



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 36-2021-00419-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 23 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual ordenó a la demandada a reactivar con carácter definitivo el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, sin derecho a recobro alguno, así como el pago de intereses moratorios y costas procesales (*min. 00:58:48, archivo "18Audiencia23022023"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

RUBY NESLY PARRA TRIANA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se le reconozca el derecho a la causación de la pensión de sobrevivientes desde el 02 de mayo de 1998, fecha del fallecimiento de su cónyuge, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y, en consecuencia, se ordene reactivar el pago de la pensión de sobrevivientes

reconocida mediante Resolución GNR 310734 del 05 de septiembre de 2014, incluyendo la mesada 14, retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, condenas por facultades ultra y extra *petita*. De forma subsidiaria reclama el pago de la mesada 14 en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005 y que se declare que no le corresponde devolver dinero alguno pagado a su favor por pensión de sobreviviente, dado que fueron recibidos de buena fe.

Fundamentó sus pretensiones en que contrajo matrimonio con Zaidel Uriel Carvajal Balaguer (q.e.p.d.) el 09 de junio de 1993, quien falleció el 02 de mayo de 1998 y tenía cotizadas 191 semanas en los últimos seis años anteriores al fallecimiento; que **COLPENSIONES** reconoció la pensión de sobrevivientes con Resolución GNR 310734 del 05 de septiembre de 2014 dada su calidad de beneficiaria como compañera permanente o cónyuge, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 07 de marzo de 2010 por efectos de prescripción; que la referida pensión se reconoció de forma temporal y por una duración máxima de 20 años, aplicando Ley 797 de 2003, sin que se especificara desde cuando se aplicaba esa temporalidad, y que durante ese periodo la demandada no hizo aporte para pensión.

Manifestó que mediante certificación del 08 de mayo de 2020 **COLPENSIONES** informó que le había retirado del beneficio de la pensión de sobreviviente desde el mes de abril de 2020; a su vez, en Resolución DNP 1382 de 2020, la entidad ordenó el reintegro de valores pagados por concepto de pensión de sobrevivientes por los periodos comprendidos entre mayo de 2018 hasta marzo de 2020 por el valor de \$34'026,996, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación; dice que a través de la Resolución SUB 171703 del 11 de agosto de 2020 la demandada le negó el reconocimiento pensional y en Resolución DPE 14348 del 22 de octubre de 2020 se resolvió el recurso confirmando el acto administrativo; que para el momento de la causación de la pensión de sobrevivientes no existía una edad requerida para el reconocimiento vitalicio de la pensión de sobrevivientes al cónyuge o compañero permanente supérstite, por lo que al no pagarse la pensión le ha generado perjuicios y pese a que solicitó su amparo por vía constitucional, fue infructuoso dicho esfuerzo (*pág. 5 a 34, archivo "03SubsanacionDemanda"*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y fallecimiento del afiliado Zaidel Uriel Carvajal Balaguer (q.e.p.d.), así como las semanas cotizadas, la resolución de reconocimiento pensional, la calidad de beneficiaria de la demandante, el retiro del pago de la pensión y la orden de reintegro de dineros, la expedición de los demás actos administrativos, el agotamiento de la vía gubernativa y la presentación de la acción de la tutela. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como excepción previa la *falta de jurisdicción y competencia* al considerar que la devolución de dineros debe surtir el respectivo trámite, el cual inicia con el cobro coactivo o incluso con la acción de lesividad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Como excepciones de mérito propuso las de *inexistencia del derecho y de la obligación*, cobro de lo no debido, improcedencia de indexación e intereses moratorios, buena fe, compensación, prescripción y la innominada o genérica (pág. 2 a 18, archivo “06ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 00:58:48, archivo “18Audiencia23022023”)

El 23 de febrero de 2023, el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a restablecer, con carácter vitalicio la pensión de sobrevivientes que se concedió a la señora RUBY NELSY PARRA TRIANA, desde la fecha en que se suspendió el pago, esto es, el 1° de abril de 2020 y por catorce mesadas anuales, junto a los reajustes de ley y, en consecuencia, que cese cualquier cobro que se fundamente en lo dispuesto en la resolución DNP1382 del 15 de abril de 2020, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios a partir del 1° de septiembre de 2020, respecto de las mesadas causadas del 1° de abril de 2020 y hasta que se verifique el pago efectivo de cada una de ellas. **TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción. **CUARTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra. **QUINTO: CONDENARSE** en COSTAS a la encartada, liquídense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV. **SEXTO: CONSÚLTESE** con el

Superior la presente decisión a favor de COLPENSIONES según lo establece el artículo 69 del CPTSS (...).

Para resolver la Juez indicó que no era objeto de controversia si surgió o no el derecho a la pensión de sobrevivientes pues fue un aspecto que ya fue reconocido por **COLPENSIONES** teniendo a la demandante como beneficiaria, pero que su momento lo que se determinó fue que era de manera temporal en virtud de la Ley 797 de 2003 y es el aspecto que discute la actora, acto administrativo que no ha sido revocado. Al efecto, manifestó que la normatividad que regula la situación es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado, en este caso, la Ley 100 de 1993 en su versión original, y pese a que **COLPENSIONES** aplicó la condición más beneficiosa para reconocer la pensión bajo el Acuerdo 049 de 1990, no era viable limitar el disfrute de la prestación por edad por cuanto no era un aspecto vigente para la fecha del fallecimiento del afiliado, situación que tan sólo se consagró en la Ley 797 de 2003. Motivo por el cual concluyó que la pensión debía reconocerse de manera definitiva, ordenando a la demandada a restablecer el derecho pensional y a reactivar el pago de las mesadas desde abril de 2020, entidad que debe dejar sin efecto la Resolución DNP 1382 del 15 de abril de 2020. Adicionalmente, en uso de las facultades ultra y extra *petita* ordenó que cese cualquier cobro que se fundamente en el citado acto administrativo. Y finalmente, ordenó el pago de intereses moratorios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por la condena por intereses moratorios. Como sustento de la alzada manifestó que la entidad ha establecido en los diferentes actos administrativos la solución del derecho pensional, teniendo en cuenta todos los elementos de prueba y dado que ha actuado bajo los postulados del principio de buena fe, además que estaba justificada la suspensión del pago de la prestación y los actos administrativos se encuentran ajustados a derecho (*min. 01:01:16, archivo "18Audiencia23022023"*).

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo impugnado reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66^a y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación propuesto por la demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si Zaidel Uriel Carvajal Balaguer (q.e.p.d.) dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes. En caso afirmativo, establecer la fecha de causación, la procedencia de la reactivación del pago de la pensión y el reconocimiento de intereses moratorios.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** Zaidel Uriel Carvajal Balaguer (q.e.p.d.) falleció el 02 de mayo de 1998 (*pág. 25*,

archivo “01DemandaAnexos”) y cotizó al ISS un total de 191.57 semanas (pág. 10, *archivo “17PruebasDemandante”*); **ii) COLPENSIONES** mediante Resolución GNR310734 del 05 de septiembre de 2014 reconoció pensión de sobrevivientes en un 100% a favor de **RUBY NELSY PARRA TRIANA**, en calidad de cónyuge del afiliado, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por el principio de la condición más beneficiosa, a partir del 02 de mayo de 1998 pero con efectos desde 07 de marzo de 2010, en cuantía de \$1.036.296, de manera temporal y por una duración máxima de 20 años (pág. 26 a 31, *archivo “01DemandaAnexos”*); **iii)** la demandada en Resolución DNP1382 del 15 de abril de 2020 ordenó a la accionante el reintegro de las mesadas pensionales de mayo de 2018 a marzo de 2020, al señalar que los 20 años de la pensión temporal finalizaron el 02 de mayo de 2018 (pág. 32 a 38, *archivo “01DemandaAnexos”*), decisión contra la cual se presentó recurso de apelación (pág. 48 a 53, *archivo “01DemandaAnexos”*), resuelto de forma desfavorable en resoluciones SUB219418 del 15 de octubre de 2020 y DPE14348 del 22 de octubre de 2020 (pág. 68 a 79, *archivo “01DemandaAnexos”*); **iv) y COLPENSIONES** por medio de la Resolución SUB171703 del 11 de agosto de 2020 negó la pensión de sobrevivientes al señalar que la misma era improcedente dado que el afiliado no había dejado causado el derecho, remitiendo el acto administrativo para que se iniciara el proceso de cobro coactivo contra la demandante (pág. 54 a 61, *archivo “01DemandaAnexos”*).

- **De la pensión de sobrevivientes.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL496 de 2018, SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Sin perjuicio de lo ya señalado, no es ajena esta Sala que, en el tránsito de legislación de la pensión de sobrevivientes, no se consagró un

régimen de transición, circunstancia que conllevó a que los afiliados que contaban con una expectativa legítima al contar con la densidad mínima de semanas fueran sorprendidos con el cambio de los requisitos que sobre dicha densidad eran exigidos. A fin de proteger las expectativas legítimas, se desarrolló jurisprudencialmente la figura de la condición más beneficiosa, a fin de aplicar la normatividad anterior en vigencia de la normatividad vigente.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la condición más beneficiosa no autoriza al juez realizar una búsqueda histórica en aras de encontrar cualquier norma que en el pasado haya regulado la relación del afiliado con el sistema de seguridad social, por cuanto sólo permite la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL572 de 2013, SL10950 de 2014, SL2825 de 2019, SL2843-2021 y SL335-2023, entre otras, providencias que reiteraron la posición adoptada en la sentencia SL Rad. 32.642 del 9 de diciembre de 2008.

En consecuencia, si el deceso del afiliado ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993, como se da en el presente asunto (el afiliado falleció el 02 de mayo de 1998), el principio de la condición más beneficiosa permite aplicar el régimen pensional inmediatamente anterior, a saber, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, siempre y cuando se cumplan las reglas adoptadas por la jurisprudencia. Sobre esto último, conviene precisar que la sentencia SL4650 de 2017 solo estudió la aplicación de este principio frente al tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, por ello, la Sala seguirá las pautas que reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL11548 de 2015, SL5491 de 2018 y SL1793 de 2019, entre otras, al rememorar los supuestos fijados por la jurisprudencia en el pasado, entre otras en la sentencia con radicado 28893 del 4 de diciembre de 2006.

En la referida sentencia, esa Alta Corporación definió los parámetros que deben tenerse en cuenta para que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes puedan acceder a dicha prestación en aplicación de la legislación anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993,

es decir, conforme lo definido en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990. Al efecto, recordó que la norma citada contiene dos hipótesis, la primera de ellas, la que se refiere a las 300 semanas de cotización en cualquier tiempo, que según ha dicho esa Corporación, deben estar satisfechas al momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993, es decir, antes del 1° de abril de 1994, sin lugar a considerarse las semanas cotizadas con posterioridad a este momento; y la segunda de ellas, la que se refiere a las 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la muerte del afiliado, que requiere del cumplimiento de dos requisitos: *i)* que el causante tenga 150 semanas de cotización dentro de los seis años anteriores a la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993; y *ii)* además registre 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha de fallecimiento.

Lo anterior resulta de vital importancia en el presente asunto puesto que, conforme se edificaron las pretensiones de la demanda y el fondo del objeto del litigio, para poder determinar la procedencia de las suplicas que se reclaman, atendiendo los diferentes actos administrativos expedidos por **COLPENSIONES**, es obligación del juez laboral determinar si efectivamente el afiliado Zaidel Uriel Carvajal Balaguer (q.e.p.d.) dejó causado el derecho a la prestación.

Por eso, no se comparte el análisis realizado por el *a quo* de abstenerse de estudiar la causación del derecho, a pesar que estar fijado como problema jurídico en la correspondiente etapa, al señalar que fue **COLPENSIONES** quien reconoció el mismo, a través de un acto administrativo que se encuentra vigente y que no ha sido revocado, pues precisamente es la administración quien, en el presente proceso, pese a la determinación contenida en la Resolución GNR310734 del 05 de septiembre de 2014, manifestó posteriormente que la persona fallecida no había dejado cotizadas las semanas suficientes para generar la prestación pensional.

Bajo ese escenario, teniendo en cuenta el citado lineamiento jurisprudencial y una vez revisado el expediente, se advierte que Zaidel Uriel Carvajal Balaguer (q.e.p.d.) falleció el 02 de mayo de 1998, es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993, fecha para la cual tenía cotizadas 4,28 semanas entre el 03 de mayo de 1997 y la fecha del deceso, en

cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 46 de la referida Ley, no cumpliendo ese presupuesto.

Por ello, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa procede el estudio de la prestación que se reclama bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990.

Al efecto, y dado que el afiliado para la fecha del deceso había cotizado un total de 191.57 semanas (*pág. 10, archivo "17PruebasDemandante"*), no cumple la primera de las hipótesis planteadas por la jurisprudencia, esto es, 300 semanas cotizadas antes del 1° de abril de 1994.

En relación con la segunda hipótesis normativa, se procede entonces a verificar si Zaidel Uriel Carvajal Balaguer (q.e.p.d.) cumplió con la condición de haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento. A pesar de haber cotizado 183,72 semanas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento, sólo contaba con 29.28 semanas cotizadas (*pág. 10, archivo "17PruebasDemandante"*) entre el 1° de abril de 1994 y el 2° de abril de 1988, es decir, dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, densidad inferior a la exigida por la jurisprudencia para la aplicación del principio de la condición mas beneficiosa para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, al no cumplir con los dos requisitos concurrentes referidos a las 150 semanas cotizadas con anterioridad al 1° de abril de 1994 y a la fecha del fallecimiento, resulta claro para esta Sala de decisión que Zaidel Uriel Carvajal Balaguer (q.e.p.d.), no dejó causada la pensión de sobrevivientes que reclama la demandante, pues no se configuran los requisitos definidos en las reglas de decisión jurisprudencial para disponer el reconocimiento de dicha prestación, es decir, no cumplió las exigencias del número mínimo de semanas de cotización previstas en la legislación anterior.

En este sentido, al no existir derecho causado no hay lugar al reconocimiento de la prestación, motivo por el cual la Sala se releva del

estudio del recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES** y, en su lugar, revocará la sentencia de primera instancia, absolviendo a la demandada de esta pretensión y sus derivadas.

Frente a la súplica subsidiaria relacionada con la exoneración de la devolución de mesadas pagadas, por cuanto fueron recibidas de buena fe, es un asunto que se escapa de la competencia de esta Corporación, pues al estar vigente un acto administrativo que reconoció un derecho pensional, pese a no cumplirse los presupuestos de causación, le corresponde a **COLPENSIONES** adelantar los trámites pertinentes para resolver tal controversia conforme lo dispone el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, incluida la acción de lesividad, cuya competencia recae en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal y como lo tiene establecido la Corte Constitucional (Auto 316 de 2021), siendo ese escenario donde le corresponde a la Administradora de pensiones demandada ejercer las acciones pertinentes para obtener el reintegro de los dineros públicos, si considera que tiene lugar a ellos, atendiendo que el literal c del numeral 1° del artículo 163 de la misma Ley, señala que no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

Sin costas en las instancias.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y

demás pretensiones derivadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de resolver lo relacionado con la procedencia o no de devolución de mesadas pensionales, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en las instancias.

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

Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.39-2020-00053-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por apoderado de la demandada **CENTRO DE MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN DE HELICÓPTEROS RUSOS CMR S.A.S.** contra la sentencia proferida el 18 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró el estímulo a la educación como factor salarial, condenó a la pasiva a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social y al pago de sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa y costas procesales (*min. 00:42:53, archivo “02GrabaciónAudArts77y80CptssParte2”, carpeta “10AudienciaArts77y80Cptss20220518”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

LEÓNARDO AGUILERA LEÓN llamó a juicio a la sociedad **CENTRO DE MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN DE HELICÓPTEROS RUSOS CMR S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, el no pago oportuno de acreencias laborales, el

concepto de estímulo a la educación como factor salario y el despido por causa imputable al empleador y, en consecuencia, se reliquiden las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social y se condene al pago de sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria, indemnización por despido, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 15 de agosto de 2003, inició su relación laboral con la demandada, desempeñando el cargo de *técnico especialista en taller mecánica industrial y soldadura*; que cada mes desde julio de 2014 hasta julio de 2018 se le canceló la suma de \$400.000 por concepto de estímulo a la educación, valor reajustado en agosto de 2018 a la suma de \$800.000; que desde el 2015 al 2019, los salarios, prestaciones sociales y vacaciones se pagaron de manera tardía, así como la seguridad social del último año de servicios; y que el 30 de enero de 2019 ante el incumplimiento de pago de salarios y acreencias laborales presentó renuncia motivada, comunicación complementada el 05 de febrero de 2019.

Manifestó que a la fecha de terminación del contrato de trabajo se le adeudaba los salarios de tres meses, prima legal de diciembre de 2018, intereses a las cesantías de diciembre de 2018 y seguridad social; que el 26 de febrero de 2019 se presentó solicitud de pago de acreencias; que el 14 de marzo de 2019 se firmó la liquidación final del contrato de trabajo pero el pago solo se hizo efectivo al fondo de empleados HELITAXI-FELITAXI en noviembre de 2019, sin que en la liquidación se incluyera el estímulo a la educación como factor salario; que el 28 de marzo de 2019, se presentó acción de tutela con el fin de que CMR S.A.S. diera respuesta a la petición presentada el 26 de febrero de 2019; y finalmente, que a la presentación de la demanda no se habían pagado los valores reclamados y tampoco se habían efectuado los aportes a seguridad social de manera correcta (*pág. 3 a 13, archivo "01ExpedienteDigitalFolio1A1192"*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CENTRO DE MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN DE HELICÓPTEROS RUSOS CMR S.A.S. aceptó la declaratoria de existencia

del contrato y se opuso frente a la prosperidad de las demás pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, el cargo, la fecha de terminación del vínculo laboral, la presentación de la petición el 26 de febrero de 2019 y la acción de tutela. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido*, enriquecimiento sin causa del demandante, buena fe, inexistencia de la obligación, mala fe del demandante, prescripción, compensación y la innominada o genérica (pág. 1 a 24, archivo “08ContestacionDemanda”, carpeta “03ContestacionDemanda20200909”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(“Min. 00:42:53, archivo “02GrabaciónAudArts77y80CptssParte2””)

El 18 de mayo de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que el concepto denominado estímulo a educación, pagado al señor LEÓNARDO AGUILERA LEÓN, por su empleadora, CENTRO DE MANTENIMIENTO REPARACIÓN DE HELICÓPTEROS RUSOS CMR S.A.S., entre el 1° de junio de 2013 y el 31 de mayo de 2016, y entre el 1° de diciembre de 2016 y el 30 de enero de 2019, sin tener en cuenta la suspensión, solamente que se pagaron así, constituye salario. **SEGUNDO: CONDENAR** a CENTRO DE MANTENIMIENTO REPARACIÓN DE HELICÓPTEROS RUSOS CMR S.A.S. al reconocimiento y pago a favor del demandante de las siguientes sumas de dinero: Por concepto de saldo de cesantías \$2.300.000; reliquidación de intereses a las cesantías \$204.000; reliquidación prima de servicios \$1.300.000; reliquidación saldo de vacaciones \$1.233.333, ésta debidamente indexada al momento del pago; por concepto de sanción por no consignar las cesantías la suma de \$52.777.996; por concepto de sanción moratoria del artículo 65 la suma de \$82.129.512, a razón de 720 días de salario, transcurridos entre el 31 de enero de 2019 y el 30 de enero de 2021, y en adelante, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre inversión asignado por la Superintendencia Bancaria, sobre las prestaciones sociales adeudadas cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, hasta la admisión de la demandada en el proceso de reorganización, esto es, 28 de marzo de 2022; por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de \$36.413.285, debidamente indexada al momento de su pago. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada compañía CENTRO DE MANTENIMIENTO REPARACIÓN DE HELICÓPTEROS RUSOS CMR S.A.S. al pago de la diferencia de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones a favor del demandante, ante el fondo de pensiones en que se encuentre afiliado el actor, teniendo como IBC, los siguientes montos: junio de 2013 a noviembre de 2018, \$400.000, diciembre de 2018 a enero de 2019 \$800.000. **CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción

*de prescripción y no probadas las demás. **QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a la demandada, debiendo incluir como agencias en derecho la suma de \$7.004.991. (...)*”.

