	*2018*	*2023*	*$ 1.292.946,13*	*98,910*	*133,250*	*1,347*	*$ 448.891,00*
junio	*2018*	*2023*	*$ 1.292.946,13*	*99,160*	*133,250*	*1,344*	*$ 444.499,00*

julio	2018	2023	$ 1.292.946,13	99,310	133,250	1,342	$ 441.875,00
agosto	2018	2023	$ 1.292.946,13	99,180	133,250	1,344	$ 444.149,00
septiembre	2018	2023	$ 1.292.946,13	99,300	133,250	1,342	$ 442.050,00
octubre	2018	2023	$ 1.292.946,13	99,470	133,250	1,340	$ 439.084,00
noviembre	2018	2023	$ 1.292.946,13	99,590	133,250	1,338	$ 436.997,00
diciembre	2018	2023	$ 2.585.892,27	99,700	133,250	1,337	$ 870.177,00
enero	2019	2023	$ 1.334.061,54	100,000	133,250	1,333	$ 443.575,00
febrero	2019	2023	$ 1.334.061,54	100,600	133,250	1,325	$ 432.973,00
marzo	2019	2023	$ 1.334.061,54	101,180	133,250	1,317	$ 422.844,00
abril	2019	2023	$ 1.334.061,54	101,620	133,250	1,311	$ 415.237,00
mayo	2019	2023	$ 1.334.061,54	102,120	133,250	1,305	$ 406.672,00
junio	2019	2023	$ 1.334.061,54	102,440	133,250	1,301	$ 401.234,00
julio	2019	2023	$ 1.334.061,54	102,710	133,250	1,297	$ 396.673,00
agosto	2019	2023	$ 1.334.061,54	102,940	133,250	1,294	$ 392.806,00
septiembre	2019	2023	$ 1.334.061,54	103,030	133,250	1,293	$ 391.297,00
octubre	2019	2023	$ 1.334.061,54	103,260	133,250	1,290	$ 387.454,00
noviembre	2019	2023	$ 1.334.061,54	103,430	133,250	1,288	$ 384.625,00
diciembre	2019	2023	$ 2.668.123,08	103,540	133,250	1,287	$ 765.597,00
enero	2020	2023	$ 1.384.755,55	103,800	133,250	1,284	$ 392.881,00
febrero	2020	2023	$ 1.384.755,55	104,240	133,250	1,278	$ 385.378,00
marzo	2020	2023	$ 1.384.755,55	104,940	133,250	1,270	$ 373.570,00
abril	2020	2023	$ 1.384.755,55	105,530	133,250	1,263	$ 363.739,00
mayo	2020	2023	$ 1.384.755,55	105,700	133,250	1,261	$ 360.927,00
junio	2020	2023	$ 1.384.755,55	105,360	133,250	1,265	$ 366.561,00
julio	2020	2023	$ 1.384.755,55	104,970	133,250	1,269	$ 373.067,00
agosto	2020	2023	$ 1.384.755,55	104,970	133,250	1,269	$ 373.067,00
septiembre	2020	2023	$ 1.384.755,55	104,960	133,250	1,270	$ 373.235,00
octubre	2020	2023	$ 1.384.755,55	105,290	133,250	1,266	$ 367.725,00
noviembre	2020	2023	$ 1.384.755,55	105,230	133,250	1,266	$ 368.724,00
diciembre	2020	2023	$ 2.769.511,10	105,080	133,250	1,268	$ 742.455,00
enero	2021	2023	$ 1.407.050,37	105,480	133,250	1,263	$ 370.438,00
febrero	2021	2023	$ 1.407.050,37	105,910	133,250	1,258	$ 363.221,00
marzo	2021	2023	$ 1.407.050,37	106,580	133,250	1,250	$ 352.093,00
abril	2021	2023	$ 1.407.050,37	107,120	133,250	1,244	$ 343.225,00
mayo	2021	2023	$ 1.407.050,37	107,760	133,250	1,237	$ 332.830,00
junio	2021	2023	$ 1.407.050,37	108,840	133,250	1,224	$ 315.565,00
julio	2021	2023	$ 1.407.050,37	108,780	133,250	1,225	$ 316.515,00
agosto	2021	2023	$ 1.407.050,37	109,140	133,250	1,221	$ 310.830,00
septiembre	2021	2023	$ 1.407.050,37	109,620	133,250	1,216	$ 303.308,00
octubre	2021	2023	$ 1.407.050,37	110,040	133,250	1,211	$ 296.780,00
noviembre	2021	2023	$ 1.407.050,37	110,060	133,250	1,211	$ 296.470,00
diciembre	2021	2023	$ 2.814.100,73	110,600	133,250	1,205	$ 576.305,00
enero	2022	2023	$ 1.486.126,22	111,410	133,250	1,196	$ 291.329,00
febrero	2022	2023	$ 1.486.126,22	113,260	133,250	1,176	$ 262.296,00

marzo	*2022*	*2023*	*$ 1.486.126,22*	*115,110*	*133,250*	*1,158*	*$ 234.196,00*
abril	*2022*	*2023*	*$ 1.486.126,22*	*116,260*	*133,250*	*1,146*	*$ 217.179,00*
mayo	*2022*	*2023*	*$ 1.486.126,22*	*117,710*	*133,250*	*1,132*	*$ 196.197,00*
junio	*2022*	*2023*	*$ 1.486.126,22*	*118,700*	*133,250*	*1,123*	*$ 182.166,00*
julio	*2022*	*2023*	*$ 1.486.126,22*	*119,310*	*133,250*	*1,117*	*$ 173.637,00*
agosto	*2022*	*2023*	*$ 1.486.126,22*	*120,270*	*133,250*	*1,108*	*$ 160.388,00*
septiembre	*2022*	*2023*	*$ 1.486.126,22*	*121,500*	*133,250*	*1,097*	*$ 143.720,00*
octubre	*2022*	*2023*	*$ 1.486.126,22*	*122,630*	*133,250*	*1,087*	*$ 128.701,00*
noviembre	*2022*	*2023*	*$ 1.486.126,22*	*123,510*	*133,250*	*1,079*	*$ 117.196,00*
diciembre	*2022*	*2023*	*$ 2.972.252,44*	*124,460*	*133,250*	*1,071*	*$ 209.916,00*
enero	*2023*	*2023*	*$ 1.681.106,47*	*126,490*	*133,250*	*1,053*	*$ 89.843,00*
febrero	*2023*	*2023*	*$ 1.681.106,47*	*128,760*	*133,250*	*1,035*	*$ 58.622,00*
marzo	*2023*	*2023*	*$ 1.681.106,47*	*130,870*	*133,250*	*1,018*	*$ 30.573,00*
abril	*2023*	*2023*	*$ 1.681.106,47*	*132,260*	*133,250*	*1,007*	*$ 12.584,00*
mayo	*2023*	*2023*	*$ 1.681.106,47*	*133,250*	*133,250*	*1,000*	*$ 0,00*
	Total retroactivo		***$ 106.574.914***	***Total Indexación***		***$ 25.829.071,00***	

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional UGPP	*$ 106.574.914,4*
Indexación retroactivo	*$ 25.829.071,0*
Total	***$ 132.403.985,4***

Tabla Retroactivo Pensional Mesada 14					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Mesada convencional***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 2.247.714,83*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 2.302.559,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 2.347.229,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 2.433.138,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 2.597.861,00*	*0,00*	*$ 0,0*
08/07/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 2.747.238,00*	*0,00*	*$ 0*
01/06/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 2.859.600,00*	*1,00*	*$ 2.859.600*
01/06/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 2.950.535,00*	*1,00*	*$ 2.950.535*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 3.062.655,00*	*1,00*	*$ 3.062.655*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 3.111.964,00*	*1,00*	*$ 3.111.964*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 3.286.856,00*	*1,00*	*$ 3.286.856*
01/01/23	***31/05/23***	*13,12%*	*$ 3.718.092,00*	*0,00*	*$ 0*
Total retroactivo mesada 14					***$ 15.271.610,0***

Indexación Retroactivo Pensional

Año Inicial	Año final-mayo	Sub Total Mesadas	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Subtotal
2018	2023	$ 2.859.600,00	99,160	133,250	1,344	$ 983.096,00
2019	2023	$ 2.950.535,00	102,440	133,250	1,301	$ 887.407,00
2020	2023	$ 3.062.655,00	105,360	133,250	1,265	$ 810.720,00
2021	2023	$ 3.111.964,00	108,840	133,250	1,224	$ 697.933,00
2022	2023	$ 3.286.856,00	118,700	133,250	1,123	$ 402.896,00
Total retroactivo		**$ 15.271.610**	**Total Indexación**		**$ 3.782.052,00**	

Tabla Liquidación		
Retroactivo pensional mesada 14		$ 15.271.610,0
Indexación retroactivo		$ 3.782.052,0
Total		**$ 19.053.662,0**

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la UGPP pagar a favor del demandante el mayor valor entre la pensión de jubilación convencional aquí reconocida y la pensión de vejez de carácter legal que le reconoció COLPENSIONES en la suma de $1.079.046 mensuales, desde el 7 de julio 2012 hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen, junto con los incrementos legales anuales.

SEGUNDO: Con ocasión de lo anterior, **CONDENAR** a la UGPP pagar a favor del demandante por concepto de retroactivo pensional que corresponde al mayor valor que asciende a la suma de $1.010.286.83 entre la pensión de jubilación convencional y la de vejez de carácter legal por el periodo comprendido entre el 8 de julio de 2017 y el 31 de mayo de 2023 debidamente indexado mes a mes la suma de $132.403.985.4, **AUTORIZANDO** a la encartada efectuar los correspondientes descuentos en salud.

TERCERO: MODIFICAR PARCIALMENTE los numerales tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que la mesada 14 que la UGPP debe cancelar al demandante debe ser desde la anualidad 2018 y en adelante, la cual debe ser sufragada en un 100% por la encartada de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: CONDENAR a la UGPP pagar a favor del demandante por concepto de retroactivo pensional de la mesada 14 para las anualidades 2018, 2019, 2021, 2021 y 2022 debidamente indexado la suma de $19.053.662, así como las que se causen a futuro de conformidad con las consideraciones en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **27 2021 00506 01**
Demandante:	ALIX GONZALEZ HERRERA
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LIDA BIBIANA GIL HERRERA, identificada con cédula de ciudadanía 31.434.957 y T.P. 373.527 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ALIX GONZALEZ HERRERA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare que

PROTECCIÓN S.A. incumplió su deber legal de información, siendo ineficaz la afiliación que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de ese fondo de pensiones y que nunca se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, en el cual se encuentra afiliada válidamente afiliada.

En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a registrar en su sistema de información que la afiliación que realizó es ineficaz, e igualmente, se condene a esa administradora de pensiones a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital que obra en su cuenta de ahorro individual, esto es, los aportes a pensión, junto con los rendimientos, bonos o títulos pensiónales, gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento. Asimismo, se condene a COLPENSIONES a recibir tales emolumentos y active su afiliación en el régimen que administra. Finalmente, pretende se condene a lo *ultra y extra petita*, más las costas y agencias derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que realizó aportes a pensión a través del régimen de prima media con prestación definida y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 24 de abril de 1998, fondo en el cual permanece en la actualidad.

En esa medida, expuso que PROTECCIÓN S.A., no le informó de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias, características, ventajas y desventajas entre el RPMPD y el RAIS, enfatizando que no le brindó un asesoramiento responsable y transparente, veraz, oportuno, pertinente y objetivo que le permitiera prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen, aunado a que no se le indicaron los factores que determinarían su mesada pensional, los descuentos que realizaría por concepto de cuota de administración, y que podía retornar al régimen de prima media antes del cumplimiento de la edad de 47 años, previa verificación de si le convenía regresar al régimen anterior.

De otro lado, adujo que su IBL asciende a $3.594.766, y según proyección pensional, su mesada en COLPENSIONES sería superior a la que obtendría en el fondo privado; de igual manera, adujo que se activara su afiliación en el

RPMPD al existir vicio en el consentimiento en su afiliación al RAIS, pedimento que fue denegado por PROTECCIÓN y COLPENSIONES por su parte no ofreció respuesta. (f. 1 a 11 archivo 01).

1.3CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba que dé cuenta que se le hizo incurrir en error por falta al deber de información a la actora por parte de la administradora de pensiones, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; asimismo, indicó que no se evidencia manifestación de inconformidad alguna por parte del promotor sobre el particular, por el contrario lo que se advierte de las documentales que obran en el plenario es que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, sostuvo que no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procede el traslado, y ya que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado.

Formuló como medios exceptivos los 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 administradora de seguridad social del orden público, la innominada o genérica, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria. (f. 1 a 45 archivo 06).

PROTECCIÓN S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de

presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (f. 1 a 22 archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ALIX GONZÁLEZ HERRERA, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., efectuado el 01 de abril de 1997, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ALIX GONZÁLEZ HERRERA como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora ALIX GONZÁLEZ HERRERA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de $2'000.000 como agencias en derecho a favor de la demandante."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que el traslado a DAVIVIR se materializó el 1º de abril de 1997, según el reporte SIAFP, además, adujo que atendiendo la línea trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, se advierte que DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria de demostrar la correcta y clara asesoría suministrada al momento del traslado de la gestora, sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, carga probatoria que pretende demostrar con el formulario de afiliación el cual no es prueba idónea para satisfacer ese deber.

Concluyendo así, que el fondo privado incumplió con el deber de información, por ende, declaró la ineficacia del traslado con la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los valores que haya recibido PROTECCIÓN S.A. con motivo de esa afiliación, y a la primera entidad a tenerlo como afiliado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, sostuvo que del interrogatorio de parte que absolvió la demandante se puede evidenciar que si conoce las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que se pueda dar valor al dicho de la gestora en cuanto a que cada afiliación RAIS fue para acceder a un nuevo empleo, además en los hechos de la demanda dijo que había recibido información de un asesor del fondo privado, siendo su única motivación para solicitar el traslado, el valor de una mesada superior, por lo que no procede la ineficacia del traslado. De otro lado solicita que, en caso de confirmarse la sentencia de primer grado, se brinde la posibilidad de iniciar las acciones judiciales del caso para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que le ocasiona el tener que recibir y pensionar a la gestora.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de DAVIVIR el 27 de septiembre de 1996, nuevamente, suscribe formulario de traslado de régimen a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 24 de abril de 1998, además, realizó traslado posteriormente a PROTECCIÓN S.A. el 30 de septiembre de 1998 y a ING el 5 de febrero de 2010, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de junio de 1998, 1º de noviembre de 1998 y el 1º de abril de 2010, según el reporte SIAFP. Sin embargo, ese mismo reporte se señala frente al traslado de 27 de septiembre de 1996, que el mismo fue procesado el 23 de octubre de 1996, luego para los efectos legales el traslado de régimen se dio el 27 de septiembre de 1996 a DAVIVIR hoy PORTECCIÓN y no el 1º de abril de 1997 como lo concluyó la juez de instancia, en tanto las primeras cotizaciones a dicho fondo datan del mes de septiembre de 1996, según el reporte se semanas. (folios 34 a 37, 40 y 42 a 58 archivo 09).

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

Por otra parte, la demandante ALIX GONZALEZ HERRERA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que su afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN se dio cuándo ingresó a un nuevo trabajo, allí la persona encargada de Recursos Humanos le entregó unos formularios que ella diligenció y suscribió, precisando que sus posteriores afiliaciones a PROTECCIÓN y ING, se dieron de la misma forma, además, explicó que la afiliación a ING fue por le dijeron que su mesada en ese fondo sería superior. De otro lado, sostuvo que no la obligaron a firmar las afiliaciones, y que conoce que su mesada en COLPENSIONES sería superior a la que obtendría en ese fondo, aclarando que desea trasladarse a esa administradora por cuanto no le ofrecieron una asesoría que le permitiera evidenciar en qué fondo estaría mejor.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la

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

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

Adicionalmente, no es dable debatir en el presente trámite procesal, y menos en esta instancia, lo atinente al resarcimiento de los daños y perjuicios por las condenas impartidas, como lo reclama la apelante; en tanto, no fue un aspecto objeto del debate, aunado a esto la entidad impugnante podrá hacer uso de las acciones judiciales que estime pertinentes para el efecto.

Acorde con lo expuesto, se modificará el numeral primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de aclarar que el traslado de régimen efectuado el 27 de septiembre de 1996, a través de DAVIVIR hoy PORTECCIÓN S.A., es el que se torna ineficaz; en lo demás habrá de confirmarse la sentencia objeto de censura.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, que

declaró la ineficacia del traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., el 1º de abril de 1997. Para en su lugar, precisar que el traslado de régimen se surtió el 27 de septiembre de 1996, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **28 2021 00506 01**
Demandante:	MARIA CRISTINA CRISTANCHO MONTAÑO
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.469.231 y T.P. 365.094 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 10 de abril de 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA CRISTINA CRISTANCHO MONTAÑO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la

finalidad que se declare la ineficacia de la vinculación y traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., y que para todos los efectos jurídicos siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, disponiéndose su regreso automático a COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que obren en su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, junto con los rendimientos devengados durante el tiempo en que estuvo en el fondo privado. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el régimen que administra y reciba las sumas anteriormente referidas y actualice su historia laboral y la ponga a su disposición y se condene en costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicita se condene a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a título de indemnización, conforme lo reglado en el artículo 4º del Decreto 656 de 1994, la pensión de vejez a la que tendría derecho conforme lo previsto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, es decir, en las mismas condiciones del régimen de prima media con prestación definida, se condene a PORVENIR S.A., al pago de costas y agencias en derecho y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que nació el 5 de mayo de 1963, y que estando afiliada al régimen de prima media con prestación definida, en agosto de 1998 empezó a recibir invitaciones de parte de los agentes de PORVENIR S.A., ofreciendo ventajas en materia pensional con el fin de que se trasladara de régimen a ese fondo de pensiones.

Refirió que los asesores le dijeron que se podía pensionar de manera anticipada y con unos ingresos similares a los que estaría devengando al momento de causar la pensión, enfatizándole que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES estaba quebrado, por lo que podía perder las cotizaciones había realizado a esa entidad, en esa medida, en septiembre de 1998 se trasladó al

régimen de ahorro individual con solidaridad, suscribiendo el formulario de afiliación a ese fondo; sin recibir una información completa, veraz, técnica, adecuada y suficiente sobre las incidencias del traslado del régimen y sin ser advertida sobre los riesgos del traslado.

Añadiendo que no fue informada sobre las condiciones para obtener su pensión en ese fondo y del derecho de retracto, al contrario, se le dijo que su mesada en ese régimen sería superior, acotando que elevó petición ante las demandadas poniendo de presente tal situación, sin que a la fecha haya recibido respuesta, además, según proyección evidenció que su mesada en el régimen de prima media sería superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad. (f. 1 a 19 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido y eficaz, recordando que solo con la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, por lo que la demandante no puede imponer una carga adicional que no estaba vigente a la fecha del traslado de régimen. Reiterando que ésta recibió asesoría verbal motivo por el cual suscribió el formulario de manera libre, espontánea e informada, sin que se allegue prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad que depreca por la presunta falta al deber de información, encontrándose válidamente afiliada al RAIS.

Como excepciones formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 1 a 28 -archivo 06).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, indicando que la presente acción se incoa con el fin de obtener beneficios económicos, además el traslado se encuentra ajustado a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dado que la actora prefirió trasladarse al

régimen de ahorro individual, siendo su intención la de permanecer en ese régimen, perfeccionando el acto ineficaz, además es su deber legal como afiliada estar pendiente de su estatus pensional, a lo que se suma que se encuentra incursa en la prohibición legal de traslado de régimen.

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica. (f. 2 a 15 archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de abril de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARIA CRISTINA CRISTANCHO MONTAÑO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de septiembre de 1998, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA CRISTINA CRISTANCHO MONTAÑO identificada con C.C. 35.407.677 a COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*
>
> *CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> *QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.*

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que estaba probado que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por ISS, y que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de pensiones PORVENIR S.A. De otro lado, expuso que el presente caso, debe abordarse bajo la institución de ineficacias, según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Acorde con lo anterior, a la AFP les corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, al analizar los medios de prueba aportados al proceso, concluyó que no se demostró el deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso la demandante, no manifestó recibir tal información, luego, no se cumplió con dicha carga probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió al trasladarse de régimen, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado, dado que el acto de traslado no puede subsanarse ante la falta de información como la nulidad.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de PORVENIR S.A. dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliado el actor en la actualidad. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas. Al prosperar las pretensiones principales, se reveló del estudio de las subsidiarias.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto adujo que la demandante confesó que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, voluntaria y sin presiones, cumpliendo la afiliación con los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además, indicó que la gestora no es beneficiaria del régimen de transición y que al elevar la solicitud de regreso al régimen de administra, estaba inmersa en la prohibición de traslado de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, luego, no es procedente que después de tanto tiempo alegue un engaño al evidenciar que sus expectativas pensionales no se ajustan a su querer, en esa medida lo que se debe solicitar es la indemnización de perjuicios y no la ineficacia de la afiliación.

No obstante, dijo que, de confirmarse la sentencia de primer grado, debe condenarse al fondo privado a pagar a esa entidad un cálculo actuarial proporcional a lo que debería reconocer por concepto total de mesadas el régimen de prima media, ante una evidente descapitalización de ese régimen.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aporta el formulario de afiliación que efectuó la actora el 29 de julio de 1998 con PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de septiembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (f. 30 y 65 - archivo 06), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las*

afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado". -

Por otra parte, la demandante MARIA CRISTINA CRISTANCHO MONTAÑO en el interrogatorio de parte a ella practicado señaló que, no ha solicitado la pensión de vejez a PORVENIR S.A., además precisó que su traslado a ese fondo, que se dio cuando un asesor de esa administradora llegó a su oficina y le indicó que allí obtendría una tasa de interés favorable, refiriendo que no había otra opción para afiliarse, dado que se acababa el ISS, pues eso era lo que se decía. Dijo recordar que el asesor le indicó que el fondo se encargaba de trasladar sus aportes del ISS, los cuales en ese fondo se entregarían a sus beneficiarios en caso de fallecer, por eso dio esos datos al asesor, además, refirió que para obtener la pensión en el ISS debía tener tiempo de cotizaciones y edad, y que creía que así era en el RAIS, precisando que el asesor le hablo que tendría una cuenta, unos rendimientos y una tasa de interés, pero no más.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de

administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

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

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

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada; sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de condenar a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó al gestor en el tiempo que permaneció en ese fondo, concepto que deberá ser indexado al momento de su pago, junto con lo correspondiente a gastos de administración y seguros previsionales.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 10 de abril de 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó a la gestora en el tiempo de permaneció afiliada a ese fondo, concepto que deberá ser indexado al momento de su pago, junto con lo correspondiente a gastos de administración y seguros previsionales.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **29 2021 00223 01**
Demandante:	ABRAHAM GERMÁN MURILLO MÁRQUEZ
Demandado:	INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES – IC INTELRED S.A.S., ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S., COLMENA SEGUROS S.A. Y SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ABRAHAM GERMÁN MURILLO MARQUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de las sociedades INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES – IC INTELRED S.A.S., ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. y COLMENA SEGUROS S.A., a fin que se las condene al pago de salarios adeudados, vacaciones, prima de servicios, auxilio de cesantías, interés a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización moratoria más daño emergente y lucro cesante.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que se encuentra vinculado mediante contrato laboral de duración de la obra con la sociedad INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES – IC INTELRED S.A.S., desempeñando el cargo de Oficial desde el 16 de enero de 2020, devengando un salario mensual de $1.250.000, cumpliendo un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y sábado de 8:00 a.m. a 2:00 p.m.; que el 28 de febrero se presentó a la obra perteneciente a la sociedad ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S., para realizar la canasta en techo para al reposo de una tubería IMC, para lo cual el señor JUAN RUIZ, le manifestó estar enterado de los objetivos de la obra, que tenían los permisos requeridos y que no existía riesgo alguno, ello pese a que le indagó reiteradamente sobre el particular; que pese a que no se contaban con elementos de seguridad, en tanto el terreno no era apto para realizar el trabajo, al adentrarse devino un accidente de trabajo que le causó la fractura del peroné izquierdo, lo cual conllevó a que le fueran expedidas sendas incapacidades; así mismo, que la empleadora suspendió el contrato de trabajo desde el 13 de mayo de 2020 en virtud

de la pandemia Covid19, e incluso ha descontado pagos por una licencia no remunerada, la cual no fue solicitada.

Que se reintegró en el mes de febrero de 2021, en un cargo de oficina y reduciendo su salario de $1.200.000 a $1.020.000; finalmente, que se adeudan las acreencias laborales deprecadas y que las accionadas son solidariamente responsables.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra. Para tal efecto señaló que entre ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. y la INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S., se celebró un contrato de suministro e instalación No. 1857556, con el fin que suministrara y ejecutara las obras de instalación de suministro e instalación de redes eléctricas para la obra Centro Comercial Nuestro Bogotá, con completa autonomía e independencia técnica y administrativa, siendo la actividad contratada ajena a su objeto social. De igual manera que de conformidad con el formato de investigación, fue el propio accionante quien se puso en riesgo al pasar por encima de la polisombra.

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

De otra parte, llamó en garantía a SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A., sustentando ello en la póliza No. 1000-1703094-01, la cual tiene como período de

cobertura para salarios y prestaciones sociales del 19 de diciembre de 2019 al 30 de diciembre de 2023.

Por su parte, la sociedad INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES – IC INTELRED S.A.S. se opuso a las pretensiones, señalando que el último contrato de trabajo fue por obra y labor determinada, inició el día 16 de enero de 2020 y se estableció un salario inicial igual a $1.180.000, siendo contratado para prestar servicios en el contrato comercial Nº 1857556 suscrito con ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S., en el cual el señor JUAN GILBERTO RUBIO fue la persona encargada de las actividades en los sótanos de la obra, y el señor JUAN RUIZ, no intervino en la obra; que al actor se le delegó el instalar la bandeja en techo para el reposo de una tubería, delimitándose de manera clara y reiterada la zona de trabajo; así mismo que cuando el señor JUAN GILBERTO RUBIO se encontraba verificando la zona y marcando los puntos de instalación de la tubería, el actor lo siguió sin conocer el terreno y contrariando las instrucciones dadas, razón por la cual se enredó con la polisombra y cayó sobre el pie izquierdo.

De otra parte, que las suspensiones del contrato se ajustan a derecho en razón de las medidas de cuarentena y asilamiento; finalmente que fue reintegrado a trabajar el 29 de enero de 2021 para desempeñar funciones asociadas al cargo de asistente administrativo, y si bien por error en el mes de febrero de 2021 se liquidó la nómina con un salario inferior, se realizó el respectivo reintegro en el mes de marzo de 2021.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, ilegitimidad del demandante para demandar a la demandada por no ser viable la aplicación del

artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, trabajo en condiciones seguras, falta de prueba idónea en relación a los perjuicios materiales y morales, ausencia de nexo de causalidad entre la culpa y el daño y reparación plena de perjuicios derivados del accidente de trabajo, afiliación al sistema integral de seguridad social y subrogación de riesgos y temeridad de la demanda.

De manera subsidiaria formula las excepciones de compensación y enriquecimiento injusto.

COLMENA SEGUROS S.A. contestó la demanda señalando que el actor estuvo vinculado a dicha ARL, la cual cumplió con todas sus obligaciones legales, sin que sea responsable solidariamente de la indemnización plena de perjuicios aducida.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción y compensación.

Finalmente, SEGUROS COMERCIALES S.A. contestó el llamamiento en garantía refiriendo que cualquier responsabilidad deberá ser probada y estar supeditada a las condiciones del seguro de cumplimiento número 1000170309401 que establece expresamente cuáles son las coberturas de la póliza, sus límites y las exclusiones.

Formuló los medios exceptivos de ausencia de prueba de ocurrencia del siniestro, inexistencia de incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S., inexistencia de solidaridad entre la INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S. y ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S., amparo de pago de salarios,

prestaciones sociales e indemnizaciones, ausencia de cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento número 1000170309401, exclusión de pago del seguro de cumplimiento no. 1000170309401, de acuerdo con las condiciones generales del contrato de seguro, inexistencia de obligación indemnizatoria, límite de la responsabilidad de la aseguradora, disponibilidad en cobertura del valor asegurado, y las que resulten probadas en el proceso (genérica, ecuménica o innominada).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de noviembre de 2022, condenó a las sociedades INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S. y solidariamente a ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S., a reconocer y pagar la prima de servicios por valor de $1.215.278, debidamente indexada, así mismo declaró que la INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S. y solidariamente la ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. son responsable por Culpa Patronal, del accidente de trabajo, condenándolas al pago de lucro cesante consolidado por valor de $ 7.915.092, lucro cesante futuro por valor de $52.838.159, daños morales en cuantía de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, autorizando a ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. a realizar cobro a la llamada en garantía SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.

Para tal efecto estimó en primera medida que el accionante confesó que no se presentó a trabajar a la obra en las fechas que aduce se le adeudan salarios, ni acreditó que la empresa haya impedido la prestación del servicio, por lo cual absolvió del pago de salarios. En lo atinente al reajuste de salarios, estimó que, si bien se solucionó en febrero de 2021 un monto inferior, lo cierto es que se canceló

la diferencia adeudada, por lo que no accedió a tal pedimento; así mismo la demandada acreditó el pago del auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, más no de la prima de servicios, por lo que emitió condena. Absolvió de la indemnización moratoria, en tanto el contrato sigue vigente.

En cuanto a la indemnización plena de perjuicios señaló que no existe discusión en la existencia del accidente ni en su origen laboral, así como que ocasionó una PCL del 20.80% con fecha de estructuración el 13 de agosto de 2020; estimó que no se acreditó que el demandante haya incumplido una orden de no atravesar la polisombra e incluso la jurisprudencia ha determinado que la concurrencia de culpa del trabajador no exonera al empleador; así mismo, que la zona donde ocurrió el accidente es insegura y revestía peligro para los trabajadores, en tanto existía un desnivel que no se observaba por el agua depositada y la polisombra, la cual además no estaba ubicada de manera correcta, por lo cual existió negligencia de la empresa.

Así las cosas, emitió condena al pago de lucro cesante consolidado y futuro, y daño moral derivado *per se* de la pérdida de la capacidad laboral.

En lo atinente a la solidaridad refirió que ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. tiene por objeto social la instalación de redes eléctricas, por lo cual es conexo con el de la empleadora, resultando así aplicable la solidaridad. Finalmente, que la póliza de aseguramiento no cubría la indemnización plena de perjuicio, por ende, el llamado en garantía solo debe responder por el pago de la prima de servicios.

Absolvió a la ARL COLMENA, en tanto no tiene a su cargo el pago de la indemnización plena de perjuicios.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandada INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S. la apeló. Argumentó en su alzada que la prima de servicios si fue solucionada, lo cual se acredita con la documental visible a folios 27 y 141.

En lo atinente a la culpa patronal señala que la *a-quo* tuvo por probados los hechos de la demanda, no obstante, no medió culpa de la empleadora en el accidente, en tanto la compañía cumplió con sus obligaciones de seguridad en el trabajo, e incluso capacitó al trabajador, quien fue objeto de inducciones y reinducciones. Todos los testimonios, interrogatorios y el reporte del accidente, dieron cuenta que el accidente se dio por cuanto el demandante traspasó la zona de trabajo segura, para transitar por zona prohibida e insegura, lo cual obedece a una culpa exclusiva de la víctima. El registro fotográfico da cuenta de la existencia de la señalización, así estuviese descolgada, así como que la zona era evidentemente insegura, siendo notorio que el trabajador no debía ingresar, lo cual fue corroborado por el testigo JOHAN BERNAL, quien aseveró que se prohibió traspasar la polisombra, confesando el demandante que la empresa cumplió sus obligaciones.

Refiere que, en el evento de confirmarse la condena, el lucro cesante no sería objeto de condena en tanto el contrato de trabajo sigue vigente, lo cual así fue determinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1361 de 2019. En lo atinente al daño moral, que el mismo no fue acreditado, lo cual se exige de conformidad con la jurisprudencia SC3255 de 2021.

Por su parte ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. recurre la sentencia aduciendo que su objeto social no es conexo con el de la empleadora INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S., ello en tanto en el contrato que se suscribió se determinó la necesidad requerida, ejecutando la empleadora el contrato de manera autónoma y en desarrollo de su objeto social, siendo la actividad contratada de carácter accesoria para ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S., dedicada al desarrollo de proyectos urbanísticos, y solo se estableció la posibilidad de subcontratar lo atinente a redes eléctricas. De tal manera, que la conexidad del objeto social no puede extraerse de la simple autorización para subcontratar.

Refiere que, de tratarse de una actividad propia de su objeto social, no hubiese existido el contrato con la sociedad INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S.

En lo atinente a la culpa patronal, señala que la empleadora cumplió a cabalidad sus obligaciones de seguridad en el trabajo, y se acreditó que se delimitó la zona en donde el trabajador debía prestar el servicio, siendo claro que no debía traspasar a una zona insegura, riesgo al cual se expuso de manera negligente el actor, independientemente de la altura de la polisombra que señala la delimitación de la zona segura. Refiere igualmente, que no existe una tasación clara de la indemnización. Así mismo, que se acreditó el pago de la prima de servicios, por lo cual la sentencia debe ser revocada, incluyendo la condena en costas en su contra.

Finalmente, la llamada en garantía SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. refirió que se acreditó el pago de la prima de servicios, por ende, no acaeció el sinestro que

se aseguró. Aunado a ello, la póliza no asegura a trabajadores de sociedades distintas de ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. de otra parte, que no opera la solidaridad entre ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S., y la sociedad INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S., en tanto sus objetos sociales no son conexos.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del presente asunto y atendiendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos: (i) Auscultar si se acreditó la culpa patronal en el accidente de trabajo, así como si resultan procedentes las condenas por concepto de lucro cesante y daño moral; (ii) establecer si se debe revocar la condena por prima de servicios, y por ende de la solidaridad y del llamamiento en garantía, en caso contrario, estudiar la configuración de dichas figuras jurídicas.

4.3 DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el señor ABRAHAM GERMÁN MURILLO MÁRQUEZ y la sociedad INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S., existe un contrato de trabajo, con fecha de inicio del 16 de enero de 2020, el cual se mantiene vigente.

4.4 CULPA PATRONAL:

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

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

> *"La Sala comienza por precisar que en materia de riesgos profesionales -hoy riesgos laborales-,* ***surgen dos clases de responsabilidad: (i) una objetiva - por el riesgo creado- que obliga a las administradoras de riesgos laborales «ARL»*** *a reconocer al trabajador o a sus beneficiarios las prestaciones asistenciales y económicas que contempla el Sistema, que se generan a partir de la ocurrencia del siniestro y para cuya causación resulta indiferente la conducta del empleador y, (ii)* ***otra subjetiva derivada de la «culpa suficientemente comprobada del empleador»****, por la que se le impone la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados a consecuencia de los riesgos profesionales que sufra su trabajador, que es la consagrada en el art. 216 del C.S.T…*

"Así lo enseñado esta Sala entre otras, en la Sentencia CSJ SL, 14 ago. 2012, rad. 39446, en la que al efecto dijo:

"Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] ésta sí derivada de la "culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional", que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia…"

"…En ese contexto, se equivoca la censura al sugerir que la indemnización plena de perjuicios consagrada en el art. 216 del C.S.T., emana de la responsabilidad objetiva -riesgo creado-, ***en tanto como se ha explicado, es la culpa suficientemente comprobada del empleador, en la ocurrencia del riesgo laboral, la que origina la responsabilidad subjetiva de aquél****…"* (Negrillas de la Sala).

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

"Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador.

"Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho, en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de

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

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

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL492-2021, Radicación No. 67176, del 10 de febrero de 2021, señaló:

"4. En este orden de ideas, quedó establecida la concurrencia de culpas de la empresa y el trabajador. No obstante, como lo tiene explicado esta Sala de la Corte, no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes (CSJ SL5463-2015, CSJ SL9355-2017, CSJ SL2824-2018, CSJ SL1911-2019, CSJ SL4570-2019 y CSJ SL2335-2020).

"5. La indemnización plena de perjuicios se genera en el derecho del trabajo cuando el empleador no acata el deber de seguridad y no despliega una acción protectora, conforme a dispuesto en los arts. 56 y 57 (nls. 1 y 2) del CST. Esta obligación del empleador se concreta con la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea o, en su defecto, no disminuye los riesgos asociados a ella, y está soportada jurídicamente en que quien aspira a beneficiarse del trabajo asalariado debe asumir las consecuencias de los riesgos inherentes a él, entre otras razones, porque es quien obtiene su principal rédito en el proceso productivo (CSJ SL 3169 - 2018).

Así las cosas, no existió reproche en el acaecimiento del accidente de trabajo ocurrido al señor ABRAHAM GERMÁN MURILLO MÁRQUEZ, lo cual se desprende de la Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral, la cual acredita además del reporte del accidente de trabajo, que el mismo le ocasionó al demandante una pérdida de la capacidad laboral en un 20.80% y como fecha de estructuración el 13 de agosto de 2020.

De ahí que al quedar suplido este primer requisito, la Sala entrará a auscultar si el mismo se ocasionó por culpa imputable al empleador, esto es, al no haber dado cumplimiento a las obligaciones de diligencia y cuidado que le asistían acorde con la normatividad laboral que rige la materia, o si por el contrario, el mismo se ocasionó por un hecho exclusivamente imputable a la víctima.

Para tal efecto, se aportó en primera medida el Informe de Investigación de Accidente o Incidente de Trabajo, en el cual se hace una narrativa de las circunstancias de modo en que acaeció el accidente, acotándose:

> *"El Día Viernes 28 de febrero de 2020, el señor Abraham Germán Murillo Márquez identificado con número de cédula 80.829.743 quien ejerce el cargo de oficial, inició sus labores a las 7:00 a.m. en la obra CC Nuestro Bogotá. Le pidió ayuda al oficial Juan Gilberto Rubio para que le acompañara a verificar la marcación de los puntos para instalación de tubería. Juan Gilberto Rubio se pasa por encima de una polisombra que estaba a unos 50 cm el piso (estaba descolgada) para acceder a la zona detrás de la polisombra, la cual tiene un acceso restringido porque se encuentra desnivelada e inundada ya que no está fundida la placa. Abraham se dirigió a la misma zona y también se pasó la polisombra por encima, pero en esta acción se le enredó el pie izquierdo y cayó a la zona inundada. Presentó dolor intenso e inflamación".*

Se advierte así, que la circunstancia que conllevó al acaecimiento del accidente se traduce en haber traspasado la polisombra, la cual estaba descolgada, a fin de acceder a una zona para realizar marcación de puntos de instalación, zona que además estaba con acceso restringido al estar desnivelada e inundada.

Así las cosas, se debe advertir en primera medida que la responsabilidad patronal en manera alguna deviene de faltas de capacitación o entrega de insumos de seguridad al trabajador, en tanto el accidente se ocasiona por hechos atinentes a que la polisombra de demarcación y restricción de acceso se encontraba descolgada, hecho que no es objeto de discusión e incluso así se documenta en el informe antes expuesto, por ende, no es de recibo excluir la responsabilidad por haber confesado el accionante que fue capacitado o que le fueron entregados elementos de seguridad, como lo aduce la parte recurrente.

De otra parte, tal como lo refiere el informe y lo corrobora el testigo JUAN GILBERTO RUBIO, el testigo también sobrepasó la polisombra, a lo cual le siguió el demandante, hecho que permite inferir que el empleador no asumió la diligencia debida a efectos que permanezca de manera adecuada la instalación de la polisombra que impida que los trabajadores accedan a zonas restringidas, más aún cuando el día de los hechos no fue un hecho aislado y exclusivo del trabajador el acceder a la zona desnivelada e inundada, sino que previamente lo había realizado el señor JUAN GILBERTO RUBIO.