Para resolver la Juez indicó que frente al estímulo a la educación como factor salario, al revisar las pruebas documentales allegadas y las practicadas en el juicio se probó la periodicidad en el pago de este concepto a favor del demandante, por lo que la carga de la prueba de probar su destinación específica y distinta a la retribución del servicio del trabajador le correspondía al extremo pasivo, y en el proceso no se le logró demostrar destinación distinta a ese propósito, por lo que dedujo que se deben tener como salario, siendo procedente la reliquidación por prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social.

Respecto de la excepción de prescripción manifestó que con la petición que presentó el actor el 26 de febrero de 2019, se interrumpió válidamente este fenómeno, sin que hubiese transcurrido el término trienal desde que cada una de las prestaciones se hicieron exigibles, año 2016, fecha desde la cual se están solicitando las prestaciones. Sin embargo, manifestó que dado que el auxilio educativo se pagó desde el 1° de junio de 2013, en aplicación de la facultad ultra *petita* la prescripción no aplica para el auxilio de cesantías, dado que se hicieron exigibles con la terminación del contrato de trabajo, así como el pago de aportes a seguridad social.

Advirtió que para el caso de la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al no incluirse en la petición radicada en febrero de 2019, se encontraban prescritas las causadas con anterioridad al 4 de febrero de 2017. Precisó que al tener carácter salarial el estímulo educativo, no podía ser suspendido de manera unilateral por 6 meses, razón por la que para todos los efectos lo tenía como si nunca se hubiera suspendido, precisando que desde junio de 2013 a noviembre de 2018 se pagó la suma de \$400.000 y diciembre de 2018 a enero de 2019 \$800.000.

Frente a la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indicó que procedía, en la medida en que se demostró en el juicio que las mismas no fueron consignadas sobre el valor pleno y que la demandada no allegó elemento alguno que amerite encuadrar su conducta bajo los postulados

de la buena fe. Por las mismas razones señaló que procedía la indemnización moratoria, por lo que dedujo que la falta de pago no se sustentó en la crisis económica sino en las cláusulas de los otros sí en las que se estipuló el estímulo educativo como no salarial, siendo procedente su condena, pero solo hasta la fecha en que se admitió a la compañía al trámite de reorganización empresarial.

Sobre el despido indirecto, manifestó que el demandante cumplió la carga procesal de manifestar las razones por las cuales daba por finalizado el contrato de trabajo, que de las pruebas aportadas y del interrogatorio al representante legal concluyó que la empresa desde tiempo atrás y hasta la finalización del contrato incumplió con el pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, circunstancia que se presentó de forma periódica, y esto fue lo que motivó la renuncia del actor, y al no estar demostrada la crisis económica que se mencionó para el año 2019, procedía esta indemnización. Y finalmente que se debían indexar sobre los montos reconocidos por vacaciones y sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado del **CENTRO DE MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN DE HELICÓPTEROS RUSOS CMR S.A.S.** interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que la sentencia de primera instancia declaró el auxilio de educación como factor salarial, pero no se tuvo en cuenta el material probatorio allegado con la demanda y la contestación, máxime cuando fue el mismo demandante quien confesó conocer y suscribir el pacto no salarial, cuál era su destinación, cuando se dio la suspensión del mismo - por la situación económica por la que atravesaba la compañía - y así lo recibió durante su permanencia en el Centro de Mantenimiento, además, que no obra prueba en el plenario que esa suma hacía parte de esa remuneración salarial para las labores que el trabajador desarrolló.

Señaló que se desconoció que ese pacto si se podía suspender de forma unilateral dado que obedeció a una situación económica que no le permitía a la compañía continuar cancelando como lo venía haciendo,

por lo que solicita se tenga en cuenta el seguimiento al estado económico que hacia la Aerocivil.

Señaló que se decretó la prescripción, pero en el fallo no se indicó bajo que periodos y premisas se aplicó, y por qué no se aplicó sobre la indemnización moratoria correspondiente al no pago completo de las cesantías. Frente a la imposición de la sanción moratoria considera que también erró el despacho dado que dicha sanción no opera de forma automática, sino que se debe comprobar la mala fe del empleador y en este caso no puede existir esa mala fe dado que el pago se hizo bajo la convicción que se estaba cancelando un valor que no hacía parte constitutiva del salario y que la ley así lo permite, Ley 50 y Ley 1393, y en el proceso quedo demostrado que dicho pacto no retribuía de manera alguna las laborales para las cuales fue contratado el demandante; que la buena fe se presume y la mala fe se comprueba, y la mala fe de la sociedad no ha quedado comprobada; que la sanción moratoria se realizó de manera abstracta y no se indica los periodos en los cuales va a operar dicha sanción y no se probó la mala de la demandada frente a este punto.

Frente al despido indirecto del trabajador indicó que el Juzgado basó el incumplimiento en un testimonio que el despacho mismo señaló que fue de oídas pero para la imposición de la condena lo trae como testigo estrella en cuanto a la mala fe de la sociedad, (testigo Carlos) y con base en este testimonio se tuvo por acreditada la mala fe; que está probado en el expediente la precaria situación económica por la cual atraviesa su representada y le son impuestas unas costas de \$7.481.000, y si bien están dentro del marco del acuerdo para su imposición, se debe buscar la efectivización de una justicia material y las costas resultan excesivas, por lo que serán objeto de recurso en la oportunidad procesal pertinente; que en conclusión, solicita la revocatoria de todas las condenas impuestas como quiera que no existen pruebas contundentes dentro del proceso para que se impongan las sanciones moratorias, para que se determine que el pacto de exclusión salarial hacia parte retributiva de las actividades que desarrollaba el señor Aguilera León y de que el despido indirecto haya operado en el presente proceso (*min. 00:45:11, archivo "02GrabaciónAudArts77y80CptssParte2", carpeta "10AudienciaArts77y80Cptss20220518"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del demandante solicitó que se ratifique el fallo de primera instancia.

Por su parte, el apoderado de la demandada solicitó revocar la sentencia condenatoria, de acuerdo con los reparos concretos expresados en el momento de presentar el recurso de apelación.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala establecer si le asiste derecho al demandante a que el auxilio extralegal de educación sea considerado como salario; en tal caso, se verificará lo relacionado con la excepción de prescripción, la sanción por no consignación de las cesantías completas a un fondo, la indemnización moratoria e indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** entre el demandante **LEÓNARDO AGUILERA LEÓN** y la demandada **CENTRO DE MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN DE HELICÓPTEROS RUSOS CMR S.A.S.** se celebró un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, vigente desde el 03 de agosto de 2003 (*archivo "04CONTRATO", subcarpeta "09Pruebas", carpeta "03ContestacionDemanda20200909"*); **ii)** en comunicación del 30 de enero de 2019 el demandante dio por

terminado el contrato de trabajo, aduciendo justa causa imputable al empleador (pág. 16, *archivo "01ExpedienteDigitalFolio1A1192"*), solicitud que fue aceptada por la demandada en escrito de la misma fecha (*archivo "07ACEPTACION RENUNCIA", subcarpeta "09Pruebas", carpeta "03ContestacionDemanda20200909"*).

- Sobre el concepto de Salario.

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

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificó el artículo 128 CST, a fin de indicar que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco los pagos que recibe no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente o dados de forma extralegal, si las partes disponen expresamente que no constituyen salario.

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

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

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

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró el carácter salarial del concepto denominado estímulo a la educación, y en virtud de ello, condenó a la sociedad demandada a pagar la diferencia por prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión, indemnización por no consignación de cesantías y moratoria, indexación, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada.

Al respecto, el apoderado de la demandada al momento de elevar el recurso señaló que no se tuvo en cuenta el material probatorio allegado con la demanda y la contestación, que el demandante confesó conocer y suscribir el pacto no salarial, cuál era su destinación, cuándo se dio la suspensión del mismo, que se desconoció el pacto no salarial y que no obra prueba en el plenario que esa suma hacía parte de esa remuneración salarial para las labores que el trabajador desarrolló.

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

Pues bien, en el presente asunto se acreditó que el 5 de junio de 2013, las partes suscribieron *otro sí* al contrato de trabajo, por medio del cual establecieron que el trabajador recibiría un estímulo para proveer la formación, asignado por mera liberalidad, de carácter temporal no constitutivo de salario, por la suma de \$400.000 (*archivo "02ClausulaAdicionalContrato", carpeta 12DemandadaAllegaPrueba...*). A su vez, se suscribió *otro sí* contractual el 05 de diciembre de 2016 que da cuenta que el 20 de junio de 2016 se suspendió temporalmente el pago del beneficio extralegal y que a partir del 1° de diciembre de 2016 se reanudaba el beneficio mensual denominado "*ESTIMULO A LA EDUCACIÓN*", por un valor de \$400.000, de carácter no salarial (*archivo 02OtroSiContratoTrabajo, carpeta "02OtroSiContratoTrabajo"*). Y que a partir del 1° de diciembre de 2018, el estímulo a la educación, suscrito desde el 1° de junio de 2013, sería de \$800.000.

Frente a la habitualidad, permanencia y uniformidad del pago de este auxilio extralegal es un aspecto que no fue objeto de controversia, así se relató en la demanda, fue aceptado en la contestación al darse respuesta a los hechos 5 y 6 del escrito inicial, además se acredita con los documentos aportados por las partes. Por tanto, al estar acreditado que el demandante devengó durante el 2013 al 2019, salvo el periodo de suspensión, una suma directa, periódica y permanente por estímulo a la educación, le correspondía a la demandada CMR S.A.S. acreditar cuál era la destinación específica de esta remuneración.

Bajo ese escenario, la Sala revisó la totalidad de elementos de prueba allegados con el expediente, sin que se evidencie exigencia alguna al trabajador sobre la destinación exclusiva de ese dinero, las particularidades específicas de entrega de ese auxilio, a qué tipo de formación se hacía referencia en el pacto no salarial, con qué periodicidad se debían adelantar los cursos de formación y actualización que permitieran el mejor desempeño del trabajador en las labores asignadas, y cuáles fueron los estudios que adelantó el empleado en virtud de esa valor adicional. Es decir, se requería de ese esfuerzo probatorio por parte del empleador para demostrar que esas sumas entregadas por mera liberalidad no eran para beneficio del trabajador o para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.

Además, el solo hecho de la suspensión de este beneficio durante algunos meses en el año 2016 (junio a noviembre), como lo cuestiona el recurrente, no desnaturaliza el carácter salarial de este auxilio, sin que sea necesario ahondar en argumentos adicionales sobre el desconocimiento o no de esos meses por decisión unilateral del empleador, puesto que dicho análisis conllevaría a la misma conclusión a la que se arribó en el fallo de primera instancia.

Siendo ello así, para la Sala no hay duda de que el auxilio extralegal denominado “*estímulo a la educación*”, se otorgó con el propósito retribuir de forma directa y de manera periódica el servicio prestado por el demandante, lo que conlleva a que esos montos devengados se enmarquen en la regulación del artículo 127 del CST, por lo que debieron tenerse en cuenta al momento de la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Como tal suceso no ocurrió durante la vigencia y finalización del contrato de trabajo, deviene procedente la reliquidación de las acreencias laborales reclamadas.

Y pese a que **LEÓNARDO AGUILERA LEÓN** en el interrogatorio aceptó la firma de ese pacto como no salarial, la suspensión de los pagos por una crisis económica en el año 2016 y los montos recibidos (*min. 00:43:33, archivo “01GrabaciónAudArts77y80CptssParte1”, carpeta “10AudienciaArts77y80Cptss20220518”*), conforme con las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, la sola existencia de un convenio que

elimine el carácter salarial de un beneficio es insuficiente para desconocer la naturaleza salarial de las sumas que percibía el actor.

Por lo anterior, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas contenido en el artículo 53 Constitucional y que el pacto no salarial suscrito entre las partes no surtió efectos, pues no se demostró cuestión diferente en el plenario, no le queda camino distinto a la Sala que confirmar la decisión de primera instancia que declaró como salario el auxilio extralegal y ordenó la reliquidación de acreencias laborales y aportes pensionales.

Al no presentarse inconformidad alguna con los valores liquidados y fijados por el *a quo*, este Tribunal se releva de su revisión y estudio, en virtud del principio de consonancia (art. 66ª CPTSS).

- Sobre la indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.

El artículo 65 del CST define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo. Por su parte, el inciso 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece que cuando el empleador no consigne las cesantías aun fondo de pensiones en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

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

Igualmente, esa Alta Corte ha precisado que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial (SL403-2013 SL4260-2020, SL417-2021, entre otras).

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal confirmará la condena por estos conceptos, pues por la forma en que se desarrolló la relación laboral y dado que el empleador le restó el valor como salario a un beneficio que sí tiene esa condición, ya que enriqueció el patrimonio del trabajador, quien tenía libre destinación de su monto, es palmario concluir que tales aspectos no pueden ser constitutivos de actos de buena fe a favor del empleador, quien no podía desconocer tal calidad en los términos del artículo 127 del CST, y no probó cuál era la finalidad específica de dicho rubro.

Además, la celebración de un pacto de exclusión salarial no puede justificar al empleador para desconocer algo que es salario y, a su vez, pretender que ese actuar es revestido de buena fe, para exonerarse de la indemnización moratoria (SL5146-2021).

Y ello condujo a la vulneración de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, que se materializan en la prerrogativa de recibir de forma completa todas sus acreencias laborales, lo que descarta los planteamientos del recurrente. Al producirse la reliquidación de prestaciones sociales, la consecuencia lógica es que se causen estas dos indemnizaciones a cargo del empresario, dado que se dejaron de calcular correctamente los montos con la inclusión del auxilio extralegal salarial denominado “*estímulo a la educación*”.

Igualmente, procede la indemnización moratoria por la demora en el pago de la liquidación final del contrato de trabajo, pues, aunque aparece con fecha de elaboración 08 de febrero de 2019 y sin saldo a favor del trabajador con ocasión de una retención por un crédito del fondo de empleados, fue notificada a **LEÓNARDO AGUILERA** tan solo

el 14 de marzo de 2019 (pág. 33 y 34, archivo “01ExpedienteDigitalFolio1A1192”), sin que exista justificación por la demora de ese trámite. Igualmente, se acreditó que el salario de enero de 2019 fue consignado a la cuenta bancaria del actor el 19 de febrero de 2019 (pág.33, archivo “pago nómina y vacaciones año 2018”, subcarpeta “16PAGOSSALARIOS2014A2018”), es decir, 19 días después de terminarse el contrato de trabajo, y aunque parece razonable ese periodo de tiempo, resultaba trascendental el pago oportuno, pues era común que la empresa demandada no cancelara sus obligaciones a tiempo, según la prueba documental aportada y las declaraciones rendidas por las partes y los testigos.

Frente a este tema, no puede constituir actos de buena fe la situación económica que se dijo estaba pasando la empresa puesto que, en aplicación del artículo 28 del CST, el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas, más aún cuando en el caso bajo estudio la sociedad demandada solicitó a la Superintendencia de Sociedades la admisión al proceso de Reorganización Empresarial, en los términos de la Ley 1116 de 2006, solo hasta el 31 de enero de 2022 (archivo “02AutoAdmisionReorganizacion”, carpeta “09AdmisionReorga...”), es decir, tres años después de terminado el vínculo laboral del demandante.

Y si bien **CMR S.A.S.** adujo que se celebraron acuerdos de pago con los trabajadores por el estado de iliquidez que tenía la compañía, aspecto que, según su dicho, lo corrobora los seguimientos que sobre el particular hacia la Aerocivil, lo cierto es que los documentos aportados dan cuenta de la situación de cesación que pagos que estaba teniendo la compañía, de reuniones que adelantaron con los trabajadores para informar la fecha de los pagos de salarios, actas de seguimiento y verificación del cumplimiento de compromisos de la gerencia de CMR en realizar los pagos oportunamente (archivo “12GERENCIA”, subcarpeta “09Pruebas”, carpeta “03ContestacionDemanda...”), sin que de los mismos se deduzca los

citados acuerdos de pago que se adelantaron con los trabajadores o sus representantes, lo que descarta este planteamiento.

Y los memorandos de respuesta que se remitieron a la Unidad de Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, ocho memorandos dan cuenta de seguimientos realizados con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo del demandante, uno refiere a las gestiones realizadas para el cobro de cartera en mayo de 2018 y los tres restantes informan gestiones sobre el cumplimiento de pago de nómina y parafiscales en abril, junio y julio de 2018, sin que sea suficiente dichos aspectos para constituir actos de buena fe y exonerarse de las moratorias correspondientes.

Por lo anterior, si bien la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST no son de aplicación automática, en el presente asunto existen medios de persuasión suficientes para concluir que la actuación de la demandada no estuvo revestida de buena fe, razón suficiente para confirmar esta condena. Al no presentarse queja alguna sobre los montos reconocidos por la sede judicial de origen, la Sala se abstiene de su revisión.

- **Sobre el despido indirecto.**

El artículo 62 del CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 CST. Cuando es el trabajador el que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina despido indirecto y procede el pago de la indemnización correspondiente.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de ha reiterado que la indemnización por despido indirecto opera cuando el trabajador acredita dentro del proceso que presentó renuncia al empleador, señalando los hechos que dan lugar a la misma y exponiendo las razones o justas causas por las cuales considera que esta determinación es imputable al empleador, y prueba efectivamente su ocurrencia. (Sentencia radicado 44155 del 26 de junio de 2012 y SL1082-2020).

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia condenó a la parte pasiva al pago de la indemnización por despido unilateral.

Para resolver el recurso de apelación en este aspecto, se observa que el escrito de renuncia motivada, presentado por el demandante de fecha 30 de enero de 2019, fue recibido por **CMR S.A.S.** el 31 de enero siguiente (*pág. 16, archivo "01ExpedienteDigitalFolio1A1192"*).

De dicho documento se advierte que el actor motivó su renuncia en un sistemático incumplimiento en las obligaciones del pago de salario y prestaciones sociales en las condiciones y periodos convenidos, todo lo cual derivado del no pago del salario de diciembre de 2018, primal legal de diciembre de 2018 y los intereses a las cesantías de 2018.

Respecto de la indemnización por despido indirecto, se reitera que en virtud del artículo 62 del CST, le correspondía a la parte actora demostrar las causas imputables al empleador como justificativas del rompimiento del vínculo contractual pero únicamente aquellas manifestadas para el momento de la extinción del vínculo, pues en virtud del parágrafo de la citada norma, no puede alegarse válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

Lo anterior resulta relevante en el presente asunto, pues también se acreditó que el 05 de febrero de 2019, **LEÓNARDO AGUILERA LEÓN** dio un alcance a la petición inicial, recibido por la demandada

el 08 de febrero siguiente (*archivo “06RENUNCIA No. 2”, subcarpeta “pruebas”*), donde incluyó motivos justificativos de terminación adicionales a los contenidos en la carta recibida el 31 de enero de 2019, por ende, esa segunda comunicación no cumple los presupuestos normativos citados, lo que descarta su estudio para la prosperidad de esta pretensión.

Bajo ese contexto, la Sala solamente revisará si efectivamente para la fecha de la renuncia motivada el salario de diciembre de 2018, la prima legal de diciembre de 2018 y los intereses a las cesantías de 2018 no habían sido pagados, que conduzcan a inferior el incumplimiento sistemático del empleador en la cancelación de las acreencias laborales.

Luego de revisar los documentos aportados al expediente, se tiene que la nómina del mes de diciembre de 2018, causada a favor del trabajador, tan sólo se pagó el 08 de febrero de 2019, así lo probó el actor (*pág. 166 y 167, archivo “01ExpedienteDigitalFolio1Al192”*) y fue aceptado por la demandada, pues aportó el mismo documento bajo el rotulo de “*pago nomina y vacaciones año 2018*”, página 27. La prima legal de diciembre de 2018 también fue pagada en esa fecha (*pág. 29 y 30, archivo “pago nómina y vacaciones año 2018”*), por valor de \$1.317.444, y lo mismo sucedió con los intereses moratorios (*pág. 29 y 30, archivo “pago nómina y vacaciones año 2018”*).

De los anteriores supuestos se infiere que para la fecha en que el demandante presentó la renuncia al contrato (31 de enero de 2019) el empleador estaba en mora en el pago de las acreencias laborales, sin que exista una justificación válida pues, se itera, en aplicación del artículo 28 del CST el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas, por lo que la presunta situación económica de la compañía demandada no es justificativa para no cumplir con los pagos de los derechos ciertos e indiscutibles del empleado de forma oportuna.

Demoras en el pago que eran constantes y prolongadas. Al respecto, se debe precisar que el incumplimiento sistemático que encontró la juzgadora de primer grado, no lo dedujo de un solo testigo, como se planteó en la alzada, pues si bien de la declaración de Juan Carlos Restrepo Pulgarín claramente evidencia los retrasos que tuvo la compañía en el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad (min. 1:00:10, *archivo "01GrabaciónAudArts77y80CptssParte1", carpeta "10AudienciaArts77y80Cptss20220518"*), esa conducta se desprende también de lo confesado por el representante legal de la demandada, Juan Pablo Huertas Guzmán, quien al momento de absolver interrogatorio aceptó que hubo retrasos en los pagos ante la falta de flujo de caja (min. 00:23:53, *archivo "01GrabaciónAudArts77y80CptssParte1", carpeta "10Audiencia..."*), y así lo sostuvo el *a quo* en el fallo, circunstancias que también se deducen de los documentos aportados por la misma demandada y que ya fueron mencionados en esta providencia.

Pues bien, al estar acreditadas las conductas que adujo el trabajador para terminar el contrato de trabajo y al no demostrar el empleador razones diferentes a una situación económica para no cumplir su deber legal, que no es justificativa, se configuró el derecho a la indemnización prevista en el artículo 64 del CTS, razón suficiente para confirmar la condena por este concepto.

- Sobre la excepción de prescripción

Los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se encuentra probado en este proceso que el contrato de trabajo se terminó el 30 de enero de 2019 y el demandante el 26 de febrero siguiente presentó reclamación escrita solicitando el pago de acreencias laborales e indemnización moratoria, no así la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, (*archivo “3. SOLICITUD Y PODER”, subcarpeta “13PeticiónAnexos”*), fecha con la que se interrumpió el término trienal conforme los artículos 489 CST y 151 CPTSS, siendo radicada la demanda el 04 de febrero de 2020 (*pág. 186, archivo “01ExpedienteDigitalFolio1A1192”*), esto es, antes del vencimiento del término prescriptivo que volvió a correr.

Por lo anterior, en principio los derechos laborales causados con anterioridad al 26 de febrero de 2016 estarían prescritos, salvo aquellos con reglas especiales, como las cesantías cuyo término de prescripción inicia a la terminación del contrato (SL4260 de 2020 y SL4345 de 2020), vacaciones cuyo término de prescripción inicia al año siguiente de la prestación del servicio (SL1701 de 2021 y SL3345 de 2021) y aportes a seguridad social que son imprescriptibles (SL Rad 35.083 del 06 de mayo de 2010 y SL1272-2016).

Sin embargo, al reclamarse el pago de la reliquidación desde el año 2016 ninguna de las de acreencias laborales reclamadas fueron cobijadas por este fenómeno, y así se dispuso en el fallo de primera instancia. Además, en la decisión de primer grado se precisó que el auxilio de cesantías se hizo exigible a la terminación del contrato y el pago de aportes pensionales es imprescriptible, razonamiento que se encuentra acorde con los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia.

Y frente a la sanción por no consignación de cesantías de forma completa a un fondo, al no haber sido objeto de reclamación en la petición radicada el 26 de febrero de 2019, procede la prescripción de aquellos montos causados con anterioridad al 04 de febrero de 2017, como en efecto lo estudió y aplicó *a quo*, sin que se haya cuestionado el valor obtenido, es razón suficiente para confirmar esta condena.

Y frente al monto reconocido por concepto de costas y agencias en derecho, dicho aspecto solo es controvertible en la oportunidad señalada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Bajo el anterior análisis se confirmará la sentencia recurrida en su integridad.

Sin costas en esta instancia.

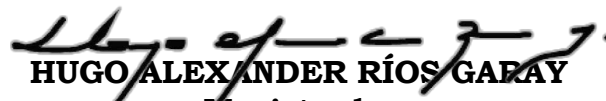
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.05-2021-00073-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 25 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizada por la demandante a **PORVENIR** y se ordenó a esa AFP a trasladar a **COLPENSIONES** el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a **COLPENSIONES** a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral, absolvió a las demás demandadas y condenó en costas a **PORVENIR** (*min. 01:06:06, archivo “25AudienciasArt77Y80”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARIA VICTORIA PINZÓN HERNÁNDEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y a

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada a **PORVENIR** y, en consecuencia, se ordene a **COLPENSIONES** a aceptarla y afiliarla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, sin solución de continuidad y a las **AFP** a trasladar los aportes realizados y los rendimientos financieros junto con la condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 11 de julio de 1964, se afilió al ISS (Instituto de los Seguros Sociales) el 13 de julio de 1989 donde estuvo vinculada hasta el 31 de julio de 1997 cuando se trasladó al RAIS a través de PORVENIR; luego hizo traslados horizontales en el RAIS a PROTECCIÓN, SKANDIA y se retornó a PORVENIR el 22 de septiembre de 2009; que al momento de los traslados le manifestaron que permaneciendo en un fondo privado tendría una pensión más alta que la que le reconocería el ISS y antes del cumplimiento de los 57 años de edad, pero que no le explicaron las ventajas y desventajas de pertenecer a alguno de los dos regímenes pensionales; que los fondos no le explicaron el derecho al retracto y la restricción de edad para regresarse al RAIS; y finalmente, que presentó peticiones a las demandadas solicitando la anulación del traslado y la relación y soporte de la información que se le brindó en ese momento (*pág. 01 a 37, archivo “02DemandayAnexos”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad de la demandante, la afiliación a esa AFP y la solicitud presentada. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor

de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; traslado de aportes a otra administradora; ratificación de pertenecer al RAIS al firmar el formato de afiliación con varias AFP de acuerdo a la SL3752 y la innominada o genérica (pág. 3 a 29, archivo “05ContestacionProteccion”).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante a esa AFP y la solicitud presentada. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*; actos de relacionamiento; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable; prescripción de la acción; la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración; buena fe y la innominada o genérica (pág. 03 a 29, archivo “06ContestacionSkandia”). Llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (archivo “07LlamamientoGarantiaSkandia”), petición posteriormente desistida en audiencia del artículo 77 del CPTSS.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad, la afiliación y el tiempo de vinculación de la demandante en el RPM, el traslado al RAIS, la solicitud presentada y su respuesta. Expresó que

los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 y la innominada o genérica (pág. 02 a 39, archivo “11ContestacionColpensiones”).

Y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 19, archivo “17ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:06:06, archivo “25AudienciasArt77Y80”)

El 25 de octubre de 2022, el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del traslado del RPM al RAIS realizado por la señora MARÍA VICTORIA PINZÓN HERNÁNDEZ a través de PORVENIR S.A. **SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A., a que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. **TERCERO: ABSOLVER** a PROTECCIÓN S.A. y a SKANDIA S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación. **CUARTO: COSTAS** únicamente a cargo de PORVENIR S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes. **QUINTO:** En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES...”

Para resolver el Juez indicó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de la prueba de aportar la información suministrada a los afiliados es de los fondos de pensiones y al revisar el expediente no hay evidencia del cumplimiento de ese deber calificado, y los formatos de afiliación no son prueba conducente del consentimiento verdaderamente informado, pues contienen datos básicos del afiliado pero no se advierte ninguna característica del régimen, ventajas o desventajas, por lo que concluyó que era viable acceder a la ineficacia solicitada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Adujo que dicha entidad no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la demandante al momento de realizar el traslado de régimen, y se está afectando los intereses y la descapitalización del fondo pensional, poniendo en riesgo las pensiones de aquellas personas que durante toda su vida laboral sí han realizado sus aportes al RPM, conforme sentencia T-489 de 2010; solicita que se estudie a fondo lo señalado en el fallo de primera instancia, pues debería ser la AFP quien asuma el estudio y reconocimiento pensional bajo los mismos parámetros que ofrece el RPM; que se tenga en cuenta que la vinculación de COLPENSIONES se hizo de manera residual, por lo que los efectos de la ineficacia no pueden ser endilgados en su contra, máxime cuando a quienes les asistía la obligación de brindar una información veraz y oportuna eran a los fondos privados al momento de suscribir el formulario de afiliación y no a COLPENSIONES; que no resulta consecuente que los afiliados al Sistema General de Pensiones pueda solicitar en cualquier tiempo que se declare la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, para quienes cumplen el estatus de pensionado en el fondo privado, como sucede con el caso de la demandante.

Finalmente, manifestó que, de ser confirmada la sentencia, las AFP deben garantizar el reintegro de la totalidad de la cotización, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones (*min. 01:07:20, archivo “25AudienciasArt77Y80”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

Y pese a que **PORVENIR** no presentó recurso de apelación, solicitó la revocatoria de la sentencia señalando, entre otros aspectos, que el acto jurídico produjo los efectos que las partes pretendían

No hubo pronunciamiento de las demás partes.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MARIA VICTORIA PINZÓN HERNÁNDEZ** nació el 11 de julio de 1964 (*pág. 136, archivo “02DemandayAnexos”*) y se afilió al RPM a partir del 13 de julio de 1989 (*aceptado por COLPENSIONES al contestar el hecho tercero de la demanda y se verifica con la historia laboral consolidada expedida por PORVENIR, pág. 85, contestación demanda*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 11 de julio de 1997, con efectividad a partir del 1° de septiembre siguiente (*pág. 67 y 69, archivo “17ContestacionPorvenir”*); **iii)** y realizó diversos traslados horizontales en el RAIS, inicialmente a ING hoy **PROTECCIÓN** el 1° de marzo de 2001 (*pág. 38 y 41, archivo “05ContestacionProteccion”*), luego retornó a **PORVENIR** el 30 de marzo de 2003 (*pág. 67 y 70, archivo “17ContestacionPorvenir”*), posteriormente se trasladó a **SKANDIA** el 21 de enero de 2009 (*pág. 44 y 45, archivo “06ContestacionSkandia”*), y finalmente regresó a **PORVENIR** el 19 de agosto de 2009, donde permanece actualmente (*pág. 67 y 71, archivo “17ContestacionPorvenir”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

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

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

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

que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

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

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

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o

que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación, no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir

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

Y la demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que le informaron únicamente beneficios, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además del capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con

cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal TERCERO de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y a **SKANDIA S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dichas Sociedades, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PROTECCIÓN y SKANDIA** cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme

el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARIA VICTORIA PINZON HERNANDEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2021 00073 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 10-2020-00059-01

Bogotá D.C, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 1° de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a dicha entidad a pagar la pensión vejez a la demandante a partir del 1° de noviembre de 2020 en cuantía de \$3.563.247,17, por 13 mesadas anuales, junto con el correspondiente retroactivo, intereses moratorios y costas procesales (*min. 01:11:49, archivo “23AudienciaArticulos7780CPTSS20230301”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

LUZ ENITH PRIETO DE RODRIGUEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 2018, o en subsidio desde la fecha de desafiliación al sistema, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que es docente de profesión, nació el 12 de septiembre de 1960 y empezó a cotizar para pensión con establecimientos de educación del sector privado el 15 de febrero de 1979; que también se vinculó como docente con la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, quien mediante Resolución 13260 del 22 de noviembre de 2011 la retiró del servicio como docente oficial por invalidez causada por una PCL del 96%, y a través de la Fiduprevisora le fue reconocida pensión de invalidez; que continuó prestando sus servicios en establecimientos de educación privados y cotizando al sistema general de pensiones, teniendo como empleador a la Corporación Universidad Libre, reuniendo al 30 de noviembre de 2018 un total de 1.538 semanas cotizadas, por lo que le solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, entidad que mediante Resolución SUB32264 del 12 de diciembre de 2018 le negó la prestación (pág. 19 a 23, archivo “01ExpedienteFisicoLuzPrietoVSColpensiones”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la cotización como docente con empleadores del sector privado, la vinculación como docente oficial, la solicitud de pensión y su negativa. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación*, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, prescripción, principio de buena fe y la innominada o genérica (pág. 2 a 9, archivo “06ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:11:49, archivo “23AudienciaArticulos7780CPTS...”)

El 1° de marzo de 2023, el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR que la pensión de invalidez reconocida a la demandante Luz Enith Prieto de Rodríguez, identificada con cédula de ciudadanía 51.560.276, por parte de la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a través de Fiduprevisora es compatible con la pensión de vejez solicitada en esta demanda, conforme a lo expuesto en esta motiva. **SEGUNDO: DECLARAR** que, a la demandante Luz Enith Prieto de Rodríguez, identificada con cédula de ciudadanía 51.560.276, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2020, en cuantía para dicha anualidad equivalente a \$3.563.247,17, junto con los respectivos incrementos anuales, en 13 mesadas pensionales al año, conforme a quedado expuesto en esta motiva. **TERCERO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos formulados por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a través de su apoderado judicial, conforme quedo expuesto. **CUARTO: DECLARAR** que la demandante Luz Enith Prieto de Rodríguez le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional en la suma de \$116.122.595,25, conforme a las consideraciones expuestas en esta decisión. **QUINTO: CONDENAR** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a la señora Luz Enith Prieto de Rodríguez la pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2020 en 13 mesadas pensionales, conforme quedo expuesto. **SEXTO: CONDENAR** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar en favor de la demandante Luz Enith Prieto de Rodríguez la suma de \$116.122.595,25 por concepto de retroactivo pensional a partir del 1º de noviembre de 2020 y hasta el 28 de febrero de 2023, y las mesadas pensionales que se causen con posterioridad. Autorizando a Colpensiones para que, de dicho monto, realice los descuentos respectivos, con destino al Sistema de seguridad Social en salud, como se indicó en precedencia. **SÉPTIMO: CONDENAR** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar y reconocer en favor de la demandante Luz Enith Prieto de Rodríguez el valor correspondiente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor del retroactivo pensional y sobre las mesadas que se causen con posterioridad desde el 1º de noviembre de 2020 y hasta que se verifique su pago de acuerdo a lo expuesto en esta decisión. **OCTAVO:** Se dispone que esta decisión sea consultada en los términos del artículo 69 del CPTSS CONSÚLTESE con el superior. **NOVENO: CONDENAR** en costas a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, señalando como agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

Para resolver el Juez indicó que la demandante nació el 12 de septiembre de 1960, fue retirada de servicio por parte de la Secretaria de Educación Distrital con ocasión de la invalidez de un 96%, por lo que le fue reconocida pensión de invalidez por esa entidad a partir del 4 de diciembre de 2011, pago a cargo de la Fiduciaria La Previsora; que

atendiendo la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la pensión de invalidez reconocida como docente oficial y la pensión de vejez que se reclama por aportes a pensión con empleadores del sector privado son compatibles por tener origen de financiamiento diferente. Por tanto, para resolver la pensión de vejez señaló que la accionante acredita un total de 1585.77 semanas en su historia laboral, que el periodo del 1° de septiembre de 1986 al 31 de agosto de 1987 se encuentra en mora por el empleador Aida Guerrero de Carillo, sin novedad de retiro, por lo que le correspondía al fondo de pensiones ejercer las acciones de cobro y como no lo hizo, se entiende que se allanó a la mora y no se pueden desconocer esos tiempos, acreditando la actora un total de 1710.43 semanas.

Que conforme con el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, la demandante cumplió 57 años el 12 de septiembre de 2017, fecha para la cual tenía acreditadas más de 1300 semanas, por lo que concluyó que tiene derecho a la pensión de vejez, a partir del 1° de noviembre de 2020 (día siguiente a la última cotización), por 13 mesadas anuales, en cuantía de \$3.563.247,17, aplicando una tasa de reemplazo del 74.79 sobre un IBL calculado en los 10 últimos años cotizados, \$4.764.336.37, por ser más favorable que la obtenida por lo aportado en toda la vida laboral, junto con los intereses moratorios que se causan a partir del 1° de noviembre de 2020.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque o se modifique. Adujo que no hay lugar a reconocer una pensión de vejez por cuanto al ser el régimen de prima media un régimen solidario todos los aportes efectuados por afiliado sirven de sustento para mantener el sistema y financiar la pensión, y si algún tiempo no se incluye para el reconocimiento de la pensión en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de dicho bono, estas sumas se deben entregar a quien reconozca la pensión; que no está de acuerdo con el número de

semanas que se establecieron en la sentencia, por cuanto el tema de la mora patronal no fue objeto de litigio y no fue reclamada con la demanda, por lo que sólo se debieron tener en cuenta las semanas acreditadas en la historia laboral; que en caso de que se confirme el reconocimiento, solicita se modifique la condena por intereses moratorios pues si bien la prestación se solicitó en el año 2018, para su reconocimiento se debe acreditar la desafiliación del sistema y ésta sólo se dio en octubre de 2020, por lo que estos intereses serian viables únicamente a partir del vencimiento de los 4 meses siguientes conforme lo dispone la ley y en virtud de la sentencia de la CSJ SL4985 de 2017.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y titular de la T.P. 221.228 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad, y en su escrito de alegatos solicitó se absuelva a esa entidad de todas las condenas, pues han actuado conforme a los principios del debido proceso, imparcialidad, moralidad, transparencia, eficacia y celeridad que gobiernan las actuaciones administrativas.

Por su parte, el apoderado actor solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la pensión de invalidez que recibe la demandante es compatible con la pensión vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; en tal caso, establecer si la actora acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez, su correspondiente retroactivo e intereses moratorios.

VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i) LUZ ENITH PRIETO DE RODRIGUEZ** nació el 12 de septiembre de 1960 (*archivo “GEN-DDI-AF-2019_14236800-20191022083903”, carpeta “16ExpedienteAdministrativoColpensiones”*); **ii)** la demandante presentó solicitud de pensión vejez el 15 de agosto de 2018, la cual fue resuelta de forma negativa por **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB322964 del 12 de diciembre de 2018, notificada por aviso el 09 de octubre de 2019 (*archivo “GRF-AAT-RP-2018_9957241-20181212055131”, carpeta “16ExpedienteAdministrativoColpensiones”*); **iii)** el 22 de octubre de 2019, la accionante presentó recurso de apelación contra el citado administrativo, contra el cual se aplicó desistimiento tácito por **COLPENSIONES** mediante Resolución DPE15179 del 24 de diciembre de 2018 (*archivo “GRF-AAT-RP-2019_14236800-20191224092811”, carpeta “16ExpedienteAdministrativoColpensiones”*); **iv) LUZ ENITH PRIETO DE RODRIGUEZ** cotizó al ISS y **COLPENSIONES** 1.585,57 semanas (*archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1893-*

20201218091653”, carpeta “16ExpedienteAdministrativoColpensiones”) y percibe una pensión de invalidez reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 2520 del 23 de mayo de 2012, en cuantía de \$2.726.017 a partir del 04 de mayo de 2011, por haber laborado al servicio del estado como docente nacional hasta el 03 de diciembre de 2011 (pág. 1 a 4, archivo “21ApoderadaActoraRemiteResolucionReconocimientoPension”).

- **Sobre la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público**

El artículo 128 Constitucional establece que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política recae sobre prestaciones provenientes del tesoro público, esto es, la Nación, las entidades territoriales y descentralizadas cuando se pagan con cargo a tales recursos, como acontece con las pensiones de jubilación en cabeza de una entidad descentralizada, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal, es decir, que esta prohibición lo que pretende es la racionalización de los dineros públicos por lo que, por regla general, una misma persona no puede recibir más de una asignación que provenga del erario, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley (SL4014-2018, SL3226-2020 y SL2599-2021, entre otras).