La testigo JULY MARCELA CHACÓN si bien refiere que la polisombra es una clara demarcación que debe alertar de no ser cruzada, lo cierto es que también advirtió que la misma debe ostentar una altura de 2 metros, siendo que el día del accidente la misma había sido descolgada y se encontraba a solo 50 o 70 cm, hecho que en manera alguna puede endilgarse al trabajador, quien frente a una polisombra descolgada tenía en el ámbito de posibilidades el estimar que el paso no estaba restringido, más aún cuando el señor JUAN GILBERTO RUBIO también la había traspasado.

Así las cosas, no es dable estimar que el accionante se ocasionó por cuanto el actor a riesgo propio atravesó una polisombra en calidades optimas de instalación y con la prohibición expresa de hacerlo, por cuanto lo que en realidad se acreditó, es que la polisombra se encontraba descolgada y a una altura no indicada para restringir el acceso a zonas prohibidas y además que otro trabajador de nombre JUAN GILBERTO RUBIO también la traspasó, lo cual nos indica sin lugar a duda alguna, que el empleador consintió de manera negligente en que permanezca el riesgo de que se

encuentre descolgada la polisombra que debía impedir el acceso de todos trabajadores.

No debe soslayarse además que el señor JUAN GILBERTO RUBIO refirió ser la persona que el día del accidente le estaba indicando en qué consistía la obra, aceptando que traspasó la polisombra y que el accionante lo hizo en el mismo momento, lo cual permite evidenciar que la polisombra en manera alguna cumplía la función para la cual fue instalada, que era prohibir el paso, por el contrario, se encontraba a una altura que los dos trabajadores sobrepasaron e incluso el mismo testigo señaló que en anteriores oportunidades había realizado tal actividad, sin que se advierta que el empleador en cumplimiento de sus funciones, haya solucionado tal falencia.

Así las cosas, estima la Sala que *a contrario sensu* de lo alegado por los recurrentes, se acreditó por activa que en la obra la polisombra se encontraba descolgada y que en varias oportunidades la misma había sido traspasada incluso el mismo día del accidente por el señor JUAN GILBERTO RUBIO, a quien el actor estaba acompañando al recibir instrucciones o indicaciones, motivo por el cual no se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

4.5 LUCRO CESANTE:

Aduce la parte recurrente que el lucro cesante no debe ser objeto de condena según lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en los eventos en que el contrato de trabajo mantiene vigencia, tal como se refiere en la

sentencia SL1361-2019 Radicación No. 61560 del 13 de marzo de 2019, en la cual se estimó:

> *"Respecto del lucro cesante, debe señalarse que no hay lugar a imponer condena por este concepto, al no encontrarse acreditada su causación, ello teniendo en cuenta que estos corresponden a lo que la trabajadora dejó de recibir en razón de la ocurrencia del daño en virtud de la terminación del contrato de trabajo, lo que en este caso no ocurrió, por cuanto, como se sostiene en el informativo y no fue objeto de controversia, la actora continuó laborando al servicio de la pasiva, y fue reubicada en otro puesto en el área administrativa"*.

Sobre el particular se debe acotar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reciente providencia SL4223-2022, Radicación No. 83669 del 31 de agosto de 2022, señaló:

> *"La Sala reitera que esta tipología de perjuicio corresponde al ingreso económico que deja de percibir o se recibe en menor proporción a causa de la pérdida de capacidad laboral o fallecimiento del trabajador, en cuyo caso el empleador está en la obligación de resarcir tal menoscabo económico (CSJ SL2845-2019). Este perjuicio se divide en dos modalidades: (i) el lucro cesante pasado o consolidado, y (ii) el futuro.*
>
> *"Ahora, en relación con el lucro cesante pasado o consolidado, se advierte que en los casos en que el infortunio laboral generó una pérdida de capacidad laboral al trabajador y no su deceso, el mismo se causa desde la materialización del daño que corresponde a la fecha de estructuración de las secuelas -para las enfermedades- o de ocurrencia del evento -accidente de trabajo-, con base en el salario que percibía el trabajador a dicha data debidamente indexado al momento de liquidación de la sentencia, hito final hasta el cual se calcula este perjuicio.*
>
> *"Por su parte, el lucro cesante futuro se determina con base en los criterios citados anteriormente, pero tomando un interregno distinto, que va desde el*

día en que se profiera el fallo hasta que se cumpla la expectativa de vida probable del causante.

"Asimismo, se advierte que existen casos en los cuales el vínculo laboral subsiste con posterioridad al accidente o a la estructuración de la enfermedad.

"Al respecto, la Corte considera oportuno precisar que en atención a que, para ser indemnizado un daño, el perjuicio que se reclama debe ser cierto, es claro que la subsistencia del vínculo laboral genera que el trabajador no haya tenido una mengua en sus ingresos, de modo que el lucro cesante pasado o consolidado no se materializa hasta tanto no se termine el contrato de trabajo o se haya emitido sentencia, conforme a lo que ocurra primero.

"No obstante, se debe precisar que tal regla no es aplicable en lo referente al lucro cesante futuro, toda vez que, si bien el vínculo laboral subsiste al momento de realizar la liquidación, por lo cual se entendería que el trabajador conservará sus ingresos dada la preservación del empleo, tal afirmación corresponde a un hecho futuro y, por tanto, una expectativa, respecto de la cual no se tiene certeza, contrario a lo que ocurre con el daño que es cierto y, en consecuencia, debe indemnizarse, de modo que no hay razón para negar su reconocimiento con fundamento en dicho argumento.

Así las cosas, le asiste parcialmente la razón a la parte demandada, en tanto no era factible emitir condena por concepto de lucro cesante consolidado. No así respecto del lucro cesante futuro, el cual como se precisó, se genera aún en el evento de mantenerse la relación laboral.

Frente al monto de la liquidación del perjuicio por lucro cesante futuro, la sociedad ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. señaló en la alzada que no era clara. Ahora bien, tal como lo refiere el precedente jurisprudencia esbozado en precedencia, el lucro cesante futuro *"no se materializa hasta tanto no se termine el contrato de trabajo o se haya emitido sentencia, conforme a lo que ocurra primero",* motivo por el cual se calculará teniendo en cuenta la fecha de la sentencia de primera instancia,

ateniendo además que el salario del actor devengado asciende para el año 2020, año del accidente de trabajo a $1.250.000, así como que el actor nació el 2 de enero de 1985, por lo cual para la fecha de la sentencia de primera instancia, esto es, el 4 de noviembre de 2022, ostentaba 37 años de edad, por lo cual, de conformidad con la Resolución No. 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera, la expectativa de vida es de 43,7 años, esto es, 524.4 meses. De otra parte, la PCL se determinó en un 20.80%, lo cual, frente al salario equivale a $260.000. De otra debe llevarse a cabo la respectiva indexación entre la fecha de estructuración (agosto de 2020) y de la sentencia (noviembre de 2022), para un total al año 2022 de $274.616, teniendo en cuenta los IPC según lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, esto es, "*IPC Inicial: Índice de precios al consumidor correspondiente al año anterior al momento en que se causa cada mesada*" e "*IPC final: Índice de precios al consumidor correspondiente al año anterior al momento en que se efectúe el pago efectivo*", tal como se refiere en sentencia SL768-2023, Radicación No. 88769, del 18 de abril de 2023.

$$RA = 260.000 \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

$$RA = 260.000 \times \frac{111,41}{105,48}$$

$$RA = 274.616$$

$$LCF = RA * \frac{(1 + i)^{n} - 1}{I (1 + i)^{n}}$$

$$LCF = \$274.616 \times \frac{(1 + 0,004867)^{524.4} - 1}{0,004867 * (1 + 0,004867)^{524.4}}$$

LCF = $52.001.019

Así las cosas, la condena resulta levemente inferior a la señalada en primera instancia, por lo cual se modificará la decisión.

4.6 DAÑO MORAL:

Se aduce por pasiva que no se acreditó que el accionante haya padecido de un daño moral que deba ser reparado. Para abordar este tema, es relevante traer a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de marzo de 1941, el cual, estableció un precedente para la jurisprudencia nacional, luego que determinara la posibilidad de resarcir tanto los perjuicios materiales como los daños morales causados a una persona, cuyo estudio debía ser evaluado de manera separada por el operador judicial[1]

En consonancia con lo anterior, la legislación laboral abarcó el mismo camino, por lo que dispuso en el artículo 216 del C.S.T. la obligatoriedad de indemnizar plenamente los perjuicios al trabajador y/o víctima indirecta, cuando el primero ha sufrido un accidente o enfermedad laboral acontecida por la culpa suficiente comprobada del empleador.

De acuerdo con la Sala Laboral de la Corte Suprema Justicia, en sentencia Radicación No. 20321 del 22 de julio del 2003, la responsabilidad civil derivada de la culpa

[1] Arroyo, Felipe Navia. Del daño moral al daño fisiológico. ¿una evolución real? Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000.

patronal tiene su origen en la relación contractual entre el empleador y el trabajador, por consiguiente, este primero al haber incumplido con las disposiciones esenciales del contrato, posibilita a que la parte afectada deba, obligatoriamente, ser resarcida en su totalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala estudiará la procedencia de la indemnización del daño moral reconocido al demandante por el *a-quo;* para ello, se hace necesario establecer qué se entiende por daño moral, el cual, conforme a la jurisprudencia de esta Alta Corporación, especialmente de la sentencia SL13074-2014, Radicación No. 36306 del 27 de agosto del 2014, se afirmó que el daño moral se puede entender como la lesión a:

> *"aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, pesadumbres, soledad, aflicción, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir"*

Ahora bien, para su tasación, la Corte Suprema de Justicia, en la citada sentencia SL4223-2022, Radicación No. 83669 del 31 de agosto de 2022, refirió que:

> "*Para cuantificarlos, la Sala ha considerado que el monto que se tase por perjuicios inmateriales no representa ni busca obtener una reparación económica exacta, sino resarcir o mitigar de alguna manera el daño que se padece en lo más íntimo del ser humano, lo que no resulta estimable en términos económicos; no obstante, a manera de relativa satisfacción, se ha dicho que es factible establecer su cuantía a la discreción del juez -arbitrio iudicis-, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política y la intensidad del perjuicio (CSJ SL, 15 oct. 2008, rad. 32720, CSJ SL4665-2018, CSJ SL4570-2019 y CSJ SL5154-2020).*

Es importante aclarar que la discrecionalidad del juez no es equivalente a un capricho judicial, puesto que en sentencia de Radicación No. 4978 del 5 de mayo de 1999 de la Corte Suprema de Justicia, enfatizo que el estudio del juez debe atender ciertos criterios:

> *"(…) para que la víctima reciba una compensación suficiente a fin de procurarle una satisfacción que guardando alguna proporción con su aflicción, la haga más llevadera; razón por la cual su cuantificación no puede quedar librada, al sólo capricho del juzgador; por el contrario, la estimación de esa especie de perjuicio debe atender criterios concretos como la magnitud o gravedad de la ofensa, el carácter de la víctima y las secuelas que en ella hubiese dejado el evento dañoso e, inclusive, en algunos casos, porque no, la misma identidad del ofensor, habida cuenta que ciertos sucesos se tornan más dolorosos dependiendo de la persona que los ha causado.*

Aunado a lo anterior, es relevante traer a consideración las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Radicados Nos. 22656 del 30 de junio del 2005 y 36392 del 27 de octubre del 2009, en las que se concluyó que un siniestro laboral genera *per se* un daño moral al trabajador lesionado, arguyendo que:

> "*En lo que tiene que ver con el valor de los perjuicios reclamados en la demanda, se tiene dicho por la Sala que toda lesión corporal por mínima que sea, aflige al ser humano causándole, además del dolor físico que le es propio, uno moral que aunque imposible de ser resarcido totalmente*"

Así las cosas, el apelante alega que el demandante no acreditó la concreción de un daño moral que deba ser indemnizado, sin embargo, como se explicó con anterioridad, existe la obligación de indemnizar al accionante en virtud a que se le generó un perjuicio físico, psicológico y emocional en razón al accidente laboral acontecido y cuya causa es atribuible a la culpa del empleador; por ende, dicho

accidente atentó contra el estado físico del señor ABRAHAM GERMÁN MURILLO MÁRQUEZ, que de acuerdo con la jurisprudencia nacional, produce por sí mismo una afectación moral que le debe ser resarcida.

Por otro lado, el demandando también arguyó que no se cumplió con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC3255 del 2021, por medio del cual se estableció que el daño moral es indemnizable siempre que obre prueba alguna de su existencia e intensidad.

Al respecto, si en gracia en discusión estuviera la certeza del daño moral, es evidente que en el presente caso si se logró acreditar el mismo, diferente a lo manifestado por el apelante; lo anterior, toda vez que el accidente objeto de discusión, afectó la esfera interna y subjetiva del accionante, ya que debió afrontar todas las consecuencias negativas que generó la perturbación a su estado físico, psíquico y sentimental, y el cual se vio reflejado en la tasación de los daños materiales que se liquidó previamente.

Adicionalmente, estima la Sala que en el plenario se acreditó que el accionante con ocasión del accidente de trabajo tuvo dolores severos, incapacidades médicas e incluso una pérdida permanente de la capacidad laboral, lo cual genera sin dubitación alguna afectación de tipo moral. Por lo anterior se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

4.7 PRIMA DE SERVICIOS:

La *a-quo* emitió condena por el no pago del auxilio de cesantía, frente a lo cual por pasiva se aduce que el pago se acredita con la documental visible a folios 27 y 141.

Ahora bien, a folio 27 milita copia de la nómina del mes de junio de 2020, en la cual se incluye el concepto *"reliquidación prima",* no obstante, tal documental reporta como valor a pagar $0, por lo cual no se acredita que se haya solucionado tal prestación. De igual manera se aduce en los alegatos de conclusión que el pago se anticipó en los meses de marzo de noviembre, para lo cual refiere la documental obrante a folio 141, la cual da cuenta del pago de la quincena salarial del mes de marzo de 2020 en monto de $675.000, y se incluye el pago de *"anticipo prima"* por valor de $620.058.

Respecto del mes de noviembre de 2020 no se aportó oportunamente el comprobante de pago, sin que la imagen que se refiere en los alegatos, acredite el pago efectivo, más aún cuando se reitera, no se aportó en el término procesal oportuno, la respectiva nómina de pago. Así las cosas, al acreditar el pago parcial, se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de disponer el pago de la prima de servicios por valor de $595.220.

4.8 SOLIDARIDAD:

La *a-quo* emitió condena solidaria respecto de la sociedad ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S., al estimar configurados los presupuestos del artículo 34 del C.S.T., normativa que regula sobre el particular:

"ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

> *"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*

A su vez, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido en sentencia SL1863-2020, Radicación No. 77721 de 9 de junio de 2020, que para que opere la solidaridad del contratante respecto a su contratista, se deben acreditar dos requisitos: i) ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y, ii) que las actividades ejecutadas por el contratista a favor del contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines.

La Alta Corporación al referirse al segundo de los presupuestos, es decir, al relacionado con afinidad de las actividades desarrolladas por el contratista a favor del contratante, sostuvo en sentencia SL 7789-2016:

> *"Como lo destaca el recurrente, la disposición legal que concibe la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del primero, exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan correspondencia en su objeto social.*
>
> *"No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el*

beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por este pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines."

"[…]

"Se impone traer a colación la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en torno a que no basta simplemente, para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico".

Así pues, si las actividades desplegadas por el contratista son ajenas a las del giro ordinario del contratante, palmario es que no surge la solidaridad que regula el artículo 34 del C.S.T.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que la sociedad ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. suscribió contrato de suministro e instalación con la sociedad INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES – IC INTELRED S.A.S., el cual tiene por fin el ejecutar las "*obras de instalación de suministro e instalación de redes eléctricas";* actividad que normalmente desarrolla la sociedad contratada INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES – IC INTELRED S.A.S., en cuyo objeto social se describe:

"La sociedad está facultada para desarrollar cualquier actividad lícita de comercio y en especial realizar toda clase de actividades comerciales, industriales, técnicas y profesionales relacionadas con el sector de comunicaciones, de los sistemas, computación, automatización, electro mecánica y afines; el diseño, construcción y mantenimiento de redes inteligentes, cableado estructurado, instalaciones eléctricas residenciales,

comerciales industriales, hospitalarias, deportivas y aeroportuarias; redes lógicas y/o eléctricas aéreas y/o subterráneas de distribución. Así como importar y exportar, realizar compras, ventas y distribución de toda clase de elementos, equipos partes o accesorios de sistemas, comunicaciones, eléctricos y afines".

Por su parte, la sociedad ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S., tiene por objeto social:

> *"d. El estudio, diseño, planeación, contratación ejecución, construcción, montajes eléctricos, montajes mecánicos, montajes electromecánicos, montajes industriales de toda clase de edificaciones, obras civiles, y bienes inmuebles en general, así como la realización en ellas de adiciones, mejoras. modificaciones, restauraciones, reparaciones, rectificaciones, reconstrucciones, modernizaciones, actualizaciones sísmicas entre otras.*

Así las cosas, resulta evidente que la actividad contratada no es ajena al objeto social de la accionada ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S., incluso expresamente se registró en el objeto social que la sociedad realiza actividades de *"montajes eléctricos*", sin que en manera alguna se refiera que solo se dedique a contratar tales servicios, como lo aduce el recurrente, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

4.9 LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

Finalmente se recurre la decisión de primera instancia por la llamada en garantía SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., refirió que se acreditó el pago de la prima de servicios, por ende, no acaeció el sinestro que se aseguró. Aunado a ello, la póliza

no asegura a trabajadores de sociedades distintas de ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S.

Sobre el particular, se debe estar a lo resuelto en precedencia en lo atinente a la prima de servicios, en el sentido que se adeuda la suma de $595.220. de otra parte, al revisar la respectiva póliza en la cláusula 5.4, se consagra:

> *"5.4 AMPARO DE PAGODE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES.- Por medio de este Amparo el TOMADOR-ASEGURADO se protege contra los perjuicios - según se describen en la definición de Amparo Básico, Sección Primera, numeral 1 de esta póliza - originados en el incumplimiento, por parte del Garantizado, de las obligaciones nombradas en los sentidos y alcances que les asigna la legislación laboral, relacionadas con el personal utilizado para el cumplimiento del contrato descrito en el respectivo Certificado de Aplicación, siempre y cuando se demuestre la solidaridad patronal. Lo anterior sin perjuicio de que las partes, en previsión de afectaciones evidentes o muy probables puedan promover formas de conciliación con los eventuales afectados".*

Así las cosas, el riesgo asegurado atinente al pago de prestaciones sociales, se encuentra causado, en tanto la asegurada debe solucionar el monto correspondiente a prima de servicios en virtud de la solidaridad patronal, por lo cual se confirmará la decisión de primer grado en este puntual aspecto.

Es así como la decisión de primera instancia habrá de modificarse. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a las demandadas INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S. y solidariamente a ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. a reconocer y pagar al señor ABRAHAM GERMAN MURILLO MARQUEZ la suma de $595.220 por concepto de Prima de Servicios del año 2020, sumas que deberá ser indexada al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a INDUSTRIA COMERCIALIZADORA DE REDES INTELIGENTES S.A.S. y solidariamente a ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. a pagar al Señor ABRAHAM GERMAN MURILLO MARQUEZ como indemnización plena de perjuicios por lucro cesante futuro la suma de $52.001.019, y por daños morales 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto en el sentido de AUTORIZAR a la demandada ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.S. a realizar cobro a la llamada en garantía SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A, por la cobertura de póliza 1000170309401, por las sumas objeto de condena del numeral PRIMERO de la sentencia, esto es primas de servicio por valor de $595.220.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

SALVO VOTO PARCIAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **31 2022 00310 01**
Demandante:	ANCIZAR PEREZ GOMEZ
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 19 de abril de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ANCIZAR PEREZ GOMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad del

traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR S.A. en febrero de 1997, por omisión en el deber de información, siendo notorio el vicio en el consentimiento.