- **Sobre la compatibilidad entre la pensión vejez a cargo de COLPENSIONES y las pensiones reconocidas por el Magisterio**

Para resolver este punto de la controversia el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptúa a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones advirtiendo que las *“prestaciones a cargo, de dicho Fondo, serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*. En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la Ley 100 de 1993.

Sobre la compatibilidad entre las pensiones percibidas por docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y las prestaciones económicas por cotizaciones al RPMPD y al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Magisterio y el pago del bono pensional a cargo de la Nación no representa una doble asignación a cargo del erario pues a pesar de que el bono constituye un título de deuda pública en los términos del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, los dineros que acredita no provienen de la Nación sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores, y por tanto tienen diferente fuente de financiación. Asimismo, ha señalado que una persona que preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy COLPENSIONES, no genera incompatibilidad alguna (*SL de fecha 6 de diciembre de 2011 radicado 40848, SL 451 de 2013, SL 3775 de 2021 y SL 1127 de 2022*).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso se tiene que a la demandante **LUZ ENITH PRIETO DE RODRIGUEZ** le fue reconocida una pensión de invalidez por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 2520 del 23 de mayo de 2012, en cuantía de \$2.726.017, a partir del 04 de mayo de 2011, (pág. 1 a 4, archivo “21ApoderadaActoraRemiteResolucionReconocimientoPen.”), tomando en cuenta los tiempos laborados para el Distrito Capital, por lo que para el reconocimiento, liquidación y pago de la misma sólo se tuvieron en cuenta los tiempos laborados con entidades públicas cuando se desempeñó como docente hasta el 03 de diciembre de 2011. Adicionalmente, reporta tiempos cotizados en el ISS hoy COLPENSIONES con empleadores privados desde el 15 de febrero de 1979 hasta el 31 de octubre de 2020 acumulando un total de 1.585,57 semanas (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1893-20201218091653”, carpeta “16ExpedienteAdministrativoColpen...”).

Al respecto, conforme con el precedente jurisprudencial, la pensión que percibe la demandante a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con la pensión vejez a cargo de **COLPENSIONES** atendiendo a que, si bien la demandada es una entidad de seguridad social de carácter oficial, la pensión vejez se financia con las cotizaciones realizadas por la actora con empleadores privados y, por tanto no hacen parte del erario, sin que ello comporte incompatibilidad alguna (art. 128 Constitucional), lo que descarta los planteamientos expuestos en la alzada.

En consecuencia, procede la Sala a verificar si **LUZ ENITH PRIETO DE RODRIGUEZ** cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que exige para acceder a dicha prestación, para el caso de las mujeres,

tener 57 o más años de edad y un mínimo de 1.300 semanas a partir del año 2015, de la siguiente manera:

LUZ ENITH PRIETO DE RODRIGUEZ nació el 12 de septiembre de 1960 (*archivo “GEN-DDI-AF-2019_14236800-20191022083903”, carpeta “16ExpedienteAdministrativoColpensiones”*), por lo que cumplió 57 años de edad en mismo día y mes del año 2017, reuniendo así el primer presupuesto normativo. Al revisar el reporte de semanas cotizadas, expedido el 18 de diciembre de 2020, se observa que cotizó con empleadores privados un total de 1.585.57 semanas, lo que es indicativo que acredita los requisitos necesarios para acceder a la pensión vejez con 13 mesadas anuales, atendiendo a que causó el derecho en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, razón suficiente para confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

Frente al planteamiento expuesto por el recurrente en el sentido de señalar que el tema de la mora patronal no fue objeto de litigio y no fue reclamada con la demanda, por lo que sólo se debieron tener en cuenta las semanas acreditadas en la historia laboral, debe precisar la Sala que en principio no le asistiría razón por cuanto es precisamente el juez laboral el competente para revisar, determinar y cuantificar las semanas válidamente cotizadas por el afiliado para causar la prestación pensional o incrementar el monto de su mesada.

Sin embargo, frente a la mora su análisis no se supedita únicamente en establecer si el fondo de pensiones se allanó a la misma por no ejercer las acciones de cobro oportunamente, como erróneamente lo analizó el *a quo*, sino que se requiere de la participación activa del afiliado quien deberá demostrar la efectiva prestación del servicio en ese periodo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido, de forma reiterada y pacífica, que el trabajador dependiente no debe asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la

administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque sólo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL5607 de 2019, SL 4295 de 2021, SL1116 de 2022, entre otras.

Así las cosas, la mora del empleador en el pago de aportes, conlleva que la administradora de pensiones deba considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando haya una afiliación válida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio.

En el asunto bajo estudio, la historia laboral da cuenta de una afiliación que tuvo la demandante entre el 1° de septiembre de 1986 al 31 de agosto de 1989, teniendo como aportante a Aida Guerrero De Carrillo, con la observación de que esos periodos se encuentran en mora por parte del empleador. No obstante, conforme con los documentos aportados al expediente no hay ninguna certeza de que la accionante haya prestado efectivamente el servicio, bajo qué modalidad contractual y los extremos temporales, que permitan deducir la responsabilidad del ISS hoy COLPENSIONES ante la omisión de las acciones de cobro y la consecuente validación de los tiempos como semanas cotizadas.

Por tal razón, para el presente caso, solo se pueden tener en cuenta las 1.585.57 semanas reportadas en la historia laboral expedida el 18 de diciembre de 2020 (*archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1893-20201218091...”*, *carpeta “16ExpedienteA...”*), motivo suficiente para modificar la sentencia recurrida y consultada en este aspecto.

- **Sobre la fecha de disfrute y el valor de la mesada pensional**

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

Conforme la documental, se tiene que **LUZ ENITH PRIETO DE RODRIGUEZ** solicitó a **COLPENSIONES** la pensión de vejez el 15 de agosto de 2018, entidad que negó la prestación mediante Resolución SUB322964 del 12 de diciembre de 2018, notificada por aviso el 09 de octubre de 2019 (*archivo “GRF-AAT-RP-2018_9957241-20181212055131”, carpeta “16ExpedienteAdministrativoColpensiones”*)

Para la Sala es claro que al 15 de agosto de 2018 (*fecha en que la demandante le solicitó la pensión a Colpensiones*) acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez y debido a la negativa del fondo de pensiones continuó realizando cotizaciones al sistema hasta el 31 de octubre de 2020. Por lo tanto, como fecha de disfrute correspondería a aquella en la que el trabajador cotizante demostró su voluntad de retirarse del sistema.

Con todo, no se puede pasar por alto que la sentencia de instancia fijó como fecha de disfrute el 1° de noviembre de 2020, día siguiente a la última cotización pensional, por lo que al ser

COLPENSIONES el único apelante y que la consulta se surte a su favor, no se puede hacer más gravosa su situación, lo que conlleva a confirmar la fecha del goce del derecho determinada por el juez de primer grado.

Teniendo clara la fecha de disfrute de la pensión de vejez, procede la Sala a determinar el valor de la mesada pensional para el año 2020, teniendo como IBL el promedio de lo cotizado por la afiliada en los últimos 10 años, y no sobre toda la vida laboral, aspecto sobre el cual no hubo controversia, de la siguiente manera:

DESDE	HASTA	# DÍAS	IBC	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/10/2010	31/12/2010	90	\$ 2.821.000,00	103,8000	71,200000	1,46	\$4.112.637,64	\$370.137.387,64
1/01/2011	31/01/2011	30	\$ 2.821.000,00	103,8000	73,450000	1,41	\$3.986.654,87	\$119.599.646,02
1/02/2011	28/02/2011	30	\$ 3.056.000,00	103,8000	73,450000	1,41	\$4.318.758,34	\$129.562.750,17
1/03/2011	31/03/2011	30	\$ 3.009.000,00	103,8000	73,450000	1,41	\$4.252.337,64	\$127.570.129,34
1/04/2011	30/04/2011	30	\$ 3.017.000,00	103,8000	73,450000	1,41	\$4.263.643,29	\$127.909.298,84
1/05/2011	31/05/2011	30	\$ 2.090.000,00	103,8000	73,450000	1,41	\$2.953.601,09	\$88.608.032,68
1/06/2011	30/09/2011	120	\$ 2.006.000,00	103,8000	73,450000	1,41	\$2.834.891,76	\$340.187.011,57
1/10/2011	31/12/2011	90	\$ 1.577.000,00	103,8000	73,450000	1,41	\$2.228.626,28	\$200.576.364,87
1/01/2012	31/01/2012	30	\$ 2.680.000,00	103,8000	76,190000	1,36	\$3.651.187,82	\$109.535.634,60
1/02/2012	30/06/2012	150	\$ 3.153.000,00	103,8000	76,190000	1,36	\$4.295.595,22	\$644.339.283,37
1/07/2012	30/11/2012	120	\$ 3.311.000,00	103,8000	76,190000	1,36	\$4.510.851,82	\$541.302.218,14
1/12/2012	31/12/2012	30	\$ 3.697.000,00	103,8000	76,190000	1,36	\$5.036.731,85	\$151.101.955,64
1/01/2013	31/01/2013	30	\$ 3.559.000,00	103,8000	78,050000	1,33	\$4.733.173,61	\$141.995.208,20
1/02/2013	30/04/2013	90	\$3.311.000,00	103,8000	78,050000	1,33	\$4.403.354,26	\$396.301.883,41
1/05/2013	31/05/2013	30	\$3.880.000,00	103,8000	78,050000	1,33	\$5.160.076,87	\$154.802.306,21
1/06/2013	31/12/2013	210	\$3.425.000,00	103,8000	78,050000	1,33	\$4.554.964,77	\$956.542.600,90
1/01/2014	31/01/2014	30	\$3.425.000,00	103,8000	79,560000	1,30	\$4.468.514,33	\$134.055.429,86
1/02/2014	28/02/2014	30	\$3.626.000,00	103,8000	79,560000	1,30	\$4.730.754,15	\$141.922.624,43
1/03/2014	31/12/2014	300	\$3.526.000,00	103,8000	79,560000	1,30	\$4.600.286,58	\$1.380.085.972,85
1/01/2015	30/04/2015	120	\$3.526.000,00	103,8000	82,470000	1,26	\$4.437.962,90	\$532.555.547,47
1/05/2015	31/05/2015	30	\$4.531.000,00	103,8000	82,470000	1,26	\$5.702.895,60	\$171.086.867,95
1/06/2015	31/12/2015	210	\$3.727.000,00	103,8000	82,470000	1,26	\$4.690.949,44	\$985.099.381,59
1/01/2016	31/01/2016	30	\$4.057.000,00	103,8000	88,050000	1,18	\$4.782.698,47	\$143.480.954,00
1/02/2016	30/05/2016	120	\$4.056.000,00	103,8000	88,050000	1,18	\$4.781.519,59	\$573.782.350,94
1/06/2016	31/12/2016	210	\$4.212.000,00	103,8000	88,050000	1,18	\$4.965.424,19	\$1.042.739.080,07
1/01/2017	31/03/2107	90	\$4.212.000,00	103,8000	93,110000	1,11	\$4.695.581,57	\$422.602.341,32
1/04/2017	31/05/2017	60	\$4.212.458,00	103,8000	93,110000	1,11	\$4.696.092,15	\$281.765.529,20
1/06/2017	30/06/2017	30	\$6.365.339,00	103,8000	93,110000	1,11	\$7.096.146,37	\$212.884.391,00
1/07/2017	31/08/2017	60	\$4.586.736,00	103,8000	93,110000	1,11	\$5.113.341,17	\$306.800.470,50
1/09/2017	30/09/2017	30	\$4.679.522,00	103,8000	93,110000	1,11	\$5.216.779,98	\$156.503.399,29
1/10/2107	31/12/2017	90	\$4.586.736,00	103,8000	93,110000	1,11	\$5.113.341,17	\$460.200.705,75
1/01/2018	31/01/2018	30	\$4.586.736,00	103,8000	96,920000	1,07	\$4.912.331,79	\$147.369.953,61
1/02/2018	28/02/2018	30	\$5.246.470,00	103,8000	96,920000	1,07	\$5.618.897,92	\$168.566.937,47
1/03/2018	30/11/2018	270	\$4.916.603,00	103,8000	96,920000	1,07	\$5.265.614,85	\$1.421.716.009,88

DESDE	HASTA	# DÍAS	IBC	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/12/2018	28/12/2018	30	\$4.916.604,00	103,8000	96,920000	1,07	\$5.265.615,92	\$157.968.477,67
1/01/2019	31/05/2019	150	\$4.916.603,00	103,8000	100,0000	1,04	\$5.103.433,91	\$765.515.087,10
1/06/2019	30/06/2019	30	\$7.168.906,00	103,8000	100,0000	1,04	\$7.441.324,43	\$223.239.732,84
1/07/2019	31/12/2019	180	\$5.291.986,00	103,8000	100,0000	1,04	\$5.493.081,47	\$988.754.664,24
1/01/2020	28/02/2020	60	\$5.291.986,00	103,8000	103,8000	1,00	\$5.291.986,00	\$317.519.160,00
1/03/2020	31/03/2020	30	\$6.605.504,00	103,8000	103,8000	1,00	\$6.605.504,00	\$198.165.120,00
1/04/2020	31/10/2020	210	\$5.729.825,00	103,8000	103,8000	1,00	\$5.729.825,00	\$1.203.263.250,00
TOTAL DIAS		3.600						\$ 17.137.715.150,65

IBL	\$4.760.476,43
SMLV 2020	\$877.802,00
No. SALARIOS	5,42
TOTAL SEMANAS	1,585

r	=	65,50%	-	0,50%	*	5,42
r	=	65,50%	-	2,71%		
r	=	62,79%				
r	=	70,29%				

VALOR PENSIÓN	\$3.346.138,88
TASA DE REMPLAZO	70,29%

El valor de la primera mesada pensional para el año 2020 asciende a la suma de \$3.346.138,88, cuantía que es inferior a la liquidada por el *a quo*, por lo que se modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia. Y debido a que es incierta la fecha en que **COLPENSIONES** incluirá en nómina de pensionados a **LUZ ENITH PRIETO DE RODRIGUEZ** no es viable liquidar el valor del retroactivo pensional, por lo que este aspecto también se modificará.

- De la excepción de prescripción

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

Así las cosas, se advierte que la demandante solicitó la pensión de vejez el 15 de agosto de 2018, la cual fue resuelta de forma negativa por **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB322964 del 12 de diciembre de 2018, notificada por aviso el 09 de octubre de 2019 (*archivo “GRF-AAT-RP-2018_9957241-20181212055131”, carpeta “16ExpedienteAdministrativo...”*) y la demanda fue presentada en reparto el 31 de enero de 2020 (*pág. 24, archivo “01ExpedienteFisicoLuzPrietoVSColpensiones”*), es decir, antes de que transcurrieran los 3 años, motivo por el cual no prospera este medio exceptivo. Y por el resultado del estudio del objeto del litigio, tampoco tienen vocación de prosperidad las demás excepciones formuladas en la contestación.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993:**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras). La misma Corporación de cierre ha determinado que de forma excepcional no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

En el presente asunto **COLPENSIONES** negó la pensión vejez argumentando una incompatibilidad de prestaciones a cargo del erario, posición que resulta injustificada e insuficiente para aplicar la regla excepcional citada, pues es un asunto que por lo menos desde el año 2011 ha quedado dilucidado jurisprudencialmente sin que dicha entidad haya acatado el precedente, lo que conlleva a que los mismos sean procedentes por la demora en el pago de las mesadas pensionales reconocidas.

Por tanto, en este caso **COLPENSIONES** tenía la posibilidad de pagar la pensión no sólo a partir del 15 de agosto de 2018, fecha de la solicitud, sino también tuvo la alternativa de concederla a partir del momento en que cesaran los aportes, circunstancia que no ocurrió, razón suficiente para concluir que el pago de interés procede a partir de la causación de la primera mesada reconocida. En este caso, la mesada de noviembre de 2020 se debió pagar a partir del 1° de diciembre del mismo año, y la de diciembre de 2020 a partir del 1° de enero del año siguiente, motivo por el cual se modificará el alcance de la condena, no siendo de recibo los planteamientos de la recurrente en cuanto a la aplicación de la sentencia CSJ SL4985 de 2017 (moratoria 4 meses después de la última cotización), pues en estricto sentido el estudio de esta pretensión le resulta más favorable a la demandada al exonerarse del pago de intereses desde los 4 meses siguientes a la petición inicial.

Por otra parte, resulta acertada la decisión de primera instancia al autorizar a la accionada para que del retroactivo adeudado descuente el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que a **LUZ ENITH PRIETO DE RODRÍGUEZ** le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 2020, en cuantía de \$3.346.138,88, por 13 mesadas anuales, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR los ordinales cuarto y sexto de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a **LUZ ENITH PRIETO DE RODRÍGUEZ** el retroactivo pensional adeudado por las mesadas pensionales causadas desde el 1° de noviembre de 2020 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación económica y su inclusión en nómina, junto con la mesada adicional y los reajustes legales anuales, previo los descuentos por aportes en salud, conforme la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal séptimo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que los intereses moratorios respecto de la mesada de noviembre de 2020 se causan a partir del 1° de diciembre de 2020 y así sucesivamente respecto de las demás mesadas pensionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento de voto parcial


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

DEMANDANTE: LUZ ENITH PRIETO DE RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 010 2020 00059 01

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento parcial de voto respecto de la decisión adoptada:

En el presente caso se estudió el reconocimiento de la pensión de vejez y los intereses moratorios.

Respecto de la pensión de vejez pretendida, se encuentra que la actora presentó la solicitud el 13 de agosto de 2018, la que se respondió de manera negativa por la demandada mediante Resolución SUB 322964 de 12 de diciembre de 2012; frente a esa decisión negativa, la actora presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, y la entidad previo a resolver los recursos le solicitó a la parte demandante documentos, los cuales no fueron presentados y como consecuencia la entidad demandada emitió la resolución DPE 15179 de 24 de diciembre de 2019 declarando el desistimiento tácito de la petición. Decisión que fue debidamente notificada a la demandada.

De tal manera que si bien procedía el reconocimiento de la pensión como se ordena en la sentencia, primero porque la pensión reconocida por el FOMAG es de invalidez, y segundo, porque reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, es de anotar que no procedía el reconocimiento de los intereses moratorios, dado que ante la decisión de desistimiento de la petición declarada por la demandada el 24 de diciembre de 2019 y la continuación de las cotizaciones al sistema hasta el año 2020 por la demandante no se podía dar aplicación al criterio jurisprudencial de desafiliación tácita para constituir en mora a la demandada y ordenar el pago de intereses moratorios.

Recuérdese que para el reconocimiento de la pensión se requiere de solicitud expresa del afiliado, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990

aprobado por el decreto 758 de 1990¹, aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, y de la desafiliación del sistema.

De tal manera que al no existir una solicitud de la pensión de manera expresa, después de ser declarado el desistimiento de la pensión, no se podía contabilizar el término para ser exigible la prestación y mucho menos cuando no se acreditó la desafiliación del sistema de pensiones por los aportes realizados con posterioridad a la fecha de emisión de la resolución.

Por consiguiente, no se debió condenar por intereses moratorios.


ÁNGELA LUCIA MUFILLO VARÓN
Magistrada

¹ Acuerdo 049 de 1990 ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.11-2019-00833-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 07 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizada por la demandante a **COLFONDOS** y se ordenó a esa AFP trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos por aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y condenó en costas a **COLFONDOS** (min. 41:38, archivo “15AudienciaArticulo80CPTSSFallo”).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

SILVIA MODESTA APONTE PENSO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación

realizado a **COLFONDOS** y, en consecuencia, se ordene a **COLPENSIONES** recibirla y afiliarla nuevamente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, y a **COLFONDOS** a trasladar todas las cotizaciones realizadas, junto con los rendimientos financieros e intereses, debidamente indexados, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al RPM inicialmente a través de CAJANAL desde el 20 de agosto de 1991 y luego al ISS desde el 1° de enero de 1995; que está vinculada a la Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá desde el 19 de diciembre de 1994; que a partir del 1° de diciembre de 1995 se trasladó del RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS a través de **COLFONDOS**; que los asesores de dicho fondo motivaron su traslado bajo un acoso sistemático ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener en el RPM - que dicho régimen se iba a acabar así como el Seguro Social, que la AFP le ofrecía una buena tasa de rentabilidad, con la posibilidad de pensionarse a cualquier edad y una mesada superior, que en cualquier momento se podía cambiar de régimen y que podía retirar el dinero en cualquier época, pero no se le indicó sobre la pérdida de beneficios que le ofrecía el RPM, pues en este régimen obtendría una mesada mucho mayor, por lo que considera que asaltada en su buena fe.

Manifestó que **COLFONDOS** le realizó una proyección pensional según la cual a los 60 años recibiría una mesada de \$1.228.374 y a la edad de 62 años una mesada de \$1.478.871; que en el RPM a los 60 años recibiría una mesada de \$5.672.018.55, siendo ostensiblemente superior; y finalmente que el 19 de noviembre de 2019 presentó solicitud de traslado de régimen, el cual no fue aceptado por **COLPENSIONES** (pág. 5 a 28, archivo “01ExpedienteFisicoSilviaAponteVsColpensionesOtro”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a esa AFP y la solicitud de traslado presentada ante **COLPENSIONES**. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica (pág. 1 a 24, archivo “02ContestacionDemandaColfondos”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación y el tiempo de vinculación en el RPM de la demandante, la fecha de nacimiento y la calidad de beneficiaria del régimen de transición, el traslado al RAIS y la solicitud de un nuevo traslado. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *descapitalización del sistema pensional*, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 26 a 57, archivo “03ContestacionDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 41:38, archivo “15AudienciaArticulo80CPTSSFallo”)

El 07 de marzo de 2023, el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que la señora SILVIA MODESTA APONTE PENSO, con cédula de ciudadanía 42.497.241, efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en esta motiva. **SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá regresar o devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación en el RPM sin solución de continuidad, corrija su historia laboral conforme los dineros le sean trasladados desde el RAIS. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme se expuso en esta decisión. **QUINTO: COSTAS** a cargo de COLFONDOS S.A y a favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un SMLMV. **SÉPTIMO (SIC):** Se dispone CONSULTAR esta decisión a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES con el Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Decisión Laboral...”*

Para resolver el Juez indicó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable, el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la documental aportada y el interrogatorio realizado a la demandante, no se logró acreditar por parte de la demandada que efectivamente en la etapa precontractual brindó la información necesaria, de manera clara, suficiente sobre las consecuencias que implicaban el traslado de régimen pensional, tanto positivas o negativas o adversas, para que la actora debidamente ilustrada pudiera tomar una decisión consiente frente a dicho traslado, carga de la prueba que le correspondía al fondo de pensiones, quien no desvirtuó las afirmaciones indefinidas contenidas en la demanda; además, que el hecho que la afiliada fuera

de profesión abogada para el momento del traslado, no significa que domine todas las áreas del derecho, por lo que no es una razón atendible o que justifique la falta al deber de información.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que la demandante se encontraba dentro de una prohibición legal para retornar al RPM; que el traslado de régimen se realizó a través de un contrato, y se le exige la carga de la prueba al fondo de pensiones, pero no al afiliado quien debía acreditar los vicios del consentimiento al momento del traslado; que la demandante tenía la obligación de asesorarse, y en este caso la demandante permaneció durante todo el tiempo de afiliación con la AFP, entendiéndose así que era consciente de la decisión que estaba tomando y de su deseo de permanencia en el RAIS; que el precedente de la CSJ aplica el deber de información desde el Decreto 663 de 1993, pero este deber solo se materializó a través de las leyes que empezaron en vigencia desde el año 2014; que desde el año 1993 al 2014 no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde constara la plena intención del afiliado de pertenecer al RAIS, y que así lo mencionó la actora en el interrogatorio; además, que la declaratoria de ineficacia afecta el sostenimiento financiero del sistema pensional.

Finalmente, manifestó que, en caso de no acogerse sus argumentos, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y se confirme la no condena en costas (*min. 45:10, archivo “19GrabaciónAudiencia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó la

revocatoria de la sentencia reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, el apoderado del demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia dado que la demandada no cumplió con la obligación de información para la fecha del traslado.

No hubo pronunciamiento por parte de **COLFONDOS S.A.**

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) SILVIA MODESTA APONTE PENSO** nació el 20 de noviembre de 1958 (*pág. 56, archivo “01ExpedienteFisicoSilviaAponteVsColpensionesOtro”*) y se afilió al RPM a partir del 20 de abril de 1991 (*aceptado por COLPENSIONES al contestar el hecho primero de la demanda y se verifica con el reporte de días cotizados expedido por COLFONDOS, pág. 30, contestación demanda*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS S.A.** el 30 de noviembre de 1995, con efectividad a partir del 1° de diciembre siguiente, donde sigue vinculada (*pág. 28, archivo “02ContestacionDemandaColfondos”*).

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

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia,

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

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

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

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

asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

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

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

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

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

Y la demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que el asesor le informó únicamente beneficios, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a **COLPENSIONES** como actual fondo administrador de las cotizaciones de la parte actora, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, validarlos

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **COLFONDOS** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme

el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: SILVIA MODESTA APONTE

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00833 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 12-2021-00267-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 02 de marzo de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP, reactivó la vinculación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (01:10:02 archivo “16AudioAudienciaVirtual”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 22 archivo “01DemandayAnexos”).**

LUÍS ARTURO DAZA AVENDAÑO solicitó declarar nulo su traslado al RAIS y de AFP, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. Como fundamento fáctico indicó que se afilió al ISS de enero de 1987 hasta agosto de 1994, año en que se trasladó al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.** y en 2012 se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que en

agosto de 2020 solicitó su traslado al RPM, petición rechazada por las **DEMANDADAS**.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a las semanas cotizadas y que negó la solicitud de retorno al RPM. Indicó que brindó asesoría objetiva al potencial afiliado sobre las características de cada régimen pensional y las particularidades de permanecer en uno u otro, por tanto, garantizó la libertad de selección y no hay motivo para declarar ineficaz o nula la vinculación. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas a favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento y la genérica (Pág. 3 a 22 archivo “05ContestacionProteccion”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación al ISS y que negó el retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS pero la afiliada no acreditó las falencias alegadas en la demanda, quien permaneció de forma libre y voluntaria en el RAIS a través de traslados de AFP, sin que pueda retornar al RPM por la restricción de traslado por edad y la sostenibilidad del sistema. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones (Pág. 25 a 37 archivo “06ContestacionColpensiones”, archivo “10SubsanacionColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Aseguró que el promotor de la AFP le suministró información sobre los regímenes pensionales, sus condiciones, características y forma de consolidación del derecho pensional, tras lo cual el **DEMANDANTE** tomó la decisión libre e informada de vincularse, por lo cual cumplió el deber de información y cumplió las condiciones legales vigentes para la fecha del traslado, por lo cual la afiliación es válida y tiene plenos efectos jurídicos. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 2 a 32 archivo “07ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:10:02 archivo “16AudioAudienciaVirtual”).

El 02 de marzo de 2023, el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor LUIS ARTURO DAZA AVENDAÑO, identificado con C.C. No. 79.274.660, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR el 20 de abril de 1994, junto con la afiliación efectuada posteriormente a PORVENIR y a ING hoy PROTECCIÓN, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor LUIS ARTURO DAZA AVENDAÑO al régimen de prima media con prestación definida. TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor LUIS ARTURO DAZA AVENDAÑO 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 esta providencia. CUARTO: CONDENAR a PORVENIR 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 y a HORIZONTE, debidamente indexados conforme a lo decidido. QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PROTECCIÓN y PORVENIR con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor LUIS ARTURO DAZA AVENDAÑO 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, PORVENIR y COLPENSIONES a favor del DEMANDANTE. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una. **OCTAVO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por COLPENSIONES, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico establece si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones. Para resolver indicó que conforme la H. CSJ la AFP responde por el deber de información a su potencial afiliado sobre las características de los regímenes pensionales y las consecuencias de permanecer en uno u otro, sin que la firma del formulario sirva más allá de demostrar un consentimiento que no se sabe si fue informado, siendo carga de la prueba de la AFP demostrar el cumplimiento diligente de dicha obligación, lo cual no se logró, por lo cual accedió a las pretensiones.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar las condenas en su contra, porque ya entregó el saldo de la CAIP y sus rendimientos cuando el **DEMANDANTE** se trasladó a otra AFP, rubro que además es excluyente con la indexación porque los rendimientos compensan la devaluación monetaria y se desconoce la figura de las restituciones mutuas a fin de suplir cualquier déficit fiscal que genere el retorno del afiliado al fondo común (01:12:41 archivo “16AudioAudienciaVirtual”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar las condenas en su contra, porque debe haber correspondencia entre voluntad y acción y no hay duda que el afiliado decidió permanecer en el RAIS, de otra parte, el fallo atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema al permitir el retorno al RPM de quien tiene restringido el traslado por edad y que no contribuyó al fondo común pese lo cual recibirá su pensión por éste, colocando en riesgo las pensiones de los demás afiliado, tampoco procede la condena a costas porque la Entidad actuó de buena fe (01:14:53 archivo “16AudioAudienciaVirtual”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.** reclamó que se debe revocar la sentencia. Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado de régimen pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **LUÍS ARTURO DAZA AVENDAÑO** nació el 14 de febrero de 1963 (Pág. 99 archivo “01DemandayAnexos”); *ii)* el **DEMANDANTE**

se afilió al ISS del 21 de enero de 1987 al 31 de agosto de 1994, cotizando 184,29 semanas conforme historia laboral de agosto de 2021 (Pág. 435 a 439 archivo “10SubsanacionColpensiones”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR** del 1° de agosto de 1994, efectivo a partir del 1° de septiembre de 1994 (Pág. 79 a 81 archivo “07ContestacionPorvenir”); **iv)** el **DEMANDANTE** se trasladó a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.** el 20 de octubre de 1994, efectivo el 1° de noviembre de 1994 (Pág. 79 a 80, 82 archivo “07ContestacionPorvenir”), luego se traslado a ING AFP hoy **PROTECCIÓN** con formulario del 30 de abril de 2012, efectivo a partir del 1° de junio de 2012, AFP donde permanece vinculado y acumula 1587,14 semanas según historia laboral de septiembre de 2021 (Pág. 40 a 42 archivo “05ContestacionProteccion”).

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

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de

permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** y demás **AFP DEMANDADAS** brindarán asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque solo allegaron los formularios de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado las exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que las referidas AFP no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o posteriores traslado de AFP.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio indicó que los asesores de HORIZONTE AFP le indicaron que podría pensionarse más joven dependiendo de los aportes que efectuara y que el valor de su pensión en el RAIS depende de su ahorro, sin embargo, aclaró que nunca se le indicó como sería su condición en el RPM o que podía retornar a dicho régimen, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las **AFP DEMANDADAS** deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la

totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia del **DEMANDANTE**. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de

permanencia del **DEMANDANTE**. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

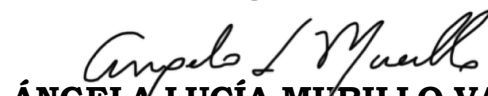
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

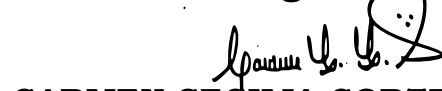
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS ARTURO DAZA AVENDAÑO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2021 00267 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.13-2019-00862-02

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante **BERNEY BARRIOS PINTO** contra la sentencia del 24 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones (*min. 24:35, archivo “006-Audiencia virtual 2019-00862 PARTE 4”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

BERNEY BARRIOS PINTO llamó a juicio a **MARMOLES Y PIEDRAS CARRARA S.A.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo y, en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, dotaciones, aportes a seguridad social, indemnización moratoria, sanción por no pago de intereses a las cesantías, condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que ingresó a trabajar al servicio de **MARMOLES Y PIEDRAS CARRARA S.A.** desde octubre de 2005 hasta diciembre del mismo año; junio de 2006 hasta junio de 2007

y de forma continua desde diciembre de 2008, mediante contrato verbal, para desempeñar el cargo de instalador encargado; que las funciones debían ser desempeñadas en los diferentes lugares designados por el empleador, en un horario comprendido entre el 7:00 am hasta las 6.00 pm, labores que cumplió de manera personal e ininterrumpida; que nunca se presentaron llamados de atención ni inconvenientes frente al cumplimiento de las funciones encomendadas, que percibió como salario \$1.500.000 y durante todo el periodo la empresa no le hizo pagos a seguridad social y tampoco le pagó prestaciones sociales, vacaciones y dotaciones (pág. 7 a 15, archivo “001-2019-862”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

MARMOLES Y PIEDRAS CARRARA S.A. presentó contestación de manera extemporánea, motivo por el cual, mediante providencia del 26 de febrero de 2021, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la demanda (pág. 45 y 46, archivo “001-2019-862”), decisión que, una vez recurrida en apelación, fue confirmada por esta Corporación en providencia del 30 de junio de 2021 (pág. 60 a 64, archivo “001-2019-862”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 24:35, archivo “006-Audiencia virtual 2019-00862 PARTE 4”)

El 24 de marzo de 2022, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER de todas las pretensiones elevadas por el señor Berney Barrios Pinto a la sociedad Mármol y Piedras Carrara S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS DE OFICIO** las excepciones de inexistencia del vínculo laboral y cobro de lo no debido. **TERCERO:** En caso de no apelarse esta decisión, remítase el expediente por secretaría a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante. **CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia por cuanto no fueron causadas.”

Para resolver la Juez indicó que la prestación de servicios fue acreditada con la documental aportada y lo señalado en el

interrogatorio de la representante legal de la demandada; que entre las partes se pactó la modalidad de los contratos, el precio total y la calidad de contratista independiente, no se pactó exclusividad, que el demandante tenía autonomía para la selección de su personal, fijación del horario y condiciones de trabajo; que de las declaraciones del testigo y el interrogatorio del actor se desprende que para la ejecución de las obras tenía socios, contrataba autónomamente personal y compraba herramientas de su propio pecunio y pese a que la representante legal en el interrogatorio aceptó que se le daba órdenes por parte de la arquitecta Viviana Murillo, esas órdenes podían entenderse como instrucciones o indicaciones frente a la realización de la obra para la cual fue contratado, por lo que dedujo que los contratos celebrados eran ejecutados de manera autónoma y también contaba con la posibilidad de encomendar a un tercero la prestación del servicio dado que dejaba a un socio encargado, aspectos que desnaturalizan el vínculo como laboral.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante demostró haber prestado servicios personales a favor de la sociedad demandada; en tal caso, verificar los demás elementos de la existencia del contrato de trabajo y la procedencia de las prestaciones económicas reclamadas.

VII. CONSIDERACIONES

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

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

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

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

- **Sobre los indicios de relación de trabajo subordinada consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

Sobre este punto, la Recomendación 198 de 2006 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, referida a la relación de trabajó¹, exhorta a los Estados a *“luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”*. Además, que la existencia de una relación de trabajo *“debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra*

¹ La Corte Constitucional, en sentencia SU555 de 2014, reiteró que las recomendaciones, por regla general, no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países.

naturaleza, convenido por las partes”, con la posibilidad de que los estados:

1. Admitan una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
2. Consagren una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
3. Determinen previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.
4. Y consideren la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1439-2021, SL3436 de 2021, entre otras, ha reiterado que solo algunos de los *indicios* o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron consagrados en el artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho artículo hace una mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo, entre otros, que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020), la exclusividad (SL460 de 2021), la disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019), la concesión de vacaciones (SL6621 de 2017), aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015), cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019), el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019) y la terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró probada de forma oficiosa las excepciones de inexistencia del vínculo laboral y cobro de lo no debido y absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

Pasa la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, siendo relevante rememorar que, conforme los antecedentes normativos y jurisprudenciales expuestos, el principio de realidad sobre las formas en el ámbito laboral implica que una vez reunidos los tres elementos esenciales del contrato de trabajo se configure el mismo, independientemente del nombre que le hubieran asignado las partes; así mismo, cuando se acredita por el demandante que prestó personalmente su servicio se activa la presunción de existencia de contrato de trabajo del artículo 24 CST, caso en el cual la parte pasiva deberá desvirtuarla demostrando que no existió subordinación laboral al haber sido prestado el servicio de forma autónoma e independiente.

Así las cosas, en el presente asunto se acreditó que **BERNEY BARRIOS PINTO** prestó personalmente su servicio a favor de la demandada desde diciembre de 2008 hasta 24 de junio de 2018, donde debía cumplir labores de instalación de mesones y cocinas, extremos que señaló el demandante y lo confirmó el testigo Nelson Javier Cifuentes Rodríguez (en especial el extremo inicial y servicios hasta el año 2012) (*min.2:52, archivo “005-Audiencia virtual 2019-00862 PARTE 3 20220324_102117-Grabación de la reunión”*), y desde 2013 hasta el extremo final lo aceptó la representante legal de la demandada en el interrogatorio (*min.06:48, archivo “004- Audiencia virtual 2019-00862 PARTE 2 20220324_094015-Grabación de la reunión”*), prestación del servicio que también se demuestra con los documentos aportados con la demanda (*pág. 18 y 19, archivo “001-2019-862”*), y los allegados por **MARMOLES Y PIEDRAS CARRARA S.A.** e incorporados de oficio por el juzgado de primera instancia (*pág. 29 a 244, archivo “Contestación Demanda 2019-00862”*).

Los anteriores elementos de prueba demuestran que el demandante prestó personalmente su servicio para la demandada entre el 1° de diciembre de 2008 hasta el 24 de junio de 2018, lo cual activa la presunción de existencia del contrato de trabajo.

Correspondía a la demandada desvirtuar dicha presunción, sin embargo, durante el término de traslado de la demanda, la contestación se presentó de manera extemporánea, lo que conllevaría a aplicar en estricto rigor la consecuencia legal prevista en el artículo 24 del CST.

No obstante, debe recordar la Sala que esta presunción admite prueba en contrario, por lo que le corresponde al Juez en virtud de la facultar prevista en el artículo 61 del CPTSS analizar que del material probatorio no se evidencie que la relación fue de índole diferente a la laboral, caso en el cual no podría disponer cuestión diferente.

En tal sentido, de las pruebas documentales aportadas ninguna de ellas es sugestiva de la existencia de un contrato de trabajo, todas hacen relación a los contratos de obras civiles, cuentas de cobro y pagos realizados a favor del demandante.

Ahora, en audiencia pública se recepcionó el interrogatorio de la representante legal de **MARMOLES Y PIEDRAS CARRARA S.A.**, Alexandra Guevara Figueredo, quien manifestó que el demandante prestó servicio de instalador desde enero de 2013 hasta el año 2018 para la ejecución de contrato de obra civiles, como contratista independiente, con total autonomía, no cumplía horario, servicios que se presentó de forma interrumpida, pues era el propio actor quien decidía que días acudir a las obras y que las órdenes se las impartía la arquitecta encargada Viviana Murillo (*min.06:48, archivo "004- Audiencia virtual 2019-00862 PARTE 2 20220324_094015-Grabación de la reunión"*).

Igualmente, se escuchó al demandante en interrogatorio donde manifestó que prestó el servicio desde diciembre de 2008 hasta el 24

de junio de 2018, de forma constante, que suscribió varios contratos, que lo mandaban a los proyectos para la ejecución de las obras y cuando necesitaba más personal él mismo los contrataba para que le ayudaran a cumplir las necesidades de la demandada, que a esas personas adicionales las remuneraba de su propio bolsillo; dijo que las herramientas de trabajo eran de su propiedad, que pagaba la seguridad social de esos ayudantes, las cual era pagaba en un 50% por él y el otro 50% era cancelado por la demandada; que los contratos eran a nivel nacional Santa Marta, Barranquilla, Cartagena, Medellín, Bucaramanga, donde ocuparan sus servicios, que recibía órdenes directas de Alexandra (Representante Legal de la demandada) y de la directora de obra; que si no podía asistir a una obra, siempre dejaba una persona encargada, generalmente a su socio Daniel Oviedo, quien se quedaba a cargo de los muchachos (min. 21:10, archivo “004-Audiencia virtual 2019-00862 PARTE 2 20220324_094015-Grabación de la reunión”).