Como consecuencia de la anterior declaración, pretende se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores obtenidos en virtud de su vinculación, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, así como cualquier concepto que hubiere recibido a razón de su afiliación, tales como cuotas de administración, entre otros. Asimismo, pretende se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, junto con los conceptos antes mencionados y actualice su historia laboral. Finalmente, solicita se condene a lo *ultra y extra petita* y a las costas y agencias en derecho, las que se deben tasar según el valor de los saldos de la cuenta de ahorro individual.

De manera subsidiaria, pretende que en caso de no prosperar la nulidad del traslado, se declare la ineficacia e inoperancia de su traslado de régimen pensional, por omisión del deber de información.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que nació el 13 de julio de 1964 y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 29 años, que estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida hasta marzo de 1997, cuando PORVENIR S.A. lo trasladó sin que mediara un consentimiento informado, dado que faltó a su derecho de ser asesorado o informado de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre los dos regímenes pensionales y cual le convenía más teniendo en cuenta entre otras cosas, su historia laboral, edad, y tiempo que llevaba laborando y cotizando.

Igualmente, expuso que el fondo tampoco le informó sobre el capital que necesitaba para tener derecho a la pensión y las demás características de ese régimen, y del derecho de retracto y sus efectos, y menos aún le realizó proyecciones de su pensión. Añadiendo que el 20 y 21 de abril de 2022, solicitó

a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. la nulidad del traslado del régimen pensional, solicitud que fue denegada por las encartadas. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. refirió en su contestación, que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, dado que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa y veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, siendo improcedente declarar un error de hecho, cuando lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, sin que se aporte prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo. Por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 2 a 37 archivo 12).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, bajo el entendido que no se probó causal alguna de que la afiliación a la Administradora Privada Porvenir es nula como lo manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático al RPM.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causa de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica. (f. 22 a 38 archivo 13).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de abril de 2023, resolvió:

> *"DECLARAR: la ineficacia del traslado de régimen que realizó Ancízar Pérez Gómez, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniéndolo como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado.*
>
> *CONDENAR: a la demandada sociedad administradora de fondos de pensión y cesantías PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, las comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima. Estas tres últimas cifras deberán ser trasladadas debidamente indexadas.*
>
> *CONDENAR: a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.*
>
> *CONDENAR: a la sociedad administradora de fondos de pensión y cesantías PORVENIR S.A. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente, sin costas a cargo de COLPENSIONES."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia refirió que en el presente asunto era pertinente la intervención del Ministerio Público, conforme lo señalado por la jurisprudencia del Alto Tribunal de cierre de esta especialidad. Además, trajo a colación los artículos 48, 53 y 93 de la Constitución Política, que hacen alusión al derecho a la seguridad social. A continuación, memoró que la Ley 100 de 1993 establece dos regímenes pensionales, como son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, régimen este último al cual se encuentra afiliado el actor desde el año 1997 a través de PORVENIR.

Añadió que el presente asunto sería abordado desde el régimen de las ineficacias por agresión al deber de información de acuerdo a los planteamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, además, adujo que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, consagra las características del sistema integral de seguridad social, el cual, en su literal b), establece que la selección de cualquiera de los dos regímenes antes descritos es voluntaria y debe constar por escrito, así mismo que el quebrantamiento a tal disposición

conlleva a las sanciones del artículo 271 *ejusdem*. Además, mencionó los artículos 11 del Decreto 692 de 1994 y 12 del Decreto 720 de 1994, que imponen la obligación de asesoría de parte de los fondos de pensiones.

De esa forma, al verificar los hechos de la demanda que contienen negaciones indefinidas y al examinar los diferentes medios de prueba allegados al informativo, concluyó que el fondo privado no acreditó el deber de información, el cual no se corrobora con la suscripción del formulario de afiliación y menos aún se obtuvo confesión alguna del interrogatorio de parte del actor. Declarando la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los emolumentos que conlleva tal decisión y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada que al actor no le asiste el derecho a reintegrarse a esa entidad de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, dado que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen, además del interrogatorio que rindió no se evidencian vicios del consentimiento, al contrario se acreditó el deber de información según lo reglado para el momento del traslado, reiterando su intención de permanecer en el RAIS por el tiempo en ha estado afiliado a ese régimen.

PORVENIR S.A. en su impugnación sostuvo que para la fecha en la que se dio el traslado de régimen, no le era exigible al fondo privado documento diferente al formulario de afiliación, además, el actor para ese momento contaba como su consumidor financiero con deberes como actuar con mediada diligencia frente al acto jurídico que estaba suscribiendo.

De otro lado, señaló que en caso de confirmarse la sentencia de instancia frente a la ineficacia del traslado, solicita se revoque la condena por gastos de administración y seguros previsionales, dado que esas sumas no están llamadas a financiar la pensión, pues tienen una destinación diferente, que por mandato legal ha sido plenamente cumplida por el fondo y como consecuencia de ello, se ha obtenido una rentabilidad frente a las sumas aportadas por el

gestor y ha estado amparado frente a las contingencias de invalidez y muerte, cumpliendo así las finalidades de tales descuentos, además refirió que se deben tener en cuenta las restituciones mutuas, dado que al ordenar la indexación de tales conceptos de estaría generando una doble condena, pues tal fin se cubre con los rendimientos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo

estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad*

de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que*

pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 1º de abril de 1997, vinculación que se hizo efectiva el 1º de abril de 1997, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (f. 38 y 79 archivo 12). Formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el demandante señor ANCIZAR PEREZ GOMEZ en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que estando al servicio de una empresa petrolera arribaron asesores de PORVENIR, quienes les hablaron de semanas de cotización inferiores, que los aportes que les descontaban iban a una cuenta individual y que se podían pensionar de manera anticipada, lo que

se facilitaba por los salarios que devengaban, motivos por los cuales se trasladó a ese fondo.

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

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

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

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

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

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

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

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

los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

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

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

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

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

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a

cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada. Corolario de lo anterior, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia objeto de censura.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de abril de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **32 2022 00070 01**
Demandante:	MARÍA DEL PILAR PIRELA CABRERA
Demandados:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

El abogado de COLPENSIONES doctor MIGUEL ÁLGEL RAMÍREZ GAITÁN, apoderado principal de la entidad y Representante Legal de la firma WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S. como da cuenta la correspondiente escritura pública y certificado de representación legal, solicitó la renuncia al poder conferido por la entidad encartada.

En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 C.G.P., se ACEPTA la renuncia al poder conferido, como quiera que sea portó la comunicación que le fuese remitida a la entidad sobre dicha renuncia el día 16 de mayo de mayo del año en curso.

Igualmente, si bien se aprecia que en primera instancia le fue reconocida personería a la abogada LAURA NATALIA GUERRERO VINCHIRA en calidad de apoderada sustituta de la entidad, lo cierto es que dicho poder lo fue a través de la firma WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S., allegándose nuevamente un poder para actuar como profesional del derecho en sustitución, pero a través de la firma VENCE SALAMANCA LAWIERS GROUP S.A.S., lo que conlleva a que se **RECONOZCA** nuevamente personería a dicha abogada, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 1.014.208.534 y T.P. 305.872 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

De otro lado, se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.070.018.966 y T.P. 373.906 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 17 de abril del 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA DEL PILAR PIRELA CABRERA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. el 9 de junio de 1994, y las posteriores afiliaciones a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 28 de enero de 1998 y COLFONDOS S.A. el 24 de junio de 1998.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos, y se ordene a COLPENSIONES la reciba como afiliado sin solución de continuidad en el régimen que administra, y se condene a lo *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 22 de diciembre de 1969 y laboró al servicio del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida desde el 19 de agosto de 1993 hasta el 31 de marzo de 1994, siendo trasladada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de COLFONDOS S.A. mediante formulario diligenciado el 9 de junio de 1994.

Seguidamente, expuso que COLFONDOS S.A. no le suministró una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna, que le permitiera comprender las características, condiciones, variables y riesgos del régimen de ahorro individual con solidaridad y establecer un comparativo con las condiciones del régimen de prima media con prestación definida al cual se encontraba afiliada, y del derecho de retracto. Enfatizando que dicha situación persistió en los traslados horizontales que llevó a cabo con COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 28 de enero de 1998 y COLFONDOS S.A. el 24 de junio de 1998.

Añadió que COLFONDOS S.A. no le informó sobre la prohibición de traslado de régimen antes de que cumpliera 47 años, y que no se encuentra pensionada por vejez o invalidez. Además, indicó que el 29 de diciembre de 2021 solicitó a COLPENSIONES la afiliara a ese régimen, solicitud que fue negada. (f. 4 a 18 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS se opuso a las pretensiones de la demanda, sosteniendo que la afiliación de la actora a ese fondo se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección, luego de que los asesores de ese fondo le brindaran una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características de ese régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes

en el fondo, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno y otro régimen pensional.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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. (f. 4 a 27 archivo 04).

PORVENIR S.A. al contestar, se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional de la demandante al régimen que administra fue completamente válido, dado que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, por lo que es improcedente declarar un error de hecho, pues se está en presencia de un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en tanto, no se aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a la nulidad del traslado, por lo que no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (folios 2 a 21 archivo 05).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, pues si bien, desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos cierto que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información que se le brindó por parte de los asesores del fondo privado que efectuó el traslado, aunado a que de los fundamentos fácticos y jurídicos y de la documental allegada

dentro del acervo probatorio, no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Propuso como excepciones de fondo las 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, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (f. 2 a 17 archivo 06).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de abril de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MARÍA DEL PILAR PIRELA CABRERA a través de COLFONDOS S.A., de fecha 09 de junio de 1994, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*
>
> *TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la*

DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por COLFONDOS S.A. con cargo a sus propios recursos.

QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MARÍA DEL PILAR PIRELA CABRERA como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) s.m.l.m.v. Sin costas respecto de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* trajo a colación el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 que menciona los dos regímenes que integran el sistema general de pensiones, esto es, el régimen de prima media con prestación definida al cual pertenecen el SEGURO SOCIAL y las CAJAS DE PREVISION SOCIAL, entre otros; y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Igualmente, señaló que el literal b) del artículo 13 *ejusdem*, establece que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria, precisando que quien desconozca este derecho se hace acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 del mismo compendio normativo. Además, expuso que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 2003, señala los tiempos mínimos de permanencia en cada régimen y la restricción de no poder trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, igualmente destacó que el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya hacía referencia a la información que se debe suministrar a los usuarios.

De otro lado, dijo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el deber de información respecto de los posibles afiliados está a cargo de los fondos privados, deber que existe desde la creación de los mismos, además en esas administradoras recae la carga de la prueba; de la misma forma sostuvo que la información debe contener los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, y tal consentimiento informado no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, además señaló que no es necesario que el afiliado demuestre estar en régimen de transición, estar próximo

a causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación así mismo que la declaratoria de la ineficacia no prescribe.

Añadió que en el trámite procesal se allegó certificación expedida por el HOSPITAL MILITAR CENTRAL en donde certifica que se la actora se encuentra laborando para esa entidad desde el 19 de agosto de 1993 y que en su momento se hacía cargo de la obligación pensional de sus trabajadores y por ende, no efectuó aportes a ninguna entidad o caja de previsión social, e igualmente encontró probado que la gestora se afilió a COLFONDOS el 9 de junio de 1994, que se trasladó a COLPATRIA y que nuevamente retornó a COLFONDOS.

Al referirse al interrogatorio de parte que depuso la promotora, estimó que no confesó que se le hubiese brindado información clara, suficiente y oportuna sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características y diferencias entre uno y otro, toda vez que nunca fue asesorada. De esa forma, y dado que la actora estaba vinculada al HOSPITAL CENTRAL MILITAR quien asumía las obligaciones pensionales de sus trabajadores, luego, era beneficiaria del régimen de prima media.

En esa medida, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante; a su vez ordenó a COLPENSIONES afiliar a la actora en esa administradora y a la demandada COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima, debidamente indexados y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto, sostuvo que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, estableció la prohibición de traslado de régimen pensional cuando se está a menos de diez años de la edad de pensión, en atención al principio de sostenibilidad financiera, salvo para quienes fueren beneficiarios del régimen de transición, lo cual no es el caso de la actora, de ahí, que su actuar está encaminada a salvaguardar dicho principio, así al estar incursa en dicha prohibición legal para trasladarse de régimen, no es posible el mismo.

Igualmente, puso de presente que la gestora antes de la afiliación a COLFONDOS no estaba afiliada a ninguna caja de previsión social o al ISS, dado que no obran aportes a ningún régimen; luego, la actora de acuerdo a la facultad de libertad de elección de régimen pensional decidió afiliarse al régimen de ahorro individual, sin que haya estado afiliada al régimen de prima media. Además, dijo ser un tercero de buena fe, por lo que no puede verse afectada por el actuar del fondo de pensiones.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida. Al respecto, sostuvo que el traslado de régimen horizontal a COLPATRIA en 1997 se dio con el lleno de los requisitos de ley establecidos para la época, habiéndose acreditado el cumplimiento del deber de información, por lo que no hay lugar a la declarar la ineficacia del traslado. Adicionalmente, adujo que no es dable devolver los gastos de administración y los seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, ya que no se encuentran en su poder y cumplieron su finalidad, según lo normado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debiendo darse cabida a las restituciones mutuas. Asimismo, dijo que no es procedente la condena por indexación, por cuanto se están devolviendo los rendimientos los que superan con creces la actualización monetaria.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Inicialmente, y de acuerdo a los argumentos esgrimidos por COLPENSIONES en su alzada, conviene memorar que la promotora de la litis informa que laboró para el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, el cual administraba el régimen de prima media con prestación definida desde el 19 de agosto de 1993 hasta el 31 de marzo de 1994, y que dicho empleador la trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. el 9 de junio de 1994, aportando como sustento de su dicho certificación emitida por la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa – Unidad de Talento Humano del citado hospital, en la que se indica que en el caso de la actora, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1993, esa entidad no realizó descuentos ni aportes a pensión, motivo por la cual emite el bono pensional o concurre con la cuota parte pensional según corresponda, directamente a la entidad que lo solicite y reconozca la prestación, por los tiempos laborados y no cotizados del 19 de agosto de 1993 al 31 de marzo de 1994, además, anexa certificado CETIL por dicho periodo. (f. 118 a 121 archivo 01).

En esa medida, huelga memorar que de acuerdo a lo normado en el artículo en el artículo 1º del Decreto 691 de 1994, los servidores públicos activos, con algunas excepciones estipuladas en dicho precepto legal, quedaron automáticamente incorporados al sistema general de pensiones el 1º de abril de 1994, lo que en el caso de la activa se colige con la mencionada certificación.

De otro lado, el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad al abordar el tema de la incorporación automática de los servidores públicos al régimen de prima media, expuso en sentencia SL2817-2019, Radicación No. 64876 de 26 de junio de 2019, lo siguiente:

> *"En relación con la elección del régimen de prima media con prestación definida por parte de los servidores públicos, el artículo 4° del citado Decreto 692 de 1994, estableció:*
>
> *[…]*
>
> *Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.*

Los servidores públicos que al 1° de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1° de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS. […]

De ahí, que resulta imperativo colegir que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes eligieran el régimen de prima media con prestación definida, bien fuera por liquidación o por la cesación de la obligación previsional de la caja o entidad pública que la tuviese a cargo, o porque se ingresara a laborar al servicio del Estado, quedarían «vinculados al Instituto de Seguros Sociales», como administradora principal de dicho régimen.

Realiza la Corte la anterior remembranza normativa, porque de ella se colige que, ante la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, debe entenderse que esta siempre estuvo sujeta al RPMPD, pues, como se indicó en precedencia, con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, todo el régimen previsional quedó derogado y/o incorporado al último, contexto en el cual, ante la cesación de la obligación pensional de la ex empleadora pública, en los términos del inciso 4° del artículo 4° del Decreto 692 de 1994, «quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales».”

En virtud de lo anterior, para la Sala es claro que la demandante al momento de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través COLFONDOS el 9 de junio de 1994, y contrario a lo argüido en el formulario de afiliación a ese fondo, el cual indica que se trata de una vinculación inicial (f. 30 archivo 01); ya se encontraba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, tan es así que el certificado SIAFP señala que la actora se trasladó de régimen, reseñándose a COLPENSIONES como administradora de origen. (28 archivo 01 y f. 23 archivo 05).

Precisado lo anterior, procede este Juez Colegiado a desatar el problema jurídico planteado, memorando que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal

efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

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

artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLFONDOS S.A. el 9 de junio de 1994, además se allegó el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 29 de octubre de 1997, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de julio de 1994, el 1º de marzo de 1998 y además se observa del reporte SIAFP un retorno nuevamente a COLFONDOS el 24 de junio de 1998, que se hizo efectivo el 1º de agosto del mismo año. (f. 28 y 30 archivo 04 y f. 30 archivo 05). Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la*

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

Por otra parte, la demandante señora MARÍA DEL PILAR PIRELA CABRERA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que en el año 1994 su empleador en atención a la nueva Ley que creó los fondos de pensiones, los obligó a trasladarse sin llevar a cabo una reunión en la que les explicaran el funcionamiento de los fondos, que eso fue en una feria que se llevó a cabo en el sótano del HOPISTAL MILITAR en donde estaban todos los fondos de pensiones, y que escogió a COLFONDOS porque fueron los primeros con los que conversó, pero no recuerda haber firmado un formulario de afiliación, ni recibir más información, además dijo no recordar haberse afiliado a COLPATRIA, pues entiende que siempre estuvo afiliada a COLFONDOS, precisando que antes de ese cambio de régimen no sabe en donde estaba afiliada, que su motivación para retornar al régimen de prima media es porque se siente engañada porque no recibió ninguna información sobre el particular.

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

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

detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

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

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto sobre el cual manifiesta su disenso PORVENIR S.A., debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, ha señalado al respecto:

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

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

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

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

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

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros*

y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, no se evidencia yerro alguno en la decisión del Juez de primer grado. Sin embargo, se adicionará en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a aportes para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, por el tiempo en que la gestora estuvo afiliada a COLPATRIA. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 17 de abril del 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condena, además, a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES lo

correspondiente a aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados por el tiempo en que la gestora estuvo afiliada a COLPATRIA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **32 2020 00003 01**
Demandante:	CARLOS ALONSO HUNTER CLAVIJO
Demandados:	COLPENSIONES y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS ALONSO HUNTER CLAVIJO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y SKANDIA S.A., a fin de declararse que tiene derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al cual se encuentra afiliado a través del fondo alternativo de pensiones de SKANDIA S.A., al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES; igualmente, solicita se declare que las demandadas están obligadas a tramitar y autorizar el traslado de régimen que solicitó a COLPENSIONES el 7 de junio de 2019, es decir, con antelación a que cumpliera 52

años y cumpliendo con la doble asesoría y que se encuentra afiliado válidamente a COLPENSIONES, a partir el 1º de agosto de 2019.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se ordene a SKANDIA S.A. autorice el traslado que elevó el 7 de junio de 2019 hacia COLPENSIONES, y revoque la respuesta No. 20190608COLPWS de 11 de julio de 2019, que brindo el fondo privado el 16 de agosto de 2019 y se ordene a COLPENSIONES acepte el traslado de régimen a partir del 1º de agosto de 2019. Asimismo, se condene a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes y rendimientos, junto con las semanas cotizadas y la información pertinente. Finalmente, pretende se condene a lo *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de julio de 1967 y se afilió a pensiones obligatorias a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 3 de octubre de 1985, en donde alcanzó un total de 526,29 semanas, según historia laboral expedida el 5 de agosto de 2019 por COLPENSIONES. A su vez, expuso que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. en mayo de 1996, posteriormente se afilió a COLFONDOS S.A., en junio de 2000 y luego, se trasladó a SKANDIA S.A., realizando aportes a partir de septiembre de 2003.