Y finalmente, se recibió el testimonio de Nelson Javier Cifuentes Rodríguez quien dijo ser amigo del demandante, trabajó con él como su socio en MARMOLES desde 2008 hasta 2012; que a BERNEY le daban los contratos para ejecutar y como la mayoría de obras eran grandes, el demandante le decía que hicieran los trabajos como socios, a veces le daba una parte para hacer o que los ejecutara directamente; que les daban inducciones para entrar a las obras y que la demandada tenía empleados en la planta que coordinaban las obras; que las herramientas y pegantes eran de BERNEY y él, que las personas de apoyo no las contrataba ni las pagaba la empresa sino ellos; que del sueldo que les pagaban, con eso compraban las herramientas y pagaban a las personas que les prestaban apoyo; y que BERNEY había constituido una empresa para poder trabajar en las obras que CARRARA les daba (min.2:52, archivo “005-Audiencia virtual 2019-00862 PARTE 3 20220324_102117-Grabación de la reunión”).

De las pruebas antes enunciadas se deduce claramente que **BERNEY BARRIOS PINTO** tenía plena autonomía para la ejecución de

los contratos de obra, vinculaba personal de forma directa para cumplir con el objeto del contrato, los remuneraba y les pagaba la seguridad social. Además, las herramientas utilizadas para la instalación de mármoles eran de su propiedad y no de la empresa. Y si bien cumplía horario y recibía algunas ordenes por parte de personal de la demandada, eran aspectos necesarios para la ejecución de los diferentes contratos civiles y no de una relación laboral dependiente, es decir, en este caso, la condición del demandante era la de un trabajador por cuenta propia o independiente y no la de un empleado con subordinación jurídica de **MARMOLES Y PIEDRAS CARRARA S.A.**

Otro aspecto que se escapa de un vínculo laboral es el hecho de que el demandante haya estado inscrito en el registro mercantil como persona natural para poder prestar los servicios como instalador, como lo aceptó en el interrogatorio, también constituyó reglamento interno de trabajo y designó Vigía de Salud Ocupacional, estableció política de seguridad, medio ambiente y salud en el trabajo y política sobre uso de alcohol y drogas (*pág. 106 a 138, archivo “Contestación Demanda 2019-00862”*) sin que en el juicio haya quedado plenamente demostrado que su constitución haya sido por y con ocasión de una exigencia de **MARMOLES Y PIEDRAS CARRARA S.A.**, de lo que se deduce la total autonomía e independencia con la que desarrollaba y ejecutada las diferentes obras.

De suerte que, bajo el anterior escenario, no se estructuraron indicios suficientes, en la forma señalada jurisprudencialmente, que permitan descubrir una relación contractual diferente a la que existió entre las partes.

En conclusión, para la Sala las pruebas aportadas y recaudadas en el juicio permiten evidenciar que entre las partes se desarrolló una relación diferente a la laboral, que desvirtúa la presunción de existencia de un contrato de trabajo, motivo por el cual se confirmará

la sentencia de primera instancia que absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.15 2020 00258 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante **LUIS ANTONIO GARZON SOGAMOSO** contra la sentencia del 23 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones (*min. 02:38:33, archivo “22AudienciaMarzo24de2022Ord202000258”*) (sic).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

LUIS ANTONIO GARZON SOGAMOSO llamó a juicio a **CONVIVAMOS ABISAMBRA Y COMPAÑÍA LIMITADA** con el fin de que se declare la continuidad de los contratos de trabajo, la ineficacia de la terminación del contrato por vulnerar el fuero de estabilidad laboral reforzada por enfermedad profesional, que la suma mensual recibida de \$119.700 es constitutiva de salario y, en consecuencia, que se ordene el reintegro a un cargo igual o mejor al desempeñado, junto

con el pago de salarios y acreencias laborales, se ordene el pago de 180 días como sanción por vulnerar el fuero de estabilidad, la reliquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social con el nuevo factor salarial por los meses de julio de 2019 a enero de 2020, condenas por facultades extra y ultra *petita* y agencias en derecho. De forma subsidiaria, reclama el reconocimiento como carácter salarial de la suma de \$119.700, junto con la reliquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social, indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

Fundamentó sus pretensiones básicamente en que tuvo una relación laboral con la demandada de forma sucesiva e ininterrumpida entre el 1° de abril de 2009 hasta el 26 de enero de 2020, por medio de contratos laborales escritos a término fijo por seis (6) meses, que el último contrato celebrado fue a término fijo inferior a un año desde el 27 de julio de 2019 al 26 de enero de 2020, el cual finalizó por el empleador en comunicación del 4 de diciembre de 2019 invocando el vencimiento del término estipulado; que el último salario devengado fue de \$770.434, que durante ese último contrato recibió un pago mensual de \$119.700 constitutivo de salario, y desempeñaba el cargo de *todero*.

Manifestó que las condiciones de tiempo, modo y lugar de todos los contratos fueron las mismas, siempre prestó sus servicios sin interrupción; que fue contratado por media jornada, pero se le pagaba menos del SMLMV; que durante el contrato de trabajo fue diagnosticado con *túnel del carpo mano derecha, epicondilitis lateral derecha, epicolitis media derecha y síndrome de manguito rotador izquierdo*, las cuales fueron calificadas como de origen laboral por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 19 de septiembre de 2019, del cual la empresa tenía pleno conocimiento; que en ese dictamen se estableció un plan de rehabilitación con terapias, que el demandado no solicitó, ni tramitó autorización al Ministerio de Trabajo para terminar su contrato de trabajo, no realizó ninguna acción para su reubicación laboral, que no

se prorrogó el contrato bajo el argumento de “*en atención a necesidades de la empresa*”.

Y finalmente se destaca que el actor presentó petición el 04 de febrero de 2020 solicitando el reintegro, invocando su alto grado de debilidad manifiesta por su edad (55 años) y su estado de salud (*pág. 1 a 13, archivo “08DemandaSubsanada”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CONVIVAMOS ABISAMBRA Y COMPAÑÍA LIMITADA se opuso a las pretensiones. Aceptó los extremos temporales del último contrato de trabajo, la forma de terminación, el nombre del jefe del demandante, el lugar de la prestación de servicios, el cargo y las funciones desempeñadas, los diferentes contratos de trabajo suscritos con el trabajador y sus condiciones, las enfermedades profesionales sufridas por el actor y la no reubicación laboral. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de las obligaciones demandadas*, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación, buena fe, inexistencia de un solo contrato, prescripción y la innominada o genérica (*pág. 1 a 15, archivo “13EscritoContestacionConvivamos”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 02:38:33, archivo “22AudienciaMarzo24de2022Ord202000258”*)

El 23 de marzo de 2022, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor LUIS ANTONIO GARZON SOGAMOSO a la demandada CONVIVAMOS ABISAMBRA COMPAÑÍA LIMITADA, en estos términos declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, conforme se expuso en la parte la parte motiva. **SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas en favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva. **TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada, dado el resultado desfavorable para la parte actora se remitirán las diligencias

al Superior para efectos de que las revise en grado jurisdiccional de consulta.”

Para resolver el Juez indicó que al revisar las pruebas aportadas al expediente y las recaudadas en juicio, encontró que el demandante tuvo 10 contratos de trabajo a término fijo desde el 1 de abril de 2009 al 30 de marzo de 2010; 1° de mayo de 2010 a 30 de abril de 2011; 1° de junio de 2011 a 30 de mayo de 2012; 1° de julio de 2012 al 30 de junio de 2013; 1° de agosto de 2013 al 30 de julio de 2014; 1° de septiembre de 2014 al 30 de agosto de 2015; 1° de octubre de 2015 al 6 de julio de 2016; 22 de julio de 2016 al 17 de julio de 2018; 4 de agosto de 2018 al 15 de julio de 2019 y 27 de julio de 2019 al 26 de enero de 2020. Frente a esas interrupciones, conforme con el artículo 46 del CTS, y el precedente de la Corte Suprema de Justicia, dedujo que el contrato a término fijo no pierde su esencia ni cambia a la modalidad de indefinido si se prorroga varias veces, que el demandante dio fe de estos contratos y allí se indicó que no hubo solución de continuidad. Además, que al revisar los contratos y la condición del demandante no se evidenció vicio en su consentimiento frente a la suscripción de esos contratos, era consciente de esa modalidad contractual, por lo que no hay razón para concluir que se trataba de un solo vínculo laboral.

Sobre la suma de \$119.700 como factor salarial señaló que la demandada aceptó pagar este concepto y que lo tuvo en cuenta para efectos de la liquidación, aspecto que se corrobora con el pago de las liquidaciones y aportes a seguridad social.

Y frente al fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, dijo que la parte demandada tuvo conocimiento de las patologías sufridas por el demandante, pero que en el presente asunto no se dio una terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, sino por una forma de terminación legal del artículo 61 del CST, además que no cualquier patología limita las facultades que tiene el empleador, y en este caso el demandante no tenía el 15% de pérdida de capacidad laboral y no estaba incapacitado, por lo que terminación no se dio con ocasión o

como consecuencia del estado de salud del demandante sino por la ocurrencia de una causa objetiva.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación. Adujo que el Juzgado desconoció el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 29 septiembre de 2019 y las enfermedades profesionales sufridas por el actor, luego considera que si hay una coincidencia entre la terminación del contrato y esa valoración; que no se le puede exigir una prueba de calificación de PCL cuando el demandante está en valoraciones y sus patologías no han sido evaluadas; que no se tuvo en cuenta que el demandante llevaba 10 años laborando y tiene 55 años de edad, y en esa situación le es difícil conseguir trabajo, siendo su único sustento, y no existe ninguna otra causal para justificar la no renovación del contrato, más aún cuando existe materia del contrato, según lo mencionó la testigo Yanira y el mismo demandante.

Manifestó que con la justa causa aplicada se desconoce la garantía de estabilidad laboral, y quedo demostrado que la empresa hace contratos de trabajos a 6 meses para 250 trabajadores y terminadas las vacaciones vuelven y los contratan, por lo que es un mecanismo de simulación que utilizan las empresas para violar los derechos de los trabajadores; que las enfermedades del actor son degenerativas; que no tiene inconveniente frente a la liquidación de factores salariales, pero presenta inconformidad con los contratos de trabajo que si bien son múltiples, quedaron desvirtuados porque el demandante salía a vacaciones (*min. 02:39:39, archivo “22AudienciaMarzo24de2022Ord202000258”*).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 de Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del demandante solicitó se revoque la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

Por su parte, el apoderado de la demandada solicitó la confirmación de la totalidad del fallo impugnado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala definir si el demandante tuvo uno o varios contratos de trabajo y si gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por razones de salud al momento de la terminación de su vínculo contractual.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que entre **LUIS ANTONIO GARZON SOGAMOSO** y su empleador **CONVIVAMOS ABISAMBRA Y COMPAÑÍA LIMITADA** existió una relación laboral desde el 1º de abril de 2009 para desempeñar el cargo de “*todero*” (*archivo “2009-01-04_Contrato Individual_Garzon Sogamoso Luis Antonio”, carpeta “14AnexoCorreo20210510”*), vínculo que se mantuvo vigente, de forma interrumpida, hasta el 26 de enero de 2020, fecha última en que se dio por terminado el contrato de forma unilateral por parte del empleador, por vencimiento del plazo (*pág. 7, archivo “02ANEXOSDEMANDA”*).

- Sobre el contrato de trabajo a término fijo

El artículo 46 del CSJ establece que el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente. Por tanto,

si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

Al respecto, ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. Y que la vinculación de los trabajadores a través de contrato a término fijo goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, desarrolla y termina conforme lo establecen, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST (SL3535-2015, SL 5262-2021, CSJ SL818-2022, entre otras).

En el presente asunto la parte actora considera que existió un solo contrato de trabajo dada la continuidad en la prestación del servicio.

Teniendo en cuenta el anterior referente normativo y jurisprudencial, al revisar el expediente se tiene que en efecto entre las partes se le celebraron diez contratos de trabajo bajo la modalidad fija, según los cuales **LUIS ANTONIO GARZON SOGAMOSO** se vinculaba para prestar los servicios de todero, convenios contractuales que se manejaron de forma independiente y en cada uno de ellos se realizó la respectiva liquidación (*carpeta “14AnexoCorreo20210510”*).

Los anteriores contratos cumplieron las solemnidades exigidas en la norma sustantiva pues se pactó por escrito y se incluyó un plazo cierto y determinado. Por ende, dichos aspectos son indicativos que el empleador utilizó esa modalidad contractual dada la libertad que tenía para atender sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, sin que tal circunstancia constituya una vulneración de los derechos del trabajador, pues como quedó demostrado en este juicio, por cada contrato se presentó el respectivo preaviso para su no renovación, siendo potestad del empleador continuar o no el respectivo vínculo laboral, lo que descarta los planteamientos del recurrente.

Ahora, en la demanda se manifestó que la prestación del servicio nunca se interrumpió. Sin embargo, dicha afirmación no quedó plenamente demostrada puesto que fue el propio demandante que al absolver interrogatorio señaló que algunas veces finalizados los contratos disfrutaba de vacaciones y en otras continuaba prestando el servicio, cuya remuneración se le entregaba directamente (*min. 01:17:42, archivo "20Audiencia14Febrero2022Ord202000258"*), sin que ese pago adicional se haya podido demostrar y establecer de forma continuada.

Se advierte que el contrato de trabajo a término fijo nunca se transforma en modalidad indefinida por el paso de tiempo, sino que lo que se produce son renovaciones temporales, aspecto que en este caso no se presentó, al ejecutarse varios contratos de forma independiente. Con todo, de haberse determinado que se utilizó de forma irregular el contrato fijo y lo que existió en verdad fue un solo contrato a término indefinido, no por ello le garantizaba al trabajador, en principio, el reintegro y la continuidad del contrato, en la forma que se reclama, dado que su procedencia automática desapareció del marco jurídico en virtud de la Ley 50 de 1990. Quizás en principio conllevaría al análisis de la indemnización establecida en el artículo 64 del CST, aspecto que no fue objeto de litigio.

Por tanto, al no existir elementos adicionales que desvirtúen la legalidad de los contratos a término fijo que celebraron entre las partes, se confirmará la sentencia en este aspecto.

- **Sobre la estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991, consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición, según la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en las sentencias SL2841 de 2020, SL5109-2020 y SL487-2021, donde indicó que en vigencia del precitado Decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el actual concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la

sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1º de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

Dicha definición concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, reiterada en la sentencia SL2548-2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite sustancialmente su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017, se afirmó que este fuero cubre a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo. Y la misma Corporación en la sentencia C-200 de 2019 estableció que los trabajadores que sufren de alguna afectación de salud gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos en que su afectación dificulta su desempeño laboral, incluso cuando no existe acreditación de alguna discapacidad.

El actual entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ

en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante precisar, que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de derogada dicha norma paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la

sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1º de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, conforme indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360 de 2018, corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato, 26 de enero de 2019, acaeció luego de que fuera derogado el Decreto 2463 de 2001, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2013 con la publicación del Decreto 1352 de 2013, correspondía al demandante acreditar que se encontraba en situación de discapacidad para ese entonces, que conforme con lo indicando en la sentencia SL260 de 2019 implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó su capacidad de trabajo.

Para el efecto, el recurrente cuestiona que el fallo de instancia desconoció la existencia del dictamen realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y las enfermedades de índole profesional sufridas por el actor, así como la exigencia de demostrar la calificación integral de las patologías, pese a estar en tratamiento y valoración.

Al revisar el expediente se tiene que el 19 de septiembre de 2019 la referida Junta le calificó al actor las patologías de epicondilitis lateral derecha y epicondilitis media derecha, como de origen laboral, con sintomatología desde el año 2016. Allí también se mencionó como antecedente que el síndrome de túnel del carpo derecho y el síndrome de manguito rotador izquierdo habían sido calificados también de origen profesional (*pág. 38 a 42, 02ANEXOSDEMANDA*). Sin embargo,

no se adosaron pruebas adicionales conducentes a demostrar la condición de salud de **LUIS ANTONIO GARZON SOGAMOSO**, los tratamientos recibidos y pendientes de atender, las recomendaciones médico - laborales otorgadas para que fueran acatadas por la empresa o condujera a una reubicación laboral.

Del análisis de esta prueba, y las demás que reposan en el expediente, y del interrogatorio rendido por el demandante para la Sala es evidente que durante el curso de la relación laboral **LUIS ANTONIO GARZON SOGAMOSO** presentó un deterioro en su salud, situación plenamente conocida por el empleador, por cuya afección recibió tratamiento médico.

Sin embargo, debe recordarse que no cualquier tipo de afectación en salud conlleva el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han reiterado que esta garantía cubre a todas las personas que su estado de salud les impida o dificulte sustancialmente el cumplimiento de su labor, independientemente que hayan o no sido calificadas.

En este caso, el demandante a pesar de sus afecciones de salud no presentaba incapacidades a la fecha del retiro y las patologías no le impedían el normal cumplimiento de su labor, pues así se infiere de lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte.

Se resalta que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que proceda la protección es necesario que el trabajador, para el momento del despido, se encuentre en una situación de discapacidad, razón por la cual el beneficio no opera para quienes tengan afecciones de salud o simples incapacidades médicas, así lo reiteró la Sala de Casación Laboral en sentencia SL4632 de 2021, circunstancias que no se presentaron en el caso bajo estudio.

Además, no se allegaron ni se demostraron que las recomendaciones medico laborales y ergonómicas otorgadas por los diagnósticos de carácter laboral señalaran la incompatibilidad de las dolencias del demandante con las actividades a desarrollar al interior de la compañía, de suerte que, y a pesar de las condiciones de salud de **LUIS ANTONIO GARZON SOGAMOSO**, en este asunto no operó el fuero de estabilidad laboral reforzada, advirtiéndose que, en todo caso, la terminación del contrato no fue por despido sino por finalización del plazo, diferente a la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la parte demandante no probó que la terminación del contrato obedeció a un trato discriminatorio generado por sus condiciones de salud, para trasladar la carga de la prueba a la demandada de demostrar razones objetivas en la extinción del vínculo contractual, en los términos del artículo artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues no se evidencia relación de causalidad entre las patologías sufridas por el actor y la no renovación o prórroga del contrato. Por ello, resulta claro que la terminación del contrato obedeció a una causa legal prevista por el legislador, artículo 61 del CST, como lo es la expiración del plazo fijo pactado, y no al estado de salud del trabajador.

Y finalmente, respecto de la edad del trabajador y su situación económica, no son aspectos a considerar para el análisis de esta pretensión, y tampoco eran impedimento para dar por terminado el contrato de trabajo por vencimiento del plazo, salvo cuando la persona tenga la calidad de prepensionada, cuyo estudio debe abordarse desde una esfera diferente, circunstancia ajena a la presente controversia.

En esos términos, dado que no se estructuró derecho a estabilidad laboral reforzada a favor del actor, se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

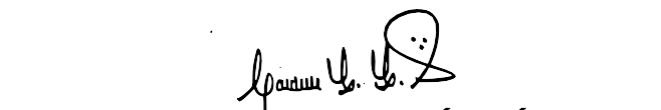
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 17 2019 00308 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante **JOSE LUIS GARAY GUIZA** contra la sentencia del 31 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones (*min. 00:32:35, archivo “AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2019-308_20220831_151052”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

JOSE LUIS GARAY GUIZA llamó a juicio a **COINTELCO S.A.** con el fin de que se declare que al momento de la terminación del contrato se encontraba en una situación de debilidad manifiesta, que se declare la ineficacia de esa terminación y que, en consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarlo a las mismas labores que venía desempeñando, atendiendo las recomendaciones médicas, sin solución de continuidad, junto el pago de salarios, prestaciones sociales,

vacaciones, auxilio de transporte, aportes a pensión, pago de 180 de salario a título de indemnización y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que celebró contrato de trabajo a término fijo con la demandada, vigente entre el 22 de enero de 2014 y el 21 de enero de 2019, desempeñando el cargo de *ayudante adelantado*, teniendo como último salario la suma de \$931.000; que mediante misiva de fecha 17 de diciembre de 2018, la demandada le notificó la intención de no prorrogar el contrato, dándolo por terminado el 21 de enero de 2019.