Sobre su trasladó a SKANDIA, precisó que en inicio se afilió al Plan de Pensiones Obligatorias que administra ese fondo; sin embargo, el 1º de junio de 2010 y permaneciendo en SKANDIA, por recomendación de la administradora se afilió al Fondo Alternativo de Pensiones y al Plan de Pensiones de dicha administradora.

De otro lado, refirió que contando con 51 años, el 21 y 28 de mayo de 2019, con el fin de solicitar su traslado al régimen de prima media con prestación definida, dio inicio al proceso de doble asesoría, la cual recibió en esas calendas por parte de COLPENSIONES y SKANDIA, respectivamente, en la que se le indicó que su mesada en ese régimen sería superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual.

En esa medida, radica a través de la pagina *web* de COLPENSIONES, ya que se encuentra en Santiago de Chile, formulario de afiliación al RAIS el 7 de junio de 2019, data para la cual contaba con 51 años. No obstante, el 19 de agosto de 2019 SKANDIA S.A. rechazó el traslado arguyendo que COLPENSIONES no tiene fondo de pensiones alternativo; así las cosas, el 19 de agosto de 2019 solicitó al fondo público accediera al traslado que ya que no estaba prohibido por la ley, pedimento al cual no ha recibido respuesta, y por ende, continua afiliado al fondo alternativo en comento.

En otro giro, adujo que a la presentación de la demanda acredita 1295 semanas y que SKANDIA S.A. es la único administradora que cuenta con un fondo alternativo de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad aprobado por la Superintendencia Financiera, luego no existe posibilidad de trasladarse a otro plan alternativo de pensiones; entizando además, que no se encuentra pensionado, por lo que no tiene alguna restricción de traslado conforme lo normado en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, expuso que agotó la reclamación ante COLPENSIONES, entidad que el 21 de agosto de 2019 negó el traslado de régimen que presentó el 7 de junio de 2019. (f. 5 a 27 carpeta 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP SKANDIA. Agregando que según el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 1996 el gestor no se puede trasladar de régimen dado que le faltan menos de diez (10) años para cumplir la edad de pensión de vejez, ya que para el 7 de junio de 2019, contaba con 52 años.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema - Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido,

falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (f. 2 a 21 archivo 03).

SKANDIA S.A. dijo oponerse a las pretensiones de la demanda; aduciendo que la posibilidad de traslado del Fondo Alternativo de Pensiones solo puede efectuarse en los términos del artículo 10 del Decreto 876 de 1994, incorporado en el artículo 2.32.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010, que establece que los artículos 87 y 107 de la Ley 100 de 1993, señalan que los afiliados a los planes alternativos tendrán derecho a cambiarse a otro plan alternativo, cualquiera sea la entidad administradora o entidad aseguradora de vida que lo administre, sin exceder de una vez por semestre, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de 30 días calendario de anticipación, posición que ha sido ratificada en diferentes oportunidades por la Superintendencia Financiera, sin que le sea aplicable el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. De otra parte, se observa que no propuso excepciones. (archivos 06 y 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de noviembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> *SEGUNDO. - DECLARAR que el demandante CARLOS ALONSO HUNTER CLAVIJO tiene derecho al traslado del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, del Fondo Alternativo de Pensiones administrado por la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con fundamento en lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *TERCERO. - CONDENAR a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar el saldo total de la cuenta individual del demandante, incluido rendimientos financieros y bono pensional si a ello hubiere lugar, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.*
>
> *CUARTO. - ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a vincular al demandante CARLOS ALONSO HUNTER CLAVIJO como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a partir del 01 de julio del año 2019, acreditando en su Historia Laboral las*

semanas de cotización y el IBC reportado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

QUINTO. - CONDENAR en costas a las demandadas y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv a cargo de cada una de ellas.

SEXTO. - En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* refirió que el problema jurídico a resolver consistía en verificar si era procedente el traslado de régimen del fondo alternativo de SKANDIA hacia el régimen de prima media, y si el mismo se solicitó de manera oportuna y con el cumplimiento de los requisitos de ley.

Seguidamente, sostuvo que no era objeto de controversia que el actor nació el 7 de julio de 1967, y que cumplió 52 años el 7 de julio de 2019, además, que según el reporte SIAF, se había trasladado de SKANDIA y que se había llevado a cabo la doble asesoría de parte de las demandadas. Asimismo, refirió que se aportó formulario de afiliación a COLPENSIONES el 7 de junio de 2019, en el cual se advierte que el traslado que se esta llevando a cabo procede del Fondo de Pensiones Alternativo de SKANDIA y que según comunicación de 11 de julio de 2019, ese fondo indicó que la razón para negar el traslado aludía a que el fondo de destino no tenía un fondo alternativo y que además, posteriormente COLPENSIONES negó el traslado indicando que el gestor ya estaba inmerso en la prohibición de traslado.

En esa medida, trajo a colación los artículos 12, 13, 87 y 107 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 10 de la Decreto 876 de 1994, concluyendo que el demandante había radicado la solicitud de traslado de régimen manera oportuna, esto es un mes antes de cumplir la edad de 52 años el 7 de julio de 2019, es decir, el 7 de junio de 2019, había tramitado la doble asesoría y que su afiliación al régimen de ahorro individual lo fue en el año 1996, por lo que al 2019 había cumplido con el tiempo mínimo de permanencia en ese régimen.

En cuanto al traslado desde el fondo alternativo de SKANDIA hacia el régimen de prima media con prestación definida, dijo que el órgano de cierre de esta jurisdicción había establecido que no existían límites distintos a los establecidos

en la Ley 797 de 2003, por lo que la adhesión al plan alternativo de pensiones no implica que no se pueda trasladar entre regímenes, si se cumplen los presupuestos de ley. Así las cosas, ordenó el traslado de régimen del actor de SKANDIA hacia COLPENSIONES y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES apeló la decisión de primer grado. Al respecto, manifestó que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 regula el traslado entre regímenes cada cinco años, el cual se encuentra limitado hasta antes de estar a diez años de la edad de pensión, salvo para quienes tuvieran quince años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, evento en el cual es procedente retornar al régimen que administra, sin que el actor acredite tal presupuesto, ello en cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera.

Igualmente, adujo que si bien se elevó solicitud de traslado el 7 de junio de 2019, calenda para la cual el gestor contaba con 51 años, esa solicitud no fue aceptada por el fondo de pensiones al cual se encontraba afiliado, el cual valida los requisitos para el traslado; de esa forma, y dado que en la actualidad el gestor está inmerso en la prohibición de traslado, no es procedente el mismo, aunado que debe tenerse en cuenta el cálculo de rentabilidad, según la sentencia SU 062 de 2010. Por último, solicita se revoque la condena en costas dado que el traslado no fue aceptado por el fondo al cual se encuentra afiliado el actor, y esa demandada es un tercero de buena fe.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si es procedente el traslado

de régimen pensional que solicitó el demandante del Fondo Alternativo de Pensiones de SKANDIA hacia el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

c. Del traslado de régimen pensional:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, señala que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios, excluyentes, pero que coexisten, como son; el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De la misma forma, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, señala:

> *"Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;"*

En consonancia con lo anterior, y de acuerdo a los hechos y pretensiones elevados en el *petitum*, conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 87 ibidem, el cual establece:

> *"ARTÍCULO 87. PLANES ALTERNATIVOS DE CAPITALIZACIÓN Y DE PENSIONES. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán optar por planes alternativos de capitalización, que sean autorizados por la Superintendencia Bancaria. Los capitales resultantes del plan básico y de dichas alternativas de capitalización, podrán estar ligados a planes alternativos de pensiones que sean autorizados por la misma Superintendencia.*
>
> *El ejercicio de las opciones de que trata este artículo está sujeto a que los afiliados hayan cumplido metas mínimas de capitalización. Los planes aprobados deberán permitir la movilidad entre planes, administradoras y aseguradoras, y deben separar los patrimonios y cuentas correspondientes a capitalización y seguros, en la forma que disponga la Superintendencia Bancaria. El Gobierno Nacional señalará los casos en los cuales el ingreso a planes alternativos implica la renuncia del afiliado a garantías de rentabilidad mínima o de pensión mínima.*

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo no exime al afiliado ni al empleador, del pago de las cotizaciones previstas en la presente ley."

Entre tanto, el artículo 107 del mismo compendio normativo, señala sobre el cambio de plan de capitalización o de pensiones y de entidades administradoras, que todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora, y que los cambios autorizados en el inciso anterior no podrán exceder de una vez en el semestre respectivo, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de treinta (30) días calendario de anticipación.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3457-2021, Radicación No. 82854 de 11 de agosto de 2021, al abordar el estudio de un caso de similares contornos al sometido a consideración de esta Colegiatura, expuso lo siguiente:

"Entonces, el artículo 87 de la Ley 100 de 1993 faculta a los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad para optar por planes alternativos de pensión previamente autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia. Ello, siempre que se encuentren satisfechas las metas mínimas de capitalización que defina el reglamento. Dentro de las características más relevantes, se observa que dichos planes: i) deben permitir la movilidad entre planes, administradoras y aseguradoras; ii) conlleva la separación de patrimonios y la distinción entre cuentas para la capitalización y el aseguramiento de los diferentes riesgos; iii) implican la renuncia a las garantías de rentabilidad mínima o de pensión mínima, en los términos que disponga el Gobierno Nacional y; iv) no exime al empleador ni al afiliado del pago de las cotizaciones obligatorias.

"El artículo 97 ibídem precisa que tanto las cuentas individuales de ahorro pensional como las que surjan de esos planes alternos de pensiones, incluidos sus frutos, constituyen un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, independiente del patrimonio de la administradora de que se trate. El 99, por su parte, establece una obligación general de las administradoras y aseguradoras, «incluidas las de planes alternativos de pensiones», de constituir y mantener garantías para el manejo adecuado de las inversiones efectuadas con los recursos allí depositados.

"Lo anterior representa, a grandes rasgos, el marco legal del funcionamiento de los planes alternativos pensionales. Contrario a lo inferido por el juez plural, de allí no se advierte una restricción, prohibición u obstáculo para materializar la decisión del afiliado de abandonar dicho plan y el régimen de ahorro individual, para trasladarse al de prima media con prestación definida.

"[…]

"El anterior panorama no cambia de cara al artículo 107 de la Ley 100 de 1993, porque esta disposición solo restringe la posibilidad de traslado a aquel afiliado que «haya adquirido la calidad de pensionado», que no es el caso. Mucho menos, con la revisión de los artículos 2.32.1.1.1 a 2.32.1.1.8 del Decreto 2555 de 2010, porque en lo fundamental y dado su carácter reglamentario, estos preceptos tan solo apuntan al desarrollo de los parámetros legales descritos, sin alterar su sustancia. Por ende, estos referentes normativos lejos están de dar la razón a la sentencia gravada.

"El juez colegiado tampoco acertó al fundar su negativa al traslado en una ausencia de «reglamentación sobre las condiciones de retorno al plan básico del régimen de ahorro individual o al régimen de prima media». A esa inferencia se opone la regla general prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que señala las condiciones que deben cumplir los afiliados que aspiren a dicho traslado. También, la contemplada en el artículo 113, literal b), de la misma codificación, igualmente común a ambos regímenes y que regula con claridad que «si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización».

"Corolario de lo expuesto y contrario a lo concluido en la sentencia impugnada, aflora palmario que el demandante, afiliado al régimen de ahorro individual y que cumplió las condiciones previstas en el artículo 13, literal e), de la Ley 100 de 1993, se hallaba habilitado para trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, tal como lo solicitó, con independencia de su vinculación a un plan alternativo de pensiones." (Subrayado por la Sala.)

d. Del caso en concreto:

Al descender al *sub-examine,* se advierte que el actor estuvo afiliado y efectuó cotizaciones al régimen de prima media desde el 3 de octubre de 1985 al 31 de mayo de 1996, acreditando un total de 526.29; asimismo, que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 14 de mayo de 1996, y que posteriormente, efectuó diferentes traslados horizontales en ese mismo régimen, como da cuenta el reporte SIAPF, de dicho fondo privado a COLFONDOS S.A., luego a SKANDIA S.A. el 13 de junio de 2003 y de ahí, al fondo alternativo de pensiones de SKANDIA el 20 de abril de 2010, lo que se colige con los formularios de afiliación a esta última administradora. (f. 43 a 45 archivo 03 y f. 42 a 44 archivo 06).

Adicionalmente, se observa que el demandante nació el 7 de julio de 1967, conforme se colige de la copia de la cédula de ciudadanía, y que recibió la doble asesoría que establece el artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, de parte de las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A. el 21 y 28 de mayo de 2019, respectivamente. (f. 31 y 32 a 42 carpeta 01 archivo 11001310503220200000300_C001.PDF).

De la misma forma, el 7 de junio de 2019 el gestor solicitó a COLPENSIONES el traslado de SKANDIA Alternativo al régimen de prima media con prestación definida por medio de formulario de afiliación al sistema general de pensiones; calenda para la cual aún contaba con 51 años como viene de verse, en tanto, la edad de 52 años la alcanzaría solo hasta el 7 de julio de 2019, luego, a la fecha de radicación de la solicitud de traslado estaba a más de diez años para completar la edad mínima exigida para cumplir la edad de pensión, conforme lo reglado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Aunado a que dicha solicitud de traslado fue ratificada el 19 de agosto de 2019 ante COLPENSIONES, la cual la negó tal pedimento el día 21 del mismo mes y año, bajo el argumento de que ya estaba inmerso en la prohibición de traslado de régimen. (f. 67 a 68, 81 a 82 y 84 a 85 carpeta 01 archivo 11001310503220200000300_C001.PDF).

A su vez, se pudo corroborar según certificación expedida por SKANDIA el 16 de agosto de 2019, que ese fondo el 8 de junio de 2019 recibió solicitud de traslado de salida hacia COLPENSIONES, la cual fue rechazado por la *"causal el fondo destino no posee Fondos Alternativos."* (f. 80 carpeta 01 archivo 11001310503220200000300_C001.PDF).

Bajo ese escenario, al examinar las pruebas documentales y los interrogatorios recaudadas en trámite procesal, tal y como lo concluyó el Juez de primer grado, en el presente asunto es evidente que para la fecha en la que el promotor solicitó el traslado de régimen a las demandadas, del Fondo Alternativo de Pensiones de SKANDIA S.A. al régimen de prima media el 7 y 8 de junio de 2019, aún contaba con 51 años, es decir, no se encontraba dentro de la causal de prohibición de traslado establecida en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, asimismo, llevaba más de cinco (5) años en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adicionalmente, el hecho de que haya estado afiliado al pluricitado fondo alternativo de pensiones, en nada trunca su posibilidad de traslado, como lo sentó el órgano de cierre de esta especialidad según se dijo, siempre que se acrediten los exigencias que las normas en comento señalan para el efecto y sin que se exijan en casos como el aquí debatido, requisitos adicionales como lo aduce la apelante, esto es, que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición o que se tenga un cálculo de rentabilidad, entre otros; luego, los motivos aducidos por el fondo privado para negar el traslado no resultan de recibo para esta Colegiatura, en tanto, la ley es diáfana en establecer que solo existen dos regímenes pensionales.

En punto de lo anterior, resulta procedente la declaratoria del traslado de régimen con fundamento en lo dispuesto en lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, con el consecuente traslado del saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización, conforme lo reglado en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, de ahí, que no se estime vulnerado el principio de sostenibilidad financiera en tanto, se trata de un traslado de régimen amparado por la ley.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. Sobre el asunto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo*

inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Así las cosas, estima la Sala acertada la decisión del *a quo*. Corolario de lo anterior, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia objeto de censura. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 34 2019 00476 01**
Demandante: PARMENIO MORALES CANCELAO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.786.735 y T.P. 300.432 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor PARMENIO MORALES CANCELAO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que acredita el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez en aplicación

del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando un IBL del promedio de toda su vida laboral y una tasa de reemplazo del 80%.

En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez con el correspondiente pago del retroactivo pensional a partir del 10 de abril de 2017, más los intereses moratorios liquidados a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, ello en tanto nació el 10 de abril de 1955, por lo que a 1° de abril de 1994, contaba con más de 39 años de edad y con más de 1.047 semanas de cotización, motivo por el cual mediante Resolución No. SUB 57086 del 10 de mayo de 2017, accedió a la prestación económica en cuantía inicial de $ 1.022.275, tras establecer un promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 72.04%.

Que contra la Resolución No. SUB 57086 del 10 de mayo de 2017, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, solicitando se liquide la pensión con una tasa de reemplazo del 80%, frente a lo cual la accionada mediante la Resolución No. DIR 9410 del 29 de junio del 2017, desató el recurso de reposición confirmando en todas y cada una de las partes la Resolución No. SUB 57086 del 10 de mayo del 2017, y a la fecha de presentación de la demanda no había desatado la alzada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las prensiones formuladas en su contra, señalando que le resulta más favorable la liquidación realizada con los 10 últimos años que arroja una IBL de $1.419.038, en tanto con toda la vida laboral el IBL ascendería a $1.403.344; de otra parte, que al

aplicar la fórmula decreciente del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 al contar con 1.570 semanas, la tasa de remplazo corresponde al 72.04%.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los 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 o genérica.

En auto del 3 de junio de 2022, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá dispuso remitir el proceso al Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá en sentencia proferida el 15 de julio de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por COLPENSIONES, y en consecuencia la absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la parte actora.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* tras citar las normativas y jurisprudencia aplicables, refirió que una vez verificadas las operaciones aritméticas correspondientes, el IBL de toda la vida laboral correspondería a $1.176.627 y una tasa de reemplazo del 65,50%, para una mesada pensional por valor de $770.690, suma inferior a la ya reconocida por COLPENSIONES; aunado a ello que no es dable acceder a una tasa de reemplazo del 80%, en tanto el actor no es beneficiario del régimen de transición.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que no se tuvo en cuenta que de la historia laboral y los salarios con los cuales cotizó era dable aplicar el principio de favorabilidad; la liquidación de COLPENSIONES no tiene en cuenta que las semanas cotizadas ascienden a 1570,12 y por ende el porcentaje inicial sería del 80% y una primera mesada pensional de $1.596.179,50.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si al demandante le asiste derecho a la reliquidación de la mesada pensional.

c. Pensión de vejez:

De la revisión del plenario se advierte en primera medida que COLPENSIONES mediante la Resolución No. SUB 57086 del 17 de mayo de 2017, le reconoció al demandante la pensión de vejez, dando aplicación a las regulaciones de la ley 100 de 1993 modificada mediante la Ley 797 de 2003, estableciendo así que el IBL calculando la totalidad de semanas cotizada por el actor, ascendería a $1.417.428 y durante los últimos 10 años a $1.419.038, siendo así más favorable tal monto, determinado además una tasa de reemplazo del 72.04%, al ostentar 1.570 semanas.

Ahora bien, al no estar en discusión el régimen pensional, sino su liquidación, se debe señalar que el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, consagra:

> *"[…]*
>
> *"A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:*
>
> *"El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:*
>
> *r = 65.50 - 0.50 s, donde:*
>
> *r = porcentaje del ingreso de liquidación.*
>
> *s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *"A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> *"A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.*

Así las cosas, se tiene que el actor cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el año 2017, data para la cual se exigía un mínimo de 1.300 semanas y, por ende, por cada 50 semanas adicionales, el porcentaje de la tasa de reemplazo se incrementa en 1.5%, llegando a un tope máximo entre el 70.5% y el 80%, porcentaje este último que es el pretendido por activa.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3501-2022, Radicación No. 92207 del 17 de agosto de 2022, señaló sobre el particular:

> *"En efecto, la fórmula decreciente estableció que para determinar la tasa de reemplazo se resta a 65.50 los salarios mínimos contenidos en el IBL en cada caso, por tanto, si se vuelve a utilizar ésta para calcular el monto máximo de la pensión, se estaría tomando el nivel de ingresos de cotización para disminuir o castigar dos veces el monto de la pensión, lo cual no tiene justificación alguna, pues con la fórmula se pretende desincentivar el aumento injustificado del ingreso base de cotización, pero en manera alguna limitar el número de semanas necesario para alcanzar el monto máximo de la pensión establecido por la misma norma, salvo la del tope legal ahora vigente de 25 SMMLV.*
>
> *"No puede perderse de vista que, en un régimen de pensiones basado en cotizaciones contributivas, como lo es el establecido por la Ley 100 de 1993, la cotización se encuentra atada a la actividad laboral desarrollada por el afiliado, bien sea como trabajador dependiente o como independiente, así, aquella es consecuencia directa del trabajo humano que cuenta con una especial protección constitucional, en consecuencia, no existe razón lógica alguna, en criterio de la Corte, que permita la exclusión de las semanas posteriores a las primeras 500 adicionales a las mínimas, necesarias para alcanzar el monto máximo de la pensión, pues ello, sin duda, vulnera el derecho fundamental al trabajo.*
>
> *"Así las cosas, los afiliados que obtienen una tasa de reemplazo inicial inferior al 65% pueden incrementar el porcentaje con semanas adicionales a las mínimas requeridas, hasta llegar al monto máximo del 80% del ingreso base de liquidación, pues, de lo contrario, la norma no surtiría ningún efecto, ya que con sólo 500 semanas adicionales no se alcanza el monto del 80% del ingreso base de liquidación, que es el máximo que permite la norma.*
>
> *Por otro lado, nótese que el incremento de la tasa de reemplazo en un 1.5% del ingreso base de liquidación, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, corresponde a una forma de estimular el trabajo productivo, como valor fundante del Estado Social de Derecho, dado que el trabajo "es ciertamente un derecho humano (Artículo 25) pero también constituye, al mismo nivel del respeto o la dignidad humana, un principio o elemento fundamental del nuevo orden estatal. Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente de la construcción de la nueva legalidad" (CC C-542-1992).*
>
> *"[…]*

> *"En ese contexto, queda evidenciada la trasgresión impartida por el Tribunal al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, lo que le impidió comprender que el precepto contempla un monto máximo de la pensión de vejez del 80% del ingreso base de liquidación, sin consideración al número de semanas necesario para alcanzar ese tope, pues ello se obtiene de la fórmula general sobre la equivalencia de semanas de cotización a los puntos adicionales a los límites mínimos de la pensión.*

De igual manera, debe referirse que, de la historia laboral aportada al proceso, el accionante acredita un total de 1.570,14 semanas de cotización, por lo cual le resulta aplicable el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra:

> *"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
>
> *"Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.*

Por ende, se debe proceder a establecer cuál monto resulta superior y más favorable al accionante, esto es, el promedio de toda la vida laboral o de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, para lo cual se verifican las siguientes operaciones aritméticas:

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	*Nº. Días*	*IPC inicial*	*IPC final*	*Factor de indexación*	*Sueldo promedio mensual*	*Salario actualizado*	*Salario anual*
2005	*30*	*55,990*	*93,11*	*1,663*	*$ 381.500,00*	*$ 634.425,17*	*$ 634.425,17*
2006	*150*	*58,700*	*93,11*	*1,586*	*$ 402.800,00*	*$ 638.921,77*	*$ 3.194.608,86*
2007	*210*	*61,330*	*93,11*	*1,518*	*$ 430.285,71*	*$ 653.251,31*	*$ 4.572.759,17*
2008	*210*	*64,820*	*93,11*	*1,436*	*$ 558.214,29*	*$ 801.840,98*	*$ 5.612.886,84*
2009	*360*	*69,800*	*93,11*	*1,334*	*$ 597.933,33*	*$ 797.615,65*	*$ 9.571.387,85*
2010	*360*	*71,200*	*93,11*	*1,308*	*$ 1.777.833,33*	*$ 2.324.916,60*	*$ 27.898.999,16*
2011	*360*	*73,450*	*93,11*	*1,268*	*$ 1.900.916,67*	*$ 2.409.725,68*	*$ 28.916.708,10*

2012	*360*	*76,190*	*93,11*	*1,222*	*$ 1.434.666,67*	*$ 1.753.272,26*	*$ 21.039.267,10*
2013	*360*	*78,050*	*93,11*	*1,193*	*$ 1.210.000,00*	*$ 1.443.473,41*	*$ 17.321.680,97*
2014	*360*	*79,560*	*93,11*	*1,170*	*$ 1.260.000,00*	*$ 1.474.592,76*	*$ 17.695.113,12*
2015	*360*	*82,470*	*93,11*	*1,129*	*$ 1.255.000,00*	*$ 1.416.915,85*	*$ 17.002.990,18*
2016	*360*	*88,050*	*93,11*	*1,057*	*$ 927.182,08*	*$ 980.464,78*	*$ 11.765.577,35*
2017	*120*	*93,110*	*93,11*	*1,000*	*$ 1.260.000,00*	*$ 1.260.000,00*	*$ 5.040.000,00*
Total días	***3600***				***Total devengado actualizado a:***	***2017***	***$ 170.266.403,86***
Total semanas	***514,29***					***Ingreso Base Liquidación***	***$ 1.418.886,70***
Total Años	***10,00***						

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1972	*162*	*0,140*	*93,11*	*665,071*	*$ 930,00*	*$ 618.516,43*	*$ 3.339.988,71*
1973	*298*	*0,160*	*93,11*	*581,938*	*$ 1.074,97*	*$ 625.563,28*	*$ 6.213.928,63*
1974	*365*	*0,190*	*93,11*	*490,053*	*$ 1.692,41*	*$ 829.370,44*	*$ 10.090.673,74*
1975	*365*	*0,250*	*93,11*	*372,440*	*$ 2.192,46*	*$ 816.559,90*	*$ 9.934.812,17*
1976	*366*	*0,290*	*93,11*	*321,069*	*$ 3.157,38*	*$ 1.013.735,78*	*$ 12.367.576,55*
1977	*360*	*0,360*	*93,11*	*258,639*	*$ 3.617,58*	*$ 935.647,73*	*$ 11.227.772,81*
1978	*365*	*0,470*	*93,11*	*198,106*	*$ 6.316,83*	*$ 1.251.404,91*	*$ 15.225.426,44*
1979	*365*	*0,560*	*93,11*	*166,268*	*$ 6.494,22*	*$ 1.079.779,91*	*$ 13.137.322,20*
1980	*366*	*0,720*	*93,11*	*129,319*	*$ 8.480,49*	*$ 1.096.692,49*	*$ 13.379.648,36*
1981	*365*	*0,900*	*93,11*	*103,456*	*$ 11.648,71*	*$ 1.205.124,01*	*$ 14.662.342,07*
1982	*365*	*1,140*	*93,11*	*81,675*	*$ 11.850,00*	*$ 967.853,95*	*$ 11.775.556,36*
1983	*365*	*1,410*	*93,11*	*66,035*	*$ 25.530,00*	*$ 1.685.885,32*	*$ 20.511.604,72*
1984	*168*	*1,650*	*93,11*	*56,430*	*$ 22.423,04*	*$ 1.265.338,70*	*$ 7.085.896,72*
1985	*365*	*1,950*	*93,11*	*47,749*	*$ 27.509,92*	*$ 1.313.563,31*	*$ 15.981.686,89*
1986	*365*	*2,380*	*93,11*	*39,122*	*$ 38.830,77*	*$ 1.519.131,40*	*$ 18.482.765,34*
1987	*359*	*2,880*	*93,11*	*32,330*	*$ 56.470,28*	*$ 1.825.676,26*	*$ 21.847.259,27*
1988	*366*	*3,580*	*93,11*	*26,008*	*$ 89.809,28*	*$ 2.335.793,84*	*$ 28.496.684,82*
1989	*365*	*4,580*	*93,11*	*20,330*	*$ 115.664,01*	*$ 2.351.414,04*	*$ 28.608.870,85*
1990	*365*	*5,780*	*93,11*	*16,109*	*$ 123.819,92*	*$ 1.994.614,58*	*$ 24.267.810,76*
1991	*365*	*7,650*	*93,11*	*12,171*	*$ 195.153,25*	*$ 2.375.257,39*	*$ 28.898.964,93*
1992	*366*	*9,700*	*93,11*	*9,599*	*$ 215.557,00*	*$ 2.069.124,98*	*$ 25.243.324,71*
1993	*140*	*12,140*	*93,11*	*7,670*	*$ 181.050,00*	*$ 1.388.596,83*	*$ 6.480.118,53*
2005	*90*	*55,990*	*93,11*	*1,663*	*$ 381.666,67*	*$ 634.702,33*	*$ 1.904.106,98*
2006	*150*	*58,700*	*93,11*	*1,586*	*$ 402.800,00*	*$ 638.921,77*	*$ 3.194.608,86*
2007	*210*	*61,330*	*93,11*	*1,518*	*$ 430.285,71*	*$ 653.251,31*	*$ 4.572.759,17*

2008	*210*	*64,820*	*93,11*	*1,436*	*$ 558.214,29*	*$ 801.840,98*	*$ 5.612.886,84*
2009	*360*	*69,800*	*93,11*	*1,334*	*$ 597.933,33*	*$ 797.615,65*	*$ 9.571.387,85*
2010	*360*	*71,200*	*93,11*	*1,308*	*$ 1.777.833,33*	*$ 2.324.916,60*	*$ 27.898.999,16*
2011	*360*	*73,450*	*93,11*	*1,268*	*$ 1.900.916,67*	*$ 2.409.725,68*	*$ 28.916.708,10*
2012	*360*	*76,190*	*93,11*	*1,222*	*$ 1.434.666,67*	*$ 1.753.272,26*	*$ 21.039.267,10*
2013	*360*	*78,050*	*93,11*	*1,193*	*$ 1.210.000,00*	*$ 1.443.473,41*	*$ 17.321.680,97*
2014	*360*	*79,560*	*93,11*	*1,170*	*$ 1.260.000,00*	*$ 1.474.592,76*	*$ 17.695.113,12*
2015	*360*	*82,470*	*93,11*	*1,129*	*$ 1.255.000,00*	*$ 1.416.915,85*	*$ 17.002.990,18*
2016	*360*	*88,050*	*93,11*	*1,057*	*$ 927.182,08*	*$ 980.464,78*	*$ 11.765.577,35*
2017	*120*	*93,110*	*93,11*	*1,000*	*$ 1.260.000,00*	*$ 1.260.000,00*	*$ 5.040.000,00*
Total días	***10991***	***Total devengado actualizado a:***				***2017***	***$ 518.796.121,26***
Total semanas	***1570,14***	***Ingreso Base Liquidación***					***$ 1.416.057,10***
Total Años	***28,92***						

Así las cosas, el IBL de los últimos 10 años asciende a $1.418.886,70 y de toda la vida laboral a $1.416.057,10; por ende, le resulta más favorable el cálculo del IBL teniendo en cuenta los últimos 10 años, monto que además resulta inferior incluso al que tuvo en cuenta COLPENSIONES en la Resolución SUB 57086 el 10 de mayo de 2017, en la cual se adoptó un IBL de $1.419.038.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que para el año 2017, el IBL acogido por COLPENSIONES correspondía a $1.419.038, el salario mínimo legal mensual vigente se encontraba establecido en $737.717, y el actor cotizó un total de 1570,14 semanas, esto es, 270,14 semanas adicionales a las 1300 exigidas, por lo cual por cada 50 semanas se incrementa la tasa de reemplazo en un 1.5% de la siguiente manera:

Número de semanas	Incremento	Tasa de reemplazo
1300		65%
1350	1.5%	66.5%
1400	1.5%	68%
1450	1.5%	69.5%
1500	1.5%	71%
1550	1.5%	72.5%

r = 65.50 - 0.50 = 65%

Calculo Tasa de Reemplazo 2017				
IBL / SMMLV	*$ 1.416.057,1*	*$ 737.717,0*	*1,9195*	
No. SMMLV*0,5	*1,9195 * 0,5*		*0,959756319*	
65,50% *-0,9598*			***64,5402***	
Semanas adicionales a 1300-1550		*250*		
300 / 50 * 1,5		*7,5*		
64,5402%	*+*	*7,50%*	***T. R.***	***72,04%***

Así las cosas, la tasa de reemplazo corresponde a 72,04%, la cual coincide con la acogida por COLPENSIONES en la Resolución SUB 57086 el 10 de mayo de 2017.

De tal manera, que la tasa de reemplazo corresponde al 72,04% y no al 80% como lo deprecaba la parte demandante, y por ende no se acreditó en manera alguna que la accionada haya liquidado en monto inferior al que legalmente tiene derecho el accionante.

Como corolario de lo anterior, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante, al no haber gozado con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 15 de julio de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **35 2021 00437 02**
Demandante:	MARTHA CECILIA GOMEZ SERNA
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de SKANDIA S.A. al abogado DANIEL FRANCISCO GÓMEZ CORTÉS, identificado con cédula de ciudadanía 1.019.133.337 y T.P. 389.914 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Asimismo, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MÓNICA DEL CARMEN RAMOS SERRANO, identificada con cédula de ciudadanía 22.519.154 y T.P. 153.986 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A., en contra de la sentencia proferida el 17 de marzo del 2023 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA CECILIA GOMEZ SERNA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse que no fue asesorada e informada sobre las implicaciones y consecuencias del traslado al régimen por parte del fondo privado accionado en agosto de 1999; no se le suministró información verdadera, eficaz y completa y fue engañada por esa demandada al prometer mejores beneficios económicos, lo que afecta su vida digna y su mínimo vital al momento de pensionarse. En consecuencia, solicita se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a través de PROTECCIÓN S.A., se declare que ese fondo debe trasladar a COLPENSIONES, todas las sumas que hubiere obtenido por su afiliación a esa administradora, y se reconozca la pensión de vejez.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES el monto total de su cuenta de ahorro individual, junto con todos los valores e intereses que hubiese obtenido con motivo de la afiliación, los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, se ordene a COLPENSIONES acepte su traslado y reciba tales valores; de igual forma, pretende se condene a que COLPENSIONES a que le reconozca la pensión de vejez a partir del 11 de septiembre del 2019, junto con el correspondiente retroactivo, los intereses moratorios o la indexación, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de septiembre de 1962, y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES el 29 de agosto de 1985, trasladándose del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 1º de agosto de 1999, debido a las promesas y expectativas pensionales que le enunció la AFP referente a mejores beneficios

económicos para su pensión que los que obtendría en el I.S.S., lo que la indujo al error de efectivizar el traslado de régimen.

Manifestó no habérsele brindado información verdadera, eficaz y completa alusiva a las características del régimen de ahorro individual, tales como el capital necesario para pensionarse, lo referente a la garantía de pensión mínima y beneficios o detrimentos de vincularse, al contrario, se le dijo que se podía pensionar anticipadamente, así como obtener una mejor mesada pensional.

Seguidamente, refirió que posteriormente PROTECCIÓN S.A. le realizó una proyección pensional, por medio de la cual le notificaron que su mesada sería menor al salario devengado, circunstancia en la que considera fue engañada, ya que, de acuerdo con la comunicación suministrada a ella, su mesada no le resultaría más beneficiosa comparada con la que hubiera podido adquirir en COLPENSIONES. De ahí, que la información del fondo al momento de efectuar la afiliación fue falsa, lo que configura un vicio del consentimiento y la nulidad del traslado de régimen y consecuentemente, siendo únicamente válida la afiliación realizada al ISS hoy COLPENSIONES.

Por último, sostuvo que mediante petición radicada el 24 de julio del 2019, solicitó a COLPENSIONES su traslado de régimen pensional, petición que fue denegada por la entidad. (Folios 1 a 16 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contesto la demanda oponiéndose a las pretensiones del *petitum*, argumentando que ha actuado conforme a la ley y siguiendo la voluntad de la demandante de afiliarse a la entidad de manera libre y exenta de cualquier vicio del consentimiento. Adicionalmente, reitera que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños,

desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como excepción previa la de falta de integración de litisconsorcio necesario por pasiva, la cual fue declarada improcedente en audiencia de 17 de marzo de 2023, en tanto, previamente se había integrado al contradictorio a SKANDIA S.A.

Como excepciones de méritos las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica. (Folios 1 a 24 archivo 06).

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, refiriendo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como tampoco se evidencia inconformidad alguna por parte de la demandante; al contrario, de las documentales obrantes en el plenario, se advierte que se encuentran sujetas a derecho, sin que de las mismas se desprenda constreñimiento alguno. De otro lado, adujo que la gestora no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y está inmersa en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Formuló como excepciones 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no

configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica. (Folios 1 a 40 archivo 10).

Mediante proveído del 9 de marzo del 2022, se tuvo por contestada la demanda a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y se dispuso, vincular al proceso a SKANDIA S.A., como litisconsorte necesario, toda vez que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo. (archivo 12).

Una vez vinculada al proceso, SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, arguyendo que la accionante no allega prueba sumaria de las razones de hecho en las que sustenta la nulidad del traslado al RAIS. Por otro lado, considera que se evidencia la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS en virtud de su vinculación inicial y sus posteriores traslados horizontales.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (Folios 1 a 18 archivo 14).

SKANDIA S.A., llamo en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., el cual fue negado por el Juzgado de origen en auto de 29 de junio de 2022, decisión que fue confirmada por esta Corporación. (Folios 61 a 71 archivo 14 y archivo 15 y carpeta 02Segunda Instancia).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por MARTHA CECILIA GÓMEZ SERNA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP COLMENA (HOY PROTECCIÓN), y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN Y SKANDIA a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la*

pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que la demandante permaneció afiliada en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a MARTHA CECILIA GÓMEZ SERNA al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES y SKANDIA.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta."

Para arribar a dicha conclusión, la *a quo* afirmó que por vía de interpretación dogmática positiva, no existía norma que apoyara los pedimentos de la demandante, por ello, era necesario la aplicación de la doctrina probable de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acotando que en el presente asunto, es posible aplicar el precedente jurisprudencia vertical.

Así las cosas, sostuvo que la Alta Corporación ha sentado una línea referente al traslado de régimen efectuado por el trabajador, de la cual se ha declarado la inversión de la carga probatoria a cargo de la AFP cuando el trabajador afirma no haber recibido información referente a las implicaciones del cambio de régimen, sosteniendo que la leyenda impresa en los formulario de afiliación solo acredita no haber existido vicio en el consentimiento al momento de la suscripción, mas no que se haya suscrito bajo un consentimiento informado.

Siendo obligación de la AFP, brindar información veraz y suficiente sobre las consecuencias del traslado de régimen, circunstancia que no fue acreditada en el presente caso; de igual manera, arguyó que los traslados horizontales realizados por la actora no constatan el cumplimiento de la obligación que le asiste a los fondos privados, por consiguiente, no se configuró ningún acto de relacionamiento.

En consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., teniendo esta, el deber de retornar todos los aportes, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, resultando procedente también, la devolución por parte de SKANDIA S.A. de los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, aclarando que una vez se realice el traslado de todos los saldos adeudados a COLPENSIONES, la demandante deberá solicitar el estudio de su pensión de vejez.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada SKANDIA S.A. la apeló. Al respecto, manifestó que se debe tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo, y lugar en las que se produjo el traslado de régimen pensional por parte de la actora en 1999, ya que conforme al acervo probatorio, se logró desvirtuar la ineficacia decretada. En el mismo sentido, solicitó se revocara el numeral segundo de la sentencia proferida por la juzgadora de primera instancia, para lo cual arguyó que los gastos de administración se encuentran regulados en ambos regímenes pensionales y que los mismos no están destinados para financiar la pensión de la demandante.

Adicionalmente, refirió que retrotraer las cosas a su estado original, solo generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES debido a que los rendimientos generados por la cuenta de la promotora no se hubieran generado en el régimen público y por ende no era dable su retorno. De igual forma, refirió que el 3% destinado a gastos de administración también cubrió el porcentaje de los seguros previsionales contratados por la entidad para asegurar a la señora MARTHA CECILIA GOMEZ SERNA.

COLPENSIONES a su vez, apeló la sentencia objeto de revisión, manifestado su inconformidad en la declaratoria de la ineficacia de traslado, alegando que del interrogatorio de parte practicado a la accionante, se evidenció motivaciones económicas. En contraste, expuso que el formulario de afiliación era el único medio probatorio de la época para determinar el cumplimiento al deber de información conforme a los Decretos 663 de 1993 y 1642 de 1995.