Afirmó que en comunicación del 30 de agosto de 2018 **COINTELCO S.A.** le solicitó al actor las recomendaciones emitidas por la EPS, con el fin de darle continuidad al seguimiento de su caso y ubicarlo en un lugar de trabajo donde conservara su estado de salud, posteriormente en misiva del 26 de septiembre de 2018 el empleador le suministró el compromiso de cumplir las recomendaciones prescritas por la EPS; que el 8 de octubre de 2018, radicó solicitud de permiso para el 12 siguiente con el objeto de adelantar diligencias ante medicina laboral; y que el 14 de diciembre de 2018, COINTELCO S.A. le socializó las recomendaciones emitidas por el médico ortopedista.

Manifestó que al momento de la no prórroga del contrato se encontraba en tratamiento médico, a causa de las enfermedades que padecía dos años atrás, y en trámite para determinar el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral, y la empresa no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado su contrato de trabajo; que durante la vigencia de la relación laboral tuvo diferentes incapacidades médicas, atención por medicina especializada, recomendaciones médico-laborales, en especial desde el 15 de septiembre de 2017; que el 30 de mayo de 2018, CRUZ BLANCA EPS emitió concepto por el diagnóstico de gonartrosis primaria bilateral de origen común con tratamiento farmacológico, quirúrgico y terapia física, finalidad del tratamiento de carácter curativo cuya duración es superior a un año, con pronóstico funcional favorable; que en esa misma fecha la EPS

remitió al fondo de pensiones concepto de rehabilitación con pronóstico laboral favorable, por incapacidad laboral prolongada.

Señaló que COLPENSIONES en comunicación 17 de enero de 2019 le informó que se había dado inicio al trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo que le asignó cita de valoración para el 29 de enero siguiente; que el 14 de enero de 2019 fue valorado por presentar cuadro clínico de cuatro días de evolución consistente en dolor articular en rodilla izquierda, con diagnóstico de exacerbación del cuadro de gonartrosis, dolor articular secundario y bursitis, le formularon medicamentos, fue incapacitado tres días, con orden de valoración por servicio de ortopedia y con recomendaciones generales: y que el 21 de enero de 2019 radicó petición al empleador solicitando la no terminación del contrato, atendiendo que se encontraba en estado de debilidad manifiesta (*pág. 94 a 101, archivo “02. 2019-308”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COINTELCO S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Aceptó el cargo desempeñado por el demandante, su salario y la presentación de la petición. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de causa para pedir*, buena fe, inexistencia de hechos de las obligaciones, inexigibilidad de las obligaciones, cobro de lo no debido, inexistencia de debilidad manifiesta y estabilidad laboral por salud reforzada, prescripción y compensación (*pág. 119 a 141 y 235 a 247, archivo “02. 2019-308”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 00:32:35, archivo “AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2019-308_20220831_151052”*)

El 31 de agosto de 2022, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de debilidad manifiesta y estabilidad laboral por salud, propuestas por la demandada COINTELCO S.A. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada COINTELCO S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por el señor JOSE LUIS GARAY GUIZA, identificado con la C.C. 79.353.792, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO: CONDENAR** en costas al demandante. Se dispone que, una vez en firme esta sentencia, por secretaría se practique la liquidación correspondiente, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$250.000. **CUARTO:** Se dispone la consulta de esta sentencia a favor del demandante con la Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial en las condiciones ya señaladas.”

Para resolver el Juez indicó que no hubo controversia en la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, el cargo, salario y la forma de terminación de dicho vínculo. Que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente y recaudadas en el juicio, el actor no aportó documento que diera cuenta de su valoración o dictamen de pérdida de capacidad laboral que hizo alusión en el interrogatorio; que para la fecha en que el empleador notificó la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo 17 de diciembre de 2018 si bien el demandante contaba con recomendaciones médicas no estaba incapacitado, por lo que no se puede deducir que la decisión del empleador haya tenido algún nexo de causalidad por las patologías que el trabajador presentaba en ese momento, sino que fue con ocasión de una causal objetiva de terminación por vencimiento del plazo acordado, aspecto que dedujo también de los testimonios recepcionados, motivo por el cual concluyó que el demandante no estaba amparado por fuero de estabilidad laboral por salud.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala definir si el demandante gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por razones de salud al momento de la terminación del contrato de trabajo.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: *i)* entre **JOSE LUIS GARAY GUIZA** y su empleador **COINTELCO S.A.** existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 22 de enero de 2014 para desempeñar el cargo de “*Ayudante Adelantado*”, vínculo que se mantuvo vigente hasta el 21 de enero de 2019, fecha última en que se dio por terminado el contrato de forma unilateral por parte del empleador, por vencimiento del plazo (*pág. 11 a 18 y 23, archivo “02. 2019-308”*); *ii)* y **JOSE LUIS GARAY GUIZA** estuvo en tratamiento médico, presentó diferentes incapacidades y recomendaciones laborales entre el 27 de octubre de 2017 al 16 de enero de 2019 (*pág. 35 a 81, archivo “02. 2019-308”*).

- **Sobre la estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición, según la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en las sentencias SL2841 de 2020, SL5109-2020 y SL487-2021, donde indicó que en vigencia del precitado Decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el actual concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

Dicha definición concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, reiterada en la sentencia SL2548-

2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017 se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo. Y la misma Corporación en la sentencia C-200 de 2019 estableció que los trabajadores que sufren de alguna afectación de salud gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos en que su afectación dificulta su desempeño laboral, incluso cuando no existe acreditación de alguna discapacidad.

El actual entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá

apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, siendo relevante precisar, que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de derogada dicha norma paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, conforme indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360 de 2018,

corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato, 21 de enero de 2019, acaeció luego de que fuera derogado el Decreto 2463 de 2001, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2013 con la publicación del Decreto 1352 de 2013, correspondía al demandante acreditar que se encontraba en situación de discapacidad para ese entonces, que conforme con lo indicando en la sentencia SL260 de 2019 implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó sustancialmente su capacidad de trabajo.

Para el efecto, se allegó al expediente, como pruebas relevantes, los siguientes documentos: comunicación del 30 de agosto de 2018 donde COINTELCO le solicita al actor las recomendaciones emitidas por la EPS para darle continuidad a su caso y ubicarlo en un lugar de trabajo donde se conserve su estado de salud (*pág. 19, archivo “02. 2019-308”*); misiva del 6 de septiembre de 2018 y 14 de diciembre de 2018 donde se informa al actor sobre el compromiso en el cumplimiento de esas recomendaciones (*pág. 20 y 22, archivo “02. 2019-308”*); permiso presentado por el trabajador para el 12 de octubre de 2018, que da cuenta que estaba adelantando gestiones para valoración por ortopedia en la EPS y calificación de pérdida de capacidad laboral ante Colpensiones (*pág. 21, archivo “02. 2019-308”*); respuesta de Colpensiones del 17 de enero de 2019 donde le asigna al actor cita para calificación de PCL el 29 de enero de 2019 (*pág. 33 y 34, archivo “02. 2019-308”*); historia clínica de fecha 27 de octubre de 2017 que da cuenta de la orden de procedimiento dada al demandante para “*reemplazo protésico primario parcial de rodilla*”, por el diagnóstico de gonartrosis patelofemoral (*pág. 35, archivo “02. 2019-308”*); consulta del 17 de enero de 2018 en la IPS Centro Médico y

Odontológico 20 de Julio que indica que al actor se le practicó cirugía de reemplazo de rodilla el 05 de diciembre de 2017 y le prorrogan incapacidad por 15 días más hasta el 31 de enero de 2018 (*pág. 36 a 38, archivo “02. 2019-308”*); y prórrogas de incapacidad hasta el 28 de mayo de 2018 (*pág. 36 a 43, archivo “02. 2019-308”*)

Además, con la demanda se aportaron controles de seguimiento de la patología, ordenes médicas para procedimientos y certificado de aptitud ocupación del 29 de mayo de 2018 para la reincorporación al puesto de trabajo con las respectivas recomendaciones (*pág. 47 a 50, archivo “02. 2019-308”*); incapacidad médica durante los días 12 y 13 de octubre de 2018 por el diagnóstico de *condromalacia* (*pág. 52, archivo “02. 2019-308”*); incapacidad médica desde el 14 de enero de 2019 hasta el 16 de enero de 2019 por *gonartrosis no especificada*, donde se indica que estaba pendiente valoración por ortopedia y que debía respetar las restricciones médicas dadas por esa especialidad; (*pág. 53 a 57, archivo “02. 2019-308”*); concepto de rehabilitación favorable expedido por CRUZ BLANCA EPS el 28 de mayo de 2018 (*pág. 61 a 64, archivo “02. 2019-308”*); y valoración por medicina general el 11 de febrero de 2019, donde le recetan al demandante naproxeno sódico para el control del diagnóstico M179 (Gonartrosis).

Igualmente, se recaudó el interrogatorio al demandante quien manifestó que para el 21 de enero de 2019 estaba trabajando normalmente, que la EPS remitió concepto favorable de rehabilitación, que la demandada respetó y cumplió las recomendaciones médicas, que al momento de la terminación del contrato de trabajo se autorizó y se practicó examen médico de egreso y que el 29 de enero de 2019 le fue calificada una PCL del 16.3% (documento que no se adoso al plenario) (*min. 00:42:40, archivo “AUDIO 1. AUDIENCIA VIRTUAL 2019-308 DE JOSE LUIS GARAY VS COINTELCO S.A-20210907_092805-Grabación de la reunión*). También se escuchó el testimonio de Johanna Andrea Lozano Grimaldo, quien manifestó haber laborado para **COINTELCO S.A.** desde 2017 a 2020 como líder de gestión, afirmó que el demandante tuvo cirugía en el año 2017 y recuperación en el año 2018, presentó a

la empresa diferentes incapacidades, pero que antes del preaviso y para la fecha de terminación del contrato no estaba incapacitado (*min. 00:00:22, archivo "AUDIO. 2 AUDIENCIA VIRTUAL 2019-308 DE JOSE LUIS GARAY VS COINTELCO S.A-20210907_103512-Grabación de la reunión*). Y finalmente, se recepcionó la declaración de Oscar Javier Jiménez Soler, quien dijo trabajar para la demandada, señaló las funciones que cumplió el demandante luego de reintegro por cirugía en acatamiento de las recomendaciones médicas y que el contrato de trabajo de trabajo se terminó por la finalización de las labores (*min. 00:00:24, archivo "AUDIO 3. AUDIENCIA VIRTUAL 2019-308 DE JOSE LUIS GARAY VS COINTELCO S.A-20210907_110527-Grabación de la reunión*).

Del análisis en conjunto de las pruebas mencionadas, y las demás que reposan en el expediente, para la Sala es evidente que durante el curso de la relación laboral **JOSE LUIS GARAY GUIZA** presentó un deterioro en su salud, situación plenamente conocida por el empleador, por cuya afección recibió tratamiento médico, no solo durante la vigencia del vínculo contractual sino con posterioridad.

Sin embargo, debe recordarse que no cualquier tipo de afectación en salud conlleva el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han reiterado que esta garantía cubre a todas las personas que su estado de salud les impida o dificulte sustancialmente el cumplimiento de su labor, independientemente que hayan o no sido calificadas.

En este caso, el demandante a pesar de sus afecciones de salud no presentaba incapacidades a la fecha del retiro y las patologías no le impedían el normal cumplimiento de su labor, pues así el actor lo sostuvo en el interrogatorio de parte, cuando indicó que para la fecha del retiro estaba laborando de manera habitual. Tampoco hubo confesión alguna a su favor en el interrogatorio practicado al representante legal de la demandada (*min.14:25, archivo "UDIO 1.*

AUDIENCIA VIRTUAL 2019-308 DE JOSE LUIS GARAY VS COINTELCO S.A-20210907_092805-Grabación de la reunión”).

Se resalta que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que proceda la protección es necesario que el trabajador, para el momento del despido, se encuentre en una situación de discapacidad, razón por la cual el beneficio no opera para quienes tengan afecciones de salud o simples incapacidades médicas, así lo reiteró la Sala de Casación Laboral en sentencia SL4632 de 2021, circunstancias que no se presentaron en el caso bajo estudio.

Además, ninguna de las recomendaciones medico laborales y ergonómicas señalaron la incompatibilidad de las dolencias del demandante con las actividades a desarrollar al interior de la compañía, de suerte que, y a pesar de las condiciones de salud de **JOSE LUIS GARAY GUIZA**, en este asunto no operó el fuero de estabilidad laboral reforzada, advirtiéndose que, en todo caso, la terminación del contrato no fue por despido sino por finalización del plazo, diferente a la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la parte demandante no probó que la terminación del contrato obedeció a un trato discriminatorio generado por sus condiciones de salud, para trasladar la carga de la prueba a la demandada de demostrar razones objetivas en la extinción del vínculo contractual, en los términos del artículo artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta claro que la terminación del contrato obedeció a una causa legal prevista por el legislador, artículo 61 del CST, como lo es la expiración del plazo fijo pactado, y no al estado de salud del trabajador.

En esos términos, dado que no se estructuró derecho a estabilidad laboral reforzada a favor del actor, se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.18-2020-00335-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 24 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS administrado por **COLFONDOS** y se ordenó a esa AFP trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los saldos, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y condenó en costas a **COLFONDOS** (*min. 49:28, archivo “14LinkAudienciaFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

ANTONIO MARIA MENDOZA REINA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado y afiliación realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al RAIS, a través

de **COLFONDOS** y, en consecuencia, se ordene a **COLFONDOS** a devolver al RPM los saldos o aportes consignados en su cuenta pensional, como bonos pensionales, junto con sus intereses, rendimientos financieros y los gastos de administración descontados de los aportes pensionales efectuados, y a **COLPENSIONES** a aceptar la vinculación como si nunca hubiese existido el traslado de régimen pensional, recibiendo el traslado de aportes, además de las condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 05 de julio de 1961 y que se vinculó al ISS desde el 23 de octubre de 1991 al 30 de noviembre de 1995; que en diciembre de 1995 fue visitado por asesores de CitiColfondos quienes le manifestaron que de acuerdo con su historia laboral lo mejor era que se afiliara a dicho fondo, pues su pensión iba a mejorar y las condiciones del nuevo régimen eran mejores que las consagradas en el RPM, por lo que así se trasladó y efectuó la afiliación; que el asesor de la AFP no le brindó información veraz, completa, clara, transparente, precisa y oportuna acerca de las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Manifestó que el 17 de septiembre de 2019 solicitó a **COLFONDOS** el retorno de traslado de régimen pensional y una proyección de su pensión, petición que fue negada porque se encontraba a menos de 10 años del requisito de tiempo para pensión y además se le informó que el capital era insuficiente para el reconocimiento pensional; que en el RPM su mesada pensional ascendería a \$1.948.015, aproximadamente, superior a la que le correspondería en el RAIS; y finalmente, que el 25 de octubre de 2019 le solicitó a **COLPENSIONES** el traslado de régimen pensional, petición que fue negada, bajo el mismo argumento de temporalidad (*pág. 4 a 14, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del demandante, la afiliación al ISS, la solicitud de traslado de régimen pensional y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban

y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida*, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (pág. 121 a 148, archivo “05ContestacionDemandaColpensiones”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la solicitud de traslado y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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, compensación, pago y la innominada o genérica (pág. 9 a 23, archivo “06ContestacionDemandaColfondos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 49:28, archivo “14LinkAudienciaFallo”)

El 24 de febrero de 2023, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación del señor ANTONIO MARÍA MENDOZA REINA, identificado con cédula 20.993.698 (SIC), al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS suscrita el 9 de noviembre de 1995 con fecha de efectividad del 1° de diciembre de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos el señor ANTONIO MARÍA MENDOZA REINA, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **TERCERO: ORDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor ANTONIO MARÍA MENDOZA REINA y devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje

*destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, todo debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, por lo que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES reactivar la afiliación del señor ANTONIO MARÍA MENDOZA REINA y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. **QUINTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS. **SEXTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000. Sin costas a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES...”*

Para resolver la Juez indicó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el expediente brilla por su ausencia la información que se le dio al demandante al momento de traslado de régimen pensional, por lo que dedujo que no se brindó una asesoría clara, suficiente, comprensible y amplia, aspecto que tenía la obligación el fondo de pensiones de acreditarlo en el proceso, pero no lo hizo, siendo viable la declaratoria de ineficacia por faltarse al deber de información.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que al señalarse por la parte actora que los asesores de la AFP lo indujeron a error y faltaron con el deber de información, tiene la carga procesal de desvirtuar la buena fe del fondo privado; que la afiliación genera obligaciones reciprocas conforme con el artículo 1.495 del Código Civil, por lo que el afiliado también tiene obligaciones con la AFP según el artículo 4° del Decreto 2241 de 2010, pues debía obtener información de manera autónoma acerca de las condiciones, modalidades que tengan los regímenes pensionales que permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención, acordes con las expectativas de cada afiliado; que la permanencia del demandante en el RAIS evidencia con claridad que aceptó y se acogió a las normas y procedimientos de dicho régimen; y que

no puede desconocerse la afectación que genera la ineficacia o nulidad de traslados y retorno de afiliados al RPM, cuando no se ha generado una debida fidelidad al sistema (*min. 51:38, archivo “14LinkAudienciaFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la sociedad **MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S.**, actuando como apoderada principal de **COLPENSIONES** le sustituyó poder al doctor Mauricio Alejandro Capera Bermúdez, identificado con CC 1.110.497.079 y T.P 247.584 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado de dicha demandada para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, reiterando los argumentos de la alzada.

Por su parte, el apoderado del demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que no se demostró el cumplimiento al deber de información.

No hubo pronunciamiento por parte de **COLFONDOS S.A.**

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) ANTONIO MARIA MENDOZA REINA** nació el 05 de julio de 1961 (*pág. 86, archivo “01DemandaAnexos”*) y se afilió al RPM a partir del 23 de octubre de 1991 (*pág. 116, archivo “05ContestacionDemandaColpensiones”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS S.A.** el 09 de noviembre de 1995, con efectividad a partir del 1° de diciembre siguiente, donde sigue vinculado (*pág. 25 y 26, archivo “06ContestacionDemandaColfondos”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **COLFONDOS** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que el asesor le informó únicamente beneficios, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

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

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a **COLPENSIONES** como actual fondo administrador de las cotizaciones de la parte actora, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, validarlos como semanas cotizadas y a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Sin embargo, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del traslado de régimen pensional realizado por ANTONIO MARÍA MENDOZA REINA, identificado con cédula 19.449.060, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS suscrita el 9 de noviembre de 1995 con fecha de efectividad del 1° de diciembre de 1995.”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANTONIO MARIA MENDOZA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

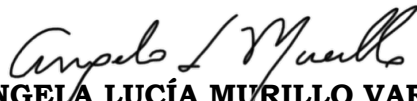
RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2020 00335 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.19 2019 00380 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante **JUAN BAUTISTA GAMEZ OROZCO** contra la sentencia del 17 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la UGPP de todas las pretensiones y condenó en costas a la parte actora (*min. 21:33 archivo "11VideoAudienciaArt.80CPT.mp4"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

JUAN BAUTISTA GAMEZ OROZCO llamó a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP** con el fin de que se declare que fue despedido sin justa causa a partir del 28 de junio de 1999 y, en consecuencia, se reconozca y pague la pensión sanción, debidamente indexada, a partir del cumplimiento de sus 50 años de edad, junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que prestó sus servicios a la CAJA AGRARIA como Cajero Principal en la oficina de San Juan del

Cesar, desde el 02 de mayo de 1983 hasta el 27 de junio de 1999, fecha en la cual fue despedido, devengando un salario promedio de \$988.962; y que no fue afiliado para pensión al ISS ni a ninguna otra entidad de seguridad social (*pág. 4 a 9, archivo “01. ExpedienteDigitalizado”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó el vínculo laboral del demandante con la CAJA AGRARIA, el cargo, los extremos temporales, el salario y la fecha de nacimiento. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa*, *improcedencia de la aplicación del IBL establecido en la Ley 171 de 1961*, *prescripción*, *principio de buena fe* y *la innominada o genérica* (*pág. 1 a 10, archivo “04Contestacion.pdf”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 21:33 archivo “11VideoAudienciaArt.80CPT.mp4”*)

El 17 de noviembre de 2022, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de las pretensiones incoadas por el señor JUAN BAUTISTA GAMEZ OROZCO, identificado con la cédula de ciudadanía No.5.163.408, conforme las consideraciones anotadas. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandante. Tásense por secretaría. **TERCERO:** De no ser apelado el presente fallo, remítase en consulta al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, por ser la decisión adversa a los intereses del demandante.”