Por otro lado, considera se está descapitalizando el sistema pensional, toda vez que no existe un cálculo actuarial frente al valor o valores que los fondos deben retornar, por lo que solicita se realice el cálculo para soslayar la descapitalización alegada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información*

corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 17 de agosto de 1999, igualmente, se allegó el formulario mediante el cual se trasladó a SKANDIA S.A. el 18 de noviembre del 2013, así como formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. el 10 de septiembre del 2014; afiliaciones que se hicieron efectivas el 1º de octubre de 1999, el 1º de enero de 2014 y el 1° de noviembre del 2014, respectivamente, según el reporte SIAFP. (Folios 26 a 28 y 80 archivo 06 y folios 19 y 21 archivo 14).

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

Por otra parte, la demandante señora MARTHA CECILIA GOMEZ SERNA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que a mediados de 1999, la institución educativa en donde laboraba, realizó una reunión grupal entre los profesores del instituto y el personal encargado de recursos humanos junto con un asesor de la aseguradora COLMENA, quien les explicó la conveniencia de realizar el traslado, bajo los argumentos que el ISS iba a desaparecer, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, así como un sistema de ahorro pensional; afirmó, habérsele brindado una falsa motivación para trasladarse, en virtud a la obtención de mejores beneficios pensionales. Sobre su traslado a SKANDIA S.A. adujo que se dio en razón a que su madre tenía una cuenta de ahorro en la entidad, en donde una asesora le comentó que le era más beneficioso realizar su transferencia a dicha compañía.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia

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

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

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

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

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

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

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que*

en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla,

no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Verificado lo anterior, es evidente que no erró la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, y ordenar la devolución de los emolumentos que dispuso en la sentencia objeto de censura.

Sin embrago, habrá de adicionarse el numeral segundo de la sentencia de instancia en el sentido de condenar a SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas al momento de pago, al igual de los gastos de administración a prorrata del tiempo en que la demandante estuvo en esos fondos, así como en COLMENA e ING. Confirmar en lo demás la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de los recurrentes SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida 17 de marzo del 2023 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PROTECCIÓN y SKANDIA S.A. a devolver a

COLPENSIONES, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas al momento de pago, al igual de los gastos de administración, lo anterior, a prorrata del tiempo en que la demandante estuvo afiliada en esos fondos, así como en COLMENA e ING, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **36 2021 00090 01**
Demandante:	YIRAMA INES CASTAÑO GUIZA
Demandados:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 10 de abril de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora YIRAMA INES CASTAÑO GUIZA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de COLFONDOS S.A.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se ordene a COLFONDOS S.A. que traslade a COLPENSIONES sus aportes, y a esta última entidad que la

vincule como afiliada, se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 16 de julio de 1964, y que efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES desde el 11 de julio de 1986, donde alcanzó 507 semanas; trasladándose a CITI COLFONDOS hoy COLFONDOS S.A. el 1º de octubre de 1999.

De otro lado, expuso que recibió asesoría el 16 de octubre de 2019 en la que se le realizó proyección pensional por parte de COLFONDOS S.A., y además posteriormente, solicitó a COLFONDOS S.A. y a COLPENSIONES la nulidad del traslado a ese régimen y su retorno a COLPENSIONES, petición que fue denegada.

Seguidamente, sostuvo que COLFONDOS S.A. al momento de la afiliación no le suministró una información real de las consecuencias futuras del traslado, engañándola al indicarle una serie de ventajas que realmente no posee el régimen que administra, entre otras, que obtendría una mesada pensional que equivaldría al triple de la que podía percibir en el régimen de prima media con prestación definida, tampoco elaboró una proyección de su mesada hacia futuro, ni elaboró un parámetro comparativo de ambos regímenes, de modo tal, que le permitiera tomar una decisión consciente de las consecuencias futuras de esa decisión. (f. 6 a 13 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en el *petitum* arguyendo que si bien desconoce las circunstancias que rodearon la afiliación de la actora a COLFONDOS, no es menos cierto que esta decidió efectuar aportes a pensión con la información suministrada por el asesor de ese fondo privado, aceptando las características, beneficios y condiciones que ofrece el RAIS, lo que se colige con la suscripción del formulario de afiliación.

Además, no obra prueba que demuestre la presencia de algún vicio en el consentimiento que invalide la misma. Al contrario, se encuentra acreditado que la vinculación se efectuó de manera libre, consciente y voluntaria, sin que hiciera uso del derecho de retracto, aunado a que se encuentra inmersa en la prohibición legal del traslado establecida en la Ley 797 de 2003.

Formuló los medios exceptivos de mérito 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, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (f. 3 a 26 archivos 05).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones. Al respecto, señaló que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, siendo asesorada acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Como excepciones de fondo enlistó las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (f. 5 a 21 archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de abril de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora YIRAMA INÉS CASTAÑO GUIZA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 1o. de octubre de 1999, a través de COLFONDOS S.A.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.*
>
> *CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.*
>
> *QUINTO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A y COLPENSIONES Liquídense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.*
>
> *SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* precisó que el actor se afilió al RAIS a través de COLFONDOS el 1º de octubre de 1999. A continuación, señaló que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, establece el deber de información.

A su vez expuso que, según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio en casos similares se analizaron bajo la egida de la nulidad de traslado de régimen pensional, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 esa Corporación precisó que las consecuencias de un traslado desinformado, era la ineficacia del mismo.

Seguidamente, refirió que al tenor de lo consagrado en la sentencia SL1055-2022, fueron traídas a colación unas sub reglas bajo el parámetro de la debida información que deben suministrar las administradoras pensionales a sus potenciales afiliados como son: (i) el cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, (ii) la carga probatoria consistente en acreditar el cumplimiento del deber de información se encuentra en cabeza de la AFP, (iii) no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición para que proceda la ineficacia por el incumplimiento en el deber de información, (iv) no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, (v) el hecho tal de que un argumento del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no implica que no proceda la ineficacia, (vi) el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades sino desde la ineficacia, (vii) aunque el afiliado se traslade entre AFP tal situación no desdibuja el cumplimiento del deber de información.

En ese orden ideas, concluyó que COLFONDOS S.A. no demostró el cumplimiento del deber de información, pues la actora no confesó tal aspecto, declarando la ineficacia del traslado con la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que no es posible invertir la carga de la prueba, dado que la actora era consciente de lo que estaba firmando, aunado a que el actuar de la entidad está provisto de buena fe, y debe proceder conforme a la ley, poniendo se presente que la actora está inmersa en la prohibición de traslado de régimen establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

De otra parte, resaltó que la decisión objeto de censura afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, igualmente solicita la absolución de la condena en costas, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 12 de agosto de 1999, vinculación que se hizo efectiva el 1º de octubre de esa misma anualidad, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (f. 97 a 99 archivo 09). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, ello, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otra parte, la demandante señora YIRAMA INES CASTAÑO GUIZA en el interrogatorio de parte a ella practicado, sostuvo que estando al servicio de la REVISTA CROMOS se le indicó que operaba COLFONDOS, por lo que el asesor de ese fondo le manifestó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, y que la AFP sería la mejor opción, pues ganaría el triple de sus aportes, por lo que se trasladó de régimen; agregó que se le dijo que tendría una cuenta de ahorro individual y que podía hacer aportes voluntarios, y que solo hasta que el empleador después de la pandemia realizó un taller para pre pensionados, se dio cuenta de las diferencias de los regímenes pensionales,

dándose cuenta que su mesada en ese fondo sería inferior a la que recibiría en el régimen de prima media.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

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

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

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

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

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746

del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por la apelante.

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta la impugnantes respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*

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

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

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

Así las cosas, contrario a lo referido por COLPENSIONES en su alzada, no se evidencia yerro alguno en la decisión de la Juez de instancia, al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y las consecuencias de tal decisión. Corolario de lo expuesto, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de abril de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuesta en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **37 2019 00781 01**
Demandante:	FREDY BOHORQUEZ BORBÓN
Demandado:	EDGAR VARGAS ESTUPIÑAN
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FREDY BOHORQUEZ BORBON, promovió demanda ordinaria laboral en contra del señor EDGAR VARGAS ESTUPIÑAN, a fin que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido, vigente a partir del 1º de

mayo de 2009, el cual terminó por decisión del empleador de manera unilateral e injusta adoptada el 1º de noviembre de 2016.

En consecuencia, depreca que se condene a la accionada a reintegrarlo a un cargo con funciones que garanticen su buen desempeño dada su situación de salud, solucionando las acreencias laborales y de seguridad social dejadas de pagar con ocasión del despido, hasta el día en que sea efectivamente reinstalado; de igual manera, al pago de la sanción por la no consignación de la totalidad del auxilio de cesantía, la indemnización equivalente a 180 días de salario, 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de compensación por los daños y perjuicios morales y a la vida de relación, la indexación y los intereses moratorios, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó el actor que se vinculó laboralmente con *"Vargas Impresores - Edgar Vargas Estupiñan"*, a partir del 1º de mayo de 2009, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Impresión, pactando como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente; que a partir del mes de julio de 2009 padece de dolor lumbar irradiado a su pierna izquierda y hasta el pie, con adormecimiento y parestesias, por lo cual fue atendido en la EPS FAMISANAR, otorgándose diversas incapacidades, lo cual era de conocimiento de la accionada.

Que la patología se diagnosticó como Discopatía Degenerativa en los niveles L4-L5Y L5-S1 que se asocia a hernias discales y osteofitos foraminales y extraforaminales izquierdos, protuida la superior extrida la inferior que ejercen

compresión sobre las raíces de L4 y L5 respectivamente y abominamiento de L3; que se ordenó la realización de la intervención quirúrgica denominada Laminectomía con Artrosis de Columna, la que se llevó a cabo el 24 de febrero de 2014, sin que a la fecha haya podido recuperarse de manera íntegra.

Refiere, tras relatar el trámite que se llevó a cabo para el estudio del puesto de trabajo por la EPS, que la Compañía de Seguros MAPFRE S.A. emitió en primera oportunidad el dictamen de pérdida de la capacidad laboral el 15 de septiembre de 2014, determinando una PCL del 17.55%, el cual fue recurrido ante lo cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá profirió dictamen el 25 de febrero de 2015, mediante el cual se incrementó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral al 22.75%.

Relata que el empleador dejó de cumplir sus obligaciones patronales, y partir del 1º de noviembre de 2016, el demandado dejó de efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social y dejó de efectuar los pagos por concepto de prestaciones sociales, sin que le haya comunicado la decisión de terminación del contrato de trabajo; que el 17 de abril de 2018 solicitó el restablecimiento de sus derechos, frente a lo cual de manera extraña la accionada el día 7 de mayo de 2018 le refiere que el contrato de trabajo había fenecido el 3 de junio de 2014, por no haber justificado las ausencias al puesto de trabajo.

Finalmente, que interpuso acción de tutela, frente a lo cual el Juzgado Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá amparó el derecho fundamental de petición.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado dentro del término legalmente concedido contestó la demanda. Para tal efecto refirió que el contrato de trabajo se dio por finalizado el 3 de junio de 2014, en tanto las incapacidades médicas que presentó el demandante solo se extienden hasta el 5 de octubre de 2012, por lo cual de manera telefónica se comunicó la culminación del vínculo laboral. Así mismo, que se trató de un despido con justas causas, derivadas en la no justificación frente a las ausencias a prestar el servicio desde el año 2012 y por cuanto para esa fecha llevaba más de 180 días de incapacidad.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y carencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción y las demás que se prueben.

En auto del 9 de septiembre de 2021 el Juzgado dispuso, ante la no subsanación de la contestación de la demanda, el tener por ciertos los hechos 6.5, 6.8. 6.9, 6.12, 6.18, 6.19 a 6.20, 6.32, 6.33, 6.35, 6.36, 6.40 a 6.43, 6.45, 6.46, 6.53, 6.54, 6.57 a 6.59, 6.61 a 6.67 y 6.73 de la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de agosto de 2022, declaró ineficaz la terminación del contrato de trabajo efectuada el 1º de noviembre de 2016, por ser el demandante beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzado en los términos que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; condenó al accionado a reintegrar de manera definitiva al demandante al cargo ocupado, o a uno de mejor o igual categoría que se encuentre

acorde a las condiciones de salud, junto con el reconocimiento de los salarios dejados de percibir desde el 2 noviembre de 2016, más auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías así como aportes con destino al sistema de seguridad social, más la suma de $4.136.730 por concepto de indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Declaró no probadas las excepciones propuestas y probada parcialmente la excepción de prescripción.

Para tal efecto señaló inicialmente, que al plenario se aportaron los reportes de cotizaciones y la historia laboral, evidenciándose aportes tanto al Sistema general de Seguridad Social en Salud como en Pensiones hasta el mes de octubre de 2016, de igual manera la testigo LUZ MARY GÓMEZ, refirió que en efecto en el año 2014 se dio por terminado el contrato, no obstante la misma testigo dio cuenta que para la fecha de su retiro, esto es en el año 2015, la situación del actor seguía bajo las mismas condiciones, por ende concluyó que el extremo final no acaeció el 3 de junio de 2014, sino el 1º de noviembre de 2016.

De otra parte, refirió que de la historia clínica se acreditan padecimientos de salud del accionante, así como la existencia de recomendaciones laborales que implicaban restricciones para el desempeño normal de sus funciones, de otra parte, que el último el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez da cuenta de una PCL del 22.75%, aunado a ello que se verifica la existencia de incapacidades desde el año 2009 e incluso hasta el mes de noviembre del año 2016, limitación laboral que fue ratificada por la prueba testimonial. Así las cosas, estimó que acreditó el demandante ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada dada su condición de salud, la cual era de conocimiento del empleador.

En ese orden de ideas, acotó que el empleador no agotó el trámite respectivo ante el Ministerio de Trabajo a efectos de dar por terminado el contrato de trabajo, por lo cual resulta procedente el reintegro deprecado.

Refirió además en lo atinente a la indemnización moratoria que la misma no tenía vocación de procedencia en tanto el contrato de trabajo permanece vigente ante el reintegro; finalmente, que no se acreditaron los perjuicios perseguidos con la demanda, por lo que también absolvió de tal pedimento.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación. Para tal efecto, señaló que la carga dinámica de la prueba no puede aplicarse de manera indiscriminada, de tal manera que el trabajador debía acreditar el supuesto de hecho en que sustenta sus pretensiones. Refirió que el *a-quo* no tuvo en cuenta que los testigos aseveraron que el trabajador no presentó colaboración con el empleador frente a los días de inasistencia, por lo cual incurrió en abandono de labores.

El actor pese a lo constantes llamados de atención y requerimiento de presentarse a laborar, no concurrió a prestar el servicio por lo cual culminó el contrato de trabajo en junio de 2014, y si bien se continuó solucionando aportes a seguridad social, ello se debió a un favor que solicitó a efectos de acceder a una eventual pensión de invalidez.

De tal manera, que el trabajador si incurrió en justa causa; aunado a ello que no era necesario adelantar una diligencia de descargos previo al despido, más aún cuando en los diversos requerimientos y en la llamada telefónica, se le puso de presente la situación al trabajador, sin que además existe normativa interna que requiera adelantar tales diligencias disciplinarias o de descargos.

Finalmente, que el trabajador no comunicó de su situación de salud, por lo cual no se vulneraron sus derechos laborales.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del presente asunto y atendiendo el recurso de apelación, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos: (i) Auscultar si el contrato de trabajo culminó con justa causa el 3 de junio de 2014; y (ii) establecer si el actor ostentaba del beneficio de la estabilidad laboral reforzada.

4.3 Extremo final:

Aduce la parte demandante que el contrato de trabajo feneció por decisión unilateral e injusta del empleador el día 1º de noviembre de 2016; por su parte, el accionado refiere que el contrato de trabajo finalizó el 3 de junio de 2014, decisión que se adoptó por haber incurrido el trabajador en justas causas, lo cual le fue comunicado de manera telefónica.

Sobre el particular, debe referirse en primera medida que el *a-quo* en proveído del 9 de septiembre de 2021, dispuso, ante la no subsanación de la contestación de la demanda, imponer la sanción de que trata el numeral 3º del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S., el cual consagra:

> *"ARTICULO 31. FORMA Y REQUISITOS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA. La contestación de la demanda contendrá:*
>
> *"[…]*
>
> *"3. Un pronunciamiento expreso y concreto sobre cada uno de los hechos de la demanda, indicando los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se tendrá como probado el respectivo hecho o hechos.*

Así las cosas, dispuso tener por ciertos los hechos 6.5, 6.8. 6.9, 6.12, 6.18, 6.19 a 6.20, 6.32, 6.33, 6.35, 6.36, 6.40 a 6.43, 6.45, 6.46, 6.53, 6.54, 6.57 a 6.59, 6.61 a 6.67 y 6.73 de la demanda, entre ellos el atinente a que entre el 27 de marzo de 2016 y el 13 de julio de 2016, el empleador dejó de cumplir sus obligaciones atinentes al pago de aportes; que el 14 de agosto de 2014, el accionante fue citado por el empleador para adelantar, junto con la ARL, el análisis de su puesto de trabajo; de igual manera que mediante comunicación del 28 de junio de 2016, le

informó el empleador al demandante que a partir del 1º de junio de ese año, se encontraba nuevamente vinculado a la EPS, así como que no le refiere que no se ha presentado a laborar y que no se le hizo entrega de liquidación definitiva del contrato de trabajo en la referida fecha del 3 de junio de 2014.

Así las cosas, se presumen como ciertos hechos atinentes a conductas propias del empleador y posteriores al extremo final que alega del 3 de junio de 2014; aunado a ello, tal como lo refirió el *a-quo* al plenario se aportó el certificado de la EPS FAMISANAR, en la cual se hace constar que el accionante estuvo vinculado a dicha entidad entre el 9 de julio de 2016 y el 1º de noviembre de 2016, en calidad de trabajador del señor EDGAR VARGAS ESTUPIÑAN (Fls. 210 y 218 a 221 PDF 01 ESCRITO DEMANDA). Situación que también se predica de la afiliación a pensiones, mediante las respectivas planillas de pago (Fls. 333 a 380 PDF 01 ESCRITO DEMANDA).

Así las cosas, si bien la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha referido que la afiliación a la seguridad social no implica necesariamente la existencia de una relación laboral, entre otras, en la sentencia SL21668-2017, lo cierto es que en el presente asunto se presumió por cierto que el empleador solo desatendió sus obligaciones para el mes de junio de 2014, por lo cual la afiliación y pago de aportes es un elemento más de acreditación de la existencia del contrato de trabajo.

Si bien refiere el recurrente que tal afiliación operó únicamente para que el accionante no quedara desamparado y accediera a prestaciones del sistema de seguridad social, se tiene que ante la presunción de veracidad se determinó que el

empleador solo reanudó sus obligaciones patronales previas peticiones elevadas por el trabajador; de otra parte, se evidencia de la comunicación del 5 de octubre de 2016, que el accionado le pone de presente al actor:

> *"Cabe recordar que usted* ***no se ha hecho presente a la empresa a trabajar desde el día 27 de Noviembre de 2012****, tampoco ha traído ninguna valoración por parte de Medicina laboral ni trámite correspondiente ante su fondo de pensiones COLFONDOS".*

Sin que en la misma prueba documental, la cual se reitera, data del mes de octubre de 2016, se haga referencia a la terminación del contrato de trabajo para dicha data, y por el contrario le indaga por su inasistencia a prestar el servicio, y por no allegar soportes de valoraciones de medicina laboral o de trámite de pensión, conducta que en manera alguna se predica de una relación laboral finalizada desde el año 2014, como lo aduce el censor.

Ahora bien, aduce el recurrente que con la prueba testimonial se acreditó que el trabajador no se presentó a trabajar y por ende incurrió en abandono de labores, así mismo que para dar por terminado el contrato de trabajo el 3 de junio de 2014 no requería adelantar diligencia de descargos con el trabajador.

Sobre el particular, se debe señalar que por pasiva no se acreditó que en efecto el extremo final de la relación laboral sea el 3 de junio de 2014, y por el contrario, tal como lo refiere el *a-quo* el extremo final se estableció en el 1º de noviembre de 2016, el cual coincide con la desafiliación del sistema de seguridad social, fecha esta última para la cual no acreditó en manera alguna que haya endilgado justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo; de hecho, tampoco cumplió

con la carga probatoria de acreditar que en efecto el 3 de junio de 2014 haya dado por terminado el contrato de trabajo mediante llamada telefónica y mucho menos que haya endilgado las justas causas alegadas, carga que debía cumplir tal como lo expresamente lo consagra el parágrafo del artículo 62 del C.S.T., el cual consagra que:

> *"La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.*

Como corolario de lo anterior, concluye la Sala que, dados los elementos probatorios, así como por la sanción de veracidad de los hechos de la demanda, se concluye que el contrato de trabajo se mantuvo vigente hasta el 1º de noviembre de 2016, motivo por el cual no se revocará la decisión de primer grado.

4.4 De la estabilidad laboral dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997:

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

"[…] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

"La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

"Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

"En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

"[…] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer

formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

"Y añadió, que tales preceptos, además,

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

"Los cuales han tenido un desarrollo legal, debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano, entre los que se encuentran, con trascendencia para la definición de legalidad del fallo impugnado, los siguientes:

"[…] Ley 82 de 1988 "Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983"; […]; Ley 361 de 1997 "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones."; Ley 762 de 2002 "Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y

nueve (1999)"; […]; Ley 1287 de 2009 "Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997."; Ley 1346 de 2009 "por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006."; y la ley estatutaria 1618 de 2013 "por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad".

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

"De ahí que se haya señalado en el fallo CSJ SL3723-2020, que esta prerrogativa tiene por principal propósito «brindar protección contra la discriminación en el trabajo, esto es, de recibir un trato diferente o excluyente por un motivo ilegítimo (entendida esta como lo prevé el C111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R169 que es complementaria o reglamentaria del C159)», lo que, a su vez, se traduce en «la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

"[…] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

"En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es

merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo."

Adicionalmente, la Alta Corporación señaló en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022:

"[…] ***Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral***

"Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

"[…] adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, ***sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%*** *(CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).*

"En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, ***que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral****,* ***solo aquella relevante****; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

"Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

"En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

"En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una ***condición de discapacidad relevante****, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.*

Así las cosas, se debe señalar que el contrato de trabajo culminó el 1º de noviembre de 2016, fecha para la cual se encuentra plenamente acreditado que el actor ostentaba restricciones laborales relevantes que impedían la prestación normal del servicio, aportándose certificado de incapacidades por FAMISANAR EPS entre el 20 de diciembre de 2009 y el mes de noviembre de 2016 (Fls. 64 a 67 PDF 01 ESCRITO DEMANDA).

De igual milita copia del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 26 de febrero de 2015, la cual refiere un diagnóstico de *"otros trastornos*

especificados de los discos intervertebrales", con una pérdida de la capacidad laboral del 22,75%, así como se presentaron diversas recomendaciones de tipo laboral, lo cual acredita que en efecto el accionante ostentaba el beneficio de la estabilidad laboral reforzada, sin que por pasiva se haya desvirtuado que el despido acaeció con justa causa.

En ese orden de ideas, estima la Sala que para la fecha de terminación del contrato de trabajo el accionante ostentaba una pérdida de la capacidad laboral significativa, la cual era de conocimiento del empleador, en tanto en el interrogatorio de parte dio cuenta del estado de salud del actor y se evidencia al existencia de sendas peticiones del accionante a fin que reactivar el cumplimento de sus obligaciones patronales; por ende, al no haberse acreditado el haber solicitado el respecto permiso ante el Ministerio de Trabajo, ni haber endilgado justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo el 1º de noviembre de 2016, la Corporación confirmará en su integridad la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las agencias en derecho se estiman en la suma de $1.000.000.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las agencias en derecho se estiman en la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **39 2021 00280 01**
Demandante:	ALBERTO JOSE RIZZO GONZALEZ
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 21 de marzo del 2023 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALBERTO JOSE RIZZO GONZALEZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare que el fondo

privado omitió el deber de información al momento de realizar la afiliación y traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A. el 5 de julio de 1996, por lo que dicho traslado resulta ineficaz, además se declare que siempre ha estado afiliado en el régimen de prima media con prestación definida donde se encuentra válidamente afiliado y que PROTECCIÓN S.A, debe trasladar todos los emolumentos depositados en su cuenta de ahorro individual y que la omisión del fondo le ocasionó un detrimento económico.

En razón a las anteriores declaraciones, pretende se ordene a COLPENSIONES lo admita en el régimen que administra, y se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos que obren en su cuenta de ahorro individual, junto con los gastos de administración debidamente indexados, más lo *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de julio de 1965, y estuvo vinculado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde septiembre de 1988 hasta mayo de 2000. Asimismo, refirió que el 5 de julio de 1996 los asesores de PROTECCIÓN S.A. se presentaron en su lugar de trabajo ofreciendo el traslado de régimen pensional, por lo que en esa misma calenda suscribió el formulario de afiliación, vinculación que se hizo efectiva solo hasta el 1º de junio de 2000.

Seguidamente, señaló que al momento del traslado de régimen pensional el asesor no cumplió a cabalidad con su obligación de debida asesoría y entrega de información suficiente eficaz y oportuna que le permitiera escoger el régimen que más le conviniera para su futuro pensional, en tanto, no le informó las características y condiciones del régimen de ahorro individual y las del régimen de prima media, la forma en la que se obtienen las prestaciones económicas en uno y otro régimen, pues solo atinó a indicarle que en el RAIS tendría una cuenta individual en la cual tendría mayores intereses y que podría retirar una cantidad de dinero antes de pensionarse si así lo deseaba, además le habló de la posibilidad de obtener una mesada superior en ese fondo y que podía pensionarse a cualquier edad luego de cumplir los cincuenta (50) años, sin explicar las

condiciones para acceder a ese beneficio, además no le realizó una proyección pensional.

De otra parte, indicó que el 22 de octubre de 2020 solicitó a COLPENSIONES, lo aceptara como afiliado, pedimento que negó y que además solicitó a PROTECCIÓN le informara como acredita el deber de información, para lo cual le allegó el formulario de afiliación, con el cual dijo suplir tal deber y que, según proyección pensional, se evidencia que su mesada en el régimen de prima media sería superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en el *petitum*, argumentando que no obra prueba alguna en el plenario que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error al demandante, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco haya presentado inconformidad sobre su traslado de régimen, por el contrario, de las documentales que obran en el expediente se advierte que el traslado se encuentra sujeto a derecho y que se realizó de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presiones indebidas, igualmente adujo que el actora se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Formuló como medios exceptivos los que denominó como 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 administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (archivo 13).

PROTECCIÓN S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato,

por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (archivo 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el demandante ALBERTO JOSÉ RIZZO GONZÁLEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A. con efectividad a partir del 01 de septiembre de 1996, es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que el demandante jamás se separó el régimen de prima media.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, de haber redimido, más los gastos y comisiones de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, emolumentos que deben ser indexados desde los gastos de administración en adelante al momento de cumplirse esta decisión.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que se habla en el numeral anterior, y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.*

QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de perjuicios en contra de PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A. dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de esta sentencia, que ascienden a la suma de dos millones trecientos veinte mil pesos ($2.320.000).

SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por tener órdenes a cargo de COLPENSIONES."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la posibilidad de elección de uno de los dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos. Además, los artículos 271 y 272 *ejusdem*, consagran las sanciones y efectos al quebrantamiento a dicha elección.

De otro lado, señaló que lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, refiere que la decisión de elección de régimen debe ser libre y voluntaria, por lo que debe existir un consentimiento informado o una libertad informada, lo cual se da cuando se indican las características, beneficios, condiciones y diferencias de uno y otro régimen, y las consecuencias que implica el traslado, además los fondos deben tener en cuenta todos los aspectos que influyen en la adquisición del derecho pensional.

En lo que atañe a la carga de la prueba dijo que corresponde a las AFP demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados ya que son quienes tienen la información, además cuando se realiza una negación indefinida según el artículo 167 del C.G.P., se invierte la carga de la prueba. Concluyendo que, en el *sub-examine* no se probó el cumplimiento de dicho deber de información, lo cual no se prueba únicamente con el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., además del interrogatorio de parte del actor no se extrae confesión sobre el cumplimiento de ese deber, pues no se advierte que le hayan informado sobre las características de los regímenes pensionales.

Declarando así, la ineficacia del traslado de régimen del promotor y la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte de PROTECCIÓN S.A. de todas las sumas de dinero que reposen en la cuenta del promotor, incluyendo rendimientos y bonos pensionales de ser el caso, gastos de administración,

seguros previsionales y el porcentaje destinados al fondo de pensión de garantía mínima debidamente indexados. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PROTECCIÓN.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES S.A. la apeló. Al respecto, adujo que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse al régimen de prima media con prestación definida de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales, igualmente no se acreditó la existencia de algún engaño por parte del fondo privado que diera lugar a la ineficacia del traslado, dado que en las oportunidades legales nunca manifestó su intención de retractarse de su afiliación al régimen de ahorro individual.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 5 de julio de 1996 al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A., vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de septiembre de esa misma anualidad, como se observa de la certificación del SIAFP (f. 94 a 96 archivo 14). Formulario de afiliación que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por*

demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte del demandante ALBERTO JOSE RIZZO GONZALEZ, quien expuso que asesores de PROTECCIÓN S.A. se acercaron a su lugar de trabajo y le manifestaron que el ISS sería liquidado, por lo que ellos le podían ofrecer una cuenta individual que generaría unos intereses superiores a los que recibiría en el ISS., y que podía obtener una pensión anticipada antes de los cincuenta años de edad, sin que le explicaran como la alcanzaría, además le indicaron que en caso de fallecer, sus hijos obtendrían una pensión, agregando que el formulario de afiliación lo suscribió de forma voluntaria y que además se le dijo que podía acceder a la pensión, y a su vez recibiría unas sumas de dinero. Por último, adujo que desea retornar al régimen de prima media porque lo que le ofreció el fondo no es verdad.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como

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

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

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

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

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

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

aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

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

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

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

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

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la *a-quo*. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de marzo de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Proceso Sumario: 110012205000 **2023 00487 01**

Demandante: MARÍA GLORIA RAMOS OBANDO

Demandado: MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN, en contra de la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2022 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DEMANDA:

La señora MARÍA GLORIA RAMOS OBANDO promovió demanda en contra de MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN, a fin de que sea condenada al reconocimiento y pago por concepto de traslado aéreo y servicio de ambulancia medicalizada desde la Ciudad de Pasto hasta la Ciudad de Cali por valor de $12.800.000.

En respaldo de sus súplicas, indicó que para la ocurrencia de los hechos se encontraba afiliada a MEDIMAS EPS en el régimen contributivo, de allí que el 5 de diciembre de 2019 consultara en la Clínica los Andes al presentar amortiguamiento en brazo derecho y pierna, decaimiento y vómito, siendo valorada en servicio de urgencias donde se le ordenó manejo de líquidos endovenosos, metoclopramida, dipirona y ranitidina, entre otros, síntomas que

conllevaron a que nuevamente se presentara a la clínica el día 7 de diciembre de esa anualidad.

Que al continuar persistente su quebranto de salud, el 8 de diciembre de 2019 le fue ordenado un tac cerebral simple que reportó hemorragia cerebral de fosa posterior que se extiende hacia la médula, siendo trasladada a UCI, lo que conllevó a que le fuese ordenada una panangiografía la cual no fue autorizada por MEDIMAS EPS sino hasta luego de que se instaurara queja ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Expuso que en vista de lo anterior, el examen mostró un angioma cavernoso en el bulbo, por lo que nuevamente se le valoró con neurocirujano, quien ordenó remisión a nivel IV de complejidad como urgencia vital, de allí que se hubiese solicitado por el médico un avión ambulancia, soporte integral de UCI y ventilación mecánica dinámica, situación que fue negada por la EPS encartada.

Refirió que ante la negativa de la encartada, instauró acción constitucional de tutela que correspondió al Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto bajo la radicación 2019-00194, el cual decretó como medida provisional el traslado de ambulancia aérea medicalizada el 13 de diciembre de 2019, pero ante el continuo incumplimiento de la demandada se procedió a instaurar incidente de desacato respecto de la orden tutelar, que tampoco dio cabida al suministro de lo pertinente.

Que ante el incumplimiento, tuvo que cancelar de manera particular el traslado aéreo por un valor de $12.800.000, así como la ambulancia medicalizada por valor de $350.000, traslado que se llevó a cabo el 19 de diciembre de 2019.

1.2 TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD mediante auto del 17 de marzo de 2022 admitió la demanda en contra de MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN.

A razón de ello, MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda manifestando que la demandante señora MARÍA GLORIA RAMOS OBANDO se encuentra retirada ente sus dependencias, y con anterioridad se estaba activa desde el 1º de diciembre de 2020 en el régimen contributivo.

Que en atención de la auditoría llevada a cabo, no se evidenció en el sistema institucional registro de radicación de orden de servicio expedida por uno de los profesionales adscritos a la red, como tampoco se visualiza ningún soporte adjunto como historia clínica u orden médica, por lo que no resulta procedente autorizar los medicamentos, tratamientos, procedimientos, exámenes o insumos sin prescripción de un médico adscrito a la red.

Asimismo, expuso que fueron debidamente generadas y tramitadas las autorizaciones de las solicitudes radicadas por la usuaria.

No formuló medio exceptivo alguno.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD profirió sentencia el 1º de diciembre de 2022, mediante la cual accedió a las súplicas de la demandante, por lo que ordenó a MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN reconocer y pagar a favor de la actora la suma de $12.800.000 según lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, que consigna las reglas para el pago de obligaciones litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio.

Para arribar a dicha conclusión, el ente superintendencial refirió que en atención de los postulados legales, especialmente lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, los servicios de salud que les corresponde prestar a las entidades que administran el sistema de seguridad social en salud deben ser suministrados al afiliado y a su núcleo familiar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, para que de

esa forma se garantice la protección integral y demás principios y fundamentos que inspiran el sistema introducido en la mentada Ley 100, por lo que en el especialísimo caso de la demandante se evidencia una falta de oportunidad en la gestión de su traslado a una IPS dentro de la red prestadora de salud de IV nivel, a efectos de prestarle los servicios médicos necesarios.

Adicionalmente, destacó encontrarse debidamente demostrado dentro del plenario el pago incurrido por la accionante y que fue objeto de condena.

Finalmente, se expuso que atendiendo las competencias que le asiste a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD en los términos dispuestos en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, a este tipo de conflictos litigiosos corresponde darles el tratamiento establecido en el Decreto 2555 de 2010, en lo relativo a las obligaciones litigiosas, en aquellos casos donde la parte responsable del pago se encuentre inmersa en un trámite o proceso liquidatorio.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN la apeló. Insistió en su alzada una falta de solicitud formal de desembolso por parte de la demandante, incumpliéndose con ello lo señalado en la normatividad al tenor de la Resolución 5261 de 1994, así como que se ha dado cumplimiento en legar forma a todas las órdenes generadas por la accionante.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico se contrae a determinar si en el *sub-examine* resulta procedente el reembolso de las sumas que asumió el extremo activo por concepto de gastos incurridos a razón de la falta de atención por parte de la demandada EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN.

4.2. DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar, que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 48 de la Constitución Política, dispone:

> *"ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley".*

Asimismo, el numeral 4º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 12 del artículo 13 de la Ley 1438 de 2011, disponen para los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la posibilidad de escoger libremente la entidad promotora de salud (EPS). De dicha selección depende la red de instituciones prestadoras de salud (IPS) que atenderán las contingencias que se puedan presentar.

Sobre esta limitación, la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2015, ha referido que "*la libertad de escogencia constituye un derecho en doble vía, pues en primer lugar es la facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en las que se suministrarán los mencionados servicios, y por el otro representa la potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que se celebrarán convenios y la clase de servicios que se presentarán a través de ellas*". Por ello, en principio, los afiliados están obligados a acudir para la atención de las contingencias de salud que se les presenten, a las IPS que forman parte de la red a la cual se encuentran vinculados.

Sin embargo, cuando en dichas instituciones no se garantice la prestación integral del servicio al afiliado, es factible acudir a entidades no vinculadas a la red de servicios. En esta materia se refirió la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2003, así: "*las EPS's (…) tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal*

efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución".

En tal sentido, es menester advertir en primer lugar que la demandada EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN no se apuso a la afiliación de la demandante para la anualidad 2019 ante sus dependencias, encontrándose incluso en el régimen contributivo.

Tampoco el hecho que conforme se acredita de la historia clínica de la demandante, desde el 8 de diciembre de 2019 la actora presentaba un cuadro clínico de una semana de evolución referente a quebrantos de salud de índole cerebrovasculares, tan es así que tuvo que ser ingresada a la UCI en el Hospital Universitario Departamental de Nariño de la Ciudad de Pasto, siendo necesaria la transferencia a una atención de IV nivel a razón de una patología denominada angioma cavernoso del bulbo, lo que conllevó a que necesitara el traslado de ambulancia aérea medicalizada como así lo dispuso el médico tratante, sin obtener ninguna ayuda por la EPS encartada en su momento; tanto así que presentó acción constitucional de tutela, la cual también fue desobedecida por la demandada.

Así las cosas, destaca la Sala que clara resultaba la necesidad de la demandante que de su propio peculio debiera costear el traslado de ambulancia aérea medicalizada desde la Ciudad de Pasto a la Ciudad de Cali ante la indolente colaboración de la EPS y que era de su responsabilidad, costo que se encuentra debidamente soportado como da cuenta la factura de venta No. 6751 del 26 de diciembre de 2019 que fuese expedida por la empresa MEDICAL FLY S.A.S. por valor de $12.800.000, factura que por demás contiene también la historia clínica también descrita por la empresa aérea y que también goza con el respectivo

comprobante de pago (CARPETA I DEMANDA – PDF 14 – FACTURA TRASALADO AMBULANCIA AÉREA).

Por ello, ante la notoria falta de atención en salud de la EPS a razón del traslado que necesitaba la actora en su momento, palmaria resulta la condena impuesta por el ente superintendencial, máxime si se tiene en cuenta que, según lo expuesto, la actora sufragó los gastos en que incurrió, los cuales fueron puestos en conocimiento de la encartada el 6 de febrero de 2020 como da cuenta la solicitud de reembolso, sin que fuesen devueltos en ningún momento.

Ahora, si bien la EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN adujo resultar extemporánea la solicitud de reembolso, reitera la Sala que plenamente quedó acreditada la carencia de la pasiva para garantizar la atención en salud de la demandante, en tanto, clara fue la deficiencia de la prestación integral del servicio de salud que debió realizar la encartada, sin que se haya consagrado un requisito de procedibilidad de la presente acción, como un trámite interno ante la EPS.

De otra parte, pone la Sala de presente que si bien MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN entró en proceso liquidatorio como lo determina la Resolución No. 2022320000000864 – 6 del 8 de marzo de 2022, en la que se establecieron unas pautas a través de la cuales los presuntos acreedores de obligaciones deben hacerse parte del proceso liquidatorio, también debe advertirse que a la luz de lo preceptuado en el Decreto 2555 de 2010 *"por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 9.1.3.5.10 - *Reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso*, se dispuso:

> *"Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago:*
>
> *a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales*

o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso. En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

"Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

"b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago."

Así las cosas, como lo dispuso el ente Superintendencial y de conformidad con lo preceptuado 41 de la Ley 1122 de 2007, claro es que la es la misma normativa es quien le otorga a la Superintendencia facultades de Juez para actuar como tal en asuntos como el de marras, de allí que deban seguirse los lineamientos del artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 para la efectividad del pago para con el demandante; situaciones todas que conllevan a concluir que la sentencia de primer grado deberá confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de mayo de 2022 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

Magistrado
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