Para resolver la Juez indicó que, con las pruebas aportadas al plenario, el demandante acredita el tiempo de servicio y que el contrato de trabajo fue terminado de forma legal pero injusta por liquidación de la entidad; que conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia la norma que regula la pensión sanción es la vigente al momento en que se produce el despido, por lo que en este caso al producirse en junio de 1999 la norma vigente era el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, requisitos que no cumple el actor puesto que del 18 de julio de 1985 al 31 de diciembre de 1994 y 1 de febrero de 1995 al 9 de abril de 1999 le fueron descontados aportes al sistema de seguridad en pensiones a favor del ISS hoy COLPENSIONES, por lo que concluyó que no había lugar al reconocimiento de la prestación pensional.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación. Adujo que el demandante trabajó por más de 16 años al servicio de la Caja Agraria, quien considera que tiene derecho a la pensión de jubilación desde que cumplió 50 años, porque así lo determina el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y normas posteriores, que la pensión por despido injusto también está contenida en los artículos 47.1.4. y 47.1.6 del Manual Administrativo de Personal de la Caja Agraria; que en el fallo se indicó que se reunieron dos de los requisitos de la norma vigente al despido, pero no se tuvo en cuenta que no se aportó la prueba de que se hayan realizados los respectivos descuentos a pensión al trabajador (*min. 21:55 archivo "11VideoAudienciaArt.80CPT.mp4"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **UGPP** solicitó se confirme la sentencia, pues considera que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción de que trata la Ley 171 de 1961, el Decreto 1848 de 1969, ni la contemplada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

No hubo pronunciamiento de la parte actora.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante cumple los requisitos para ser beneficiario de la pensión restringida de jubilación.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentra en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i) JUAN BAUTISTA GAMEZ OROZCO** nació el 04 de agosto de 1956 (*pág. 36, archivo "01. ExpedienteDigitalizado.PDF"*); **ii)** y laboró como trabajador oficial al servicio de la extinta Caja Agraria mediante contrato de trabajo desde el 02 de mayo de 1983 hasta el 27 de junio de 1999, fecha en la cual su vinculación finalizó por la supresión del cargo y la liquidación de la entidad (*pág. 18 y 21 a 23, archivo "01. ExpedienteDigitalizado.PDF"*).

- **Sobre la pensión restringida de jubilación pensión sanción**

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, determinó que el trabajador que sea despedido de una empresa, luego de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la esa ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Respecto a la vigencia de la Ley 171 de 1961, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que se aplica siempre y cuando los trabajadores oficiales hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando acrediten el tiempo de servicios y el retiro de la entidad, por despido o renuncia voluntaria, siendo el requisito de edad simplemente de exigibilidad para su pago, criterio reiterado en las sentencias SL SL4578-2014, SL15025-2017, SL526-2018, SL3508-2019 y SL3890-2020, entre otras.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, y todas aquellas normas que consagraron pensiones restringidas de jubilación, para el caso de los trabajadores oficiales, conservaron su vigencia hasta el momento en que entró a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que mantuvo esta prestación solo para los eventos de despidos injustificados de trabajadores con diez (10) años de servicios o más que no hubiesen sido afiliados al sistema de seguridad social en pensiones por omisión del empleador o que hubiesen sido inscritos por éste de manera tardía o extemporánea (SL6446-2015, SL3773-2018, SL4371-2020, SL2333-2021, entre otros).

Y frente a la pensión sanción contenida en el Manual Administrativo de Personal de la Caja Agraria, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha señalado que en el *“denominado manual administrativo de personal no se establece una pensión por despido injusto, sino que realmente se hace un resumen ilustrativo del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, pues la prestación es la misma, ya que no se cubre un riesgo distinto, es decir no hay la creación de una nueva garantía extralegal. El manual al parecer corresponde a una recopilación de las diferentes obligaciones legales y extralegales que obligan a la entidad; en otros términos, un instructivo o guía interno de la entidad, sin que propiamente aparezcan en él la consagración de nuevas garantías para los trabajadores vinculados a la Caja”*, cuestión reiterada en sentencias SL8306-2015 y SL2333-2021.

En cuanto a los ex trabajadores oficiales de la extinta Caja Agraria, despedidos con ocasión de la liquidación de dicha entidad, se tiene que si bien dicha circunstancia esta consignada en el literal f) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 como una causa legal para terminar el contrato de trabajo, la misma no se equipara a una justa causa, por cuanto no fue consagrada en el artículo 48 *ibídem*, siendo por tanto injusta toda finalización del contrato con ocasión de esa liquidación, así lo ha dispuesto a la H. CSJ al estudiar casos referidos a la extinción de contratos de trabajos por liquidación de entidades públicas (SL579-2014, SL649-2016, SL603-2017, SL021-2018 y SL4538-2018, entre otras).

CASO CONCRETO

En la sentencia recurrida se absolvió a la demandada de todas las pretensiones al precisarse que el demandante no cumplió los requisitos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

La apoderada del actor impugnó la anterior decisión, por cuanto señaló que se reclama no sólo la pensión establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, sino la contenida en el manual de personal de la Caja Agraria, y además que no se tuvo en cuenta que no se aportó la prueba de la realización de los respectivos descuentos a pensión al trabajador.

Para resolver el recurso, se precisa que por regla general la pensión establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 conservó su vigencia hasta el momento en el cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, esto fue, 1° de abril de 1994. Igualmente, aquellas normas que contenían prestaciones similares también perdieron vigencia con el Sistema General de Pensionales.

En el presente asunto, **JUAN BAUTISTIA GAMEZ OROZCO** laboró como trabajador oficial al servicio de la extinta Caja Agraria desde el desde el 02 de mayo de 1983 hasta el 27 de junio de 1999,

fecha en la cual su vinculación finalizó por supresión del cargo y la liquidación de la entidad (pág. 18 y 21 a 23, archivo “01. ExpedienteDigitalizado.PDF”),

Por tal motivo, al producirse la terminación del contrato de trabajo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la pensión que se reclama se regula por los presupuestos contenidas en el artículo 133 *ibidem*, lo que descarta los argumentos y fundamentos normativos mencionados en la alzada, pues estos no resultan aplicables a la situación jurídica del demandante, en especial la pensión sanción contenida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, que fue replicada en el manual de personal de la Caja Agraria (no aportado de forma completa “pág.37 a 64, archivo “1. ExpedienteDigitalizado.PDF”), como se indicó en la jurisprudencia citada, y las demás normas que consagraron prestaciones similares, al quedar derogadas por regla general a partir del 1° de abril de 1994.

Ahora, la norma aplicable al caso, esto es, el artículo 133 de la Ley 100 de 1993¹ establece como requisitos para causar la pensión sanción i) la falta de afiliación al sistema general de pensiones; ii) la terminación del contrato de trabajo sin justa causa; y iii) el tiempo de servicios superior a quince años.

Al efecto, al estar acreditado en el expediente que **JUAN BAUTISTA GAMEZ OROZCO** prestó sus servicios como trabajador

¹ **ARTÍCULO 133. PENSIÓN SANCIÓN.** El artículo [267](#) del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así:

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE. **PARÁGRAFO 1o.** Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado...

oficial a favor de la Caja Agraria por 16 años y 56 días (*pág. 20, archivo "01. ExpedienteDigitalizado.PDF"*), y su terminación se produjo en virtud de la supresión del cargo y liquidación de la entidad (*pág. 18 y 20, archivo "01. ExpedienteDigitalizado.PDF"*), es decir, si bien es una causa legal de ruptura contractual la misma deviene injusta, se concluye que el demandante cumple con dos de los presupuestos exigidos para causar la prestación pensional reclamada, pero a partir de los 55 años de edad.

Sin embargo, no sucede lo mismo con el presupuesto de omisión de afiliación al Sistema General de Pensiones, pues contrario a lo que se afirmó en el hecho séptimo de la demanda², cuya carga le correspondía demostrar a la parte actora, en el expediente existen documentos que fueron adosados por el mismo extrabajador que dan cuenta que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES desde el 18 de julio de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1994 y desde el 1° de febrero de 1995 hasta el 09 de abril de 1999, cuyos aportes fueron realizados por su empleador, previo descuento del porcentaje que le correspondía al demandante, aspecto que se corrobora con la información consignada en el formato 1 de certificación laboral, consecutivo CA-23292, expedido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 25 de septiembre de 2017 (*pág. 22 a 24, archivo "01. ExpedienteDigitalizado.PDF"*).

Por lo tanto, al haberse afiliado y aportado al ISS para cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte, mucho antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, no resulta de aplicación esta sanción, por lo que no le queda camino diferente a la Sala que confirmar la sentencia de primera instancia, ante el no cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación pensional reclamada.

Sin costas en esta instancia.

² 7. El demandante no fue afiliado para pensión en el Seguro Social, ni en otra entidad de la Seguridad Social

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

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 19-2017-00188-02

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante y en grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 29 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá en la cual absolvió a **COLPENSIONES** de las pretensiones de la demanda, ordenó a dicha entidad a reanudar el pago de la pensión de sobrevivientes en un 100% a favor de **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA** que le fue suspendida a partir de junio de 2019 y condenó en costas a la parte demandante en cuantía de 2 SMLMV (min. 50:55, archivo “12Parte2Audiencia29Junio2022Art80”)

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

ALEJANDRINA VERGARA DE RUBIO en representación de su hijo **JOSÉ ANTONIO RUBIO VERGARA** y con ocasión del fallecimiento de Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.), llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de **JOSÉ ANTONIO RUBIO**

VERGARA en su condición de hermano inválido del causante, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que el ISS mediante Resolución No.028143 de 2007, le reconoció a Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.) pensión de vejez, posteriormente reliquidada en Resolución No.15252 de 2009; quien sufrió un accidente el 19 de diciembre de 2015 en Bogotá, falleciendo el 1° de enero de 2016; que mientras estuvo hospitalizado sólo lo visitaron sus familiares, su progenitora y su hermano Elquer Rubio Vergara; que el 15 de febrero de 2016, la madre del causante presentó ante COLPENSIONES solicitud de sustitución pensional; que el 16 de mayo de 2016, **COLPENSIONES** le informó que la señora **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA** había presentado petición de pensión de sobrevivientes; que el 17 de mayo de 2016, la madre del causante radicó ante el fondo de pensiones documentos informando sobre la existencia de JOSE ANTONIO RUBIO VERGARA, hermano inválido y dependiente económicamente del causante y que el domicilio de este era en el barrio Santa Matilde de Bogotá.

Manifestó que Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.), convivió con Amalia Vergara Vargas desde 1963 hasta octubre de 2012 cuando falleció; que **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA**, quien solicitó igualmente la pensión de sobrevivientes, no fue compañera del causante y sólo se enteró de su muerte hasta marzo de 2016; que **COLPENSIONES** le determinó a José Antonio Rubio una PCL del 60%, por lo que radicó ante el fondo demandado solicitud de pensión de sobrevivientes el 29 de diciembre de 2016, sin que a la presentación de la demanda la petición haya sido resuelta; que **COLPENSIONES** en Resolución GNR245277 del 19 de agosto de 2016, le otorgó pensión de sobrevivientes a **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA**, decisión contra la cual interpuso los recursos de ley, pero fue confirmada mediante resoluciones GNR341010 del 27 de enero de 2017 y VPB6186 del 16 de febrero de 2017; y finalmente, expuso que el causante, después del fallecimiento de su compañera Amalia Rojas Vergara, tuvo una

relación con Liliana Suarez (*pág. 1 a 11, archivo “03 Demanda (fls 03 a 13)”*, carpeta “01JuzgadoOrigen”).

CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el reconocimiento pensional realizado al causante, la fecha de fallecimiento, los oficios presentados por Alejandrina Vergara y las respuestas brindadas, los gastos que asumió el causante por Amalia Vergara, el dictamen de PCL y la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada por **JOSÉ ANTONIO RUBIO**, la sustitución pensional reconocida a favor de **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA**, los recursos presentados y los actos administrativos que los resolvieron. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, buena fe, prescripción, inexistencia de intereses moratorios y la innominada o genérica (*pág. 1 a 8, archivo “09 ContestacionColpensiones (fls 120 a 127)”*, carpeta “01JuzgadoOrigen”).

ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA fue vinculada al proceso mediante auto del 07 de noviembre de 2017 (*11AutoIntegralitisConsorte (fls 138)*, carpeta “01JuzgadoOrigen”) y en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó la calidad de pensionado del causante, la fecha del accidente y del fallecimiento, las solicitudes presentadas por Alejandrina Vergara de Rubio y las respuestas dadas por **COLPENSIONES**, la PCL determinada a **JOSÉ ANTONIO RUBIO**, la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada por Alejandrina Vergara, el reconocimiento de la pensión que le realizó **COLPENSIONES**, los recursos presentados y los diferentes actos administrativos. Formuló las excepciones de *falta de legitimación por activa*, inexistencia de la obligación invocada como derecho, cobro de lo no debido y prescripción de las acciones correspondientes al derecho invocado (*pág. 1 a 43, archivo “15 ContestacionDdaLitisConsorte fls 145 a 188”*, carpeta “01JuzgadoOrigen”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 50:55, archivo “12Parte2Audiencia29Junio2022Art80”).

El 29 de junio de 2022, el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: Declarar probada las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: Absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de Alejandrina Vergara de Rubio en representación de su hijo José Antonio Rubio Vergara con base en lo expuesto en la parte motiva. TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, Declarar que la Litis Consorte Necesario, señora Alexandra López Quiroga tiene derecho a continuar percibiendo la prestación pensional denominada pensión de sobrevivientes o sustitución pensional que le hubiera sido reconocida mediante resolución GNR 245277 del 19 de agosto de 2016, y que le fue suspendida a partir de junio de 2019. CUARTO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reanudar el pago de la pensión de sobrevivientes en un 100% a favor de Alexandra López Quiroga, así como el pago de las mesadas dejadas de pagar desde junio de 2019, con ocasión a la suspensión ordenada por el Juzgado de origen en providencia mencionada. QUINTO: Condenar en costas a la parte demandante y en favor de Colpensiones, liquídense para tal efecto por secretaría las costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. SEXTO: De no ser apelada remítase al superior en forma inmediata para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante (...).

El juzgado fijó como problema jurídico determinar quién tenía derecho a la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.), si **JOSÉ ANTONIO RUBIO VERGARA** o **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA**.

Para resolver la Juez indicó que a **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA** le fue reconocida una pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente mediante Resolución GNR245277 del 19 de agosto de 2017, confirmada en resoluciones GNR34140 del 27 de enero de 2017 y VPB6186 del 16 de febrero de 2017. Luego del análisis de las pruebas documentales y testimoniales concluyó que si bien los testigos de la parte actora manifestaron que la pareja del causante era su tía Amalia Vergara, que su hermano José Antonio Rubio dependía

económicamente de él y que **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA** era una arrendataria en el edificio Torino, lo cierto es que **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA** convivió con Federico Rubio Vergara, no sólo durante los últimos 5 años anteriores a su muerte sino durante más de 2 décadas con anterioridad al deceso en calidad de compañera permanente, por lo que encontró acreditada la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con derecho a continuar percibiendo la mesada pensional que fue suspendida en junio de 2019. Sobre el derecho pensional reclamado por JOSÉ ANTONIO RUBIO VERGARA indicó que no hay lugar a su reconocimiento en calidad de hermano inválido del causante puesto que existe una compañera permanente beneficiaria de la prestación económica.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque integralmente la sentencia de primera instancia. Adujo que el juzgado no tuvo en cuenta los testimonios y los soportes que COLPENSIONES hizo en el estudio, en especial el testimonio de Leonor que fue una de las personas que conoció al causante durante más de 30 años; que se tenga en cuenta que **COLPENSIONES** se demoró más de un año para que le determinara la PCL a **JOSÉ ANTONIO RUBIO**; que durante todo el proceso hubo una controversia y conflicto de intereses en especial por María Victoria y su esposo Narciso quienes son hermana y cuñado del causante ya que venían con un problema por la bodega y al momento del deceso no se había solucionado, y sus declaraciones son contradictorias; que en el proceso de familia se declaró que la convivencia se dio entre el 11 de octubre de 2012 al 01 de enero de 2016, por lo que **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA** no acredita los 5 años anteriores a la muerte, y la demora de COLPENSIONES en la calificación del hijo inválido (*min 53:06, archivo “12Parte2Audiencia29Junio2022Art80”*)

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, en su calidad de administradora de pensiones de

derecho público, se infiere razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** le sustituyó poder al doctor Elkin Fabian Castillo Cruz, identificado con CC 80.282.676 y T.P 261.451 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado de dicha demandada para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicitó confirmar el fallo de primera instancia. Igual petición presentó la apoderada de **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA**. Por su parte, el apoderado del demandante solicitó se revoque el fallo de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **ALEXANDRA LÓPEZ QUIROGA** acredita la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.) y si como consecuencia de ello se debe ordenar a **COLPENSIONES** a reanudar el pago de la pensión de sobrevivientes a partir de junio de 2019; dilucidado lo anterior, se determinará si es procedente estudiar el derecho pensional que reclama **JOSÉ ANTONIO RUBIO VERGARA** en calidad de hermano inválido del causante.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia sobre las siguientes premisas fácticas: **i)** Federico Rubio Vergara falleció el 1° de enero de 2016 (*pág. 8, archivo “04 AnexosDda (fls 14 a 113)”*) y era pensionado del ISS hoy **COLPENSIONES** según Resolución No. 028143 del 29 de junio de 2007, modificada en Resolución No.015252 del 20 de abril de 2009, en cuantía inicial de \$3.498.360 a partir del 23 de abril de 2007 (*pág. 1 a 7, archivo “04 AnexosDda (fls 14 a 113)”*); **ii)** el demandante **JOSE ANTONIO RUBIO VERGARA** nació el 18 de enero de 1959 y es hermano de Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.), (*pág. 15 y 16, archivo “04 AnexosDda (fls 14 a 113)”*) y fue calificado con una PCL del 60%, por el diagnóstico de retraso mental moderado, de origen común, con fecha de estructuración 18 de enero de 1959 (*archivo “GRP-DPC-CL-2016_14936161-20170113123327”, carpeta “20 CD (fls 475)”*); **iii)** **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA** solicitó a **COLPENSIONES** la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente, el 21 de abril de 2016, la cual le fue reconocida en Resolución GNR245277 del 19 de agosto de 2016 (*pág. 119 a 125, archivo “04 AnexosDda (fls 14 a 113)”*); **iv)** el 29 de diciembre de 2016 **JOSE ANTONIO RUBIO VERGARA** reclamó a **COLPENSIONES** la pensión de sobrevivientes, en calidad de hermano inválido, petición que fue resulta desfavorablemente en resoluciones GNR 34140 del 27 de enero de 2017 y VPB 6186 del 16 de febrero confirmando el acto administrativo inicial (*pág. 119 a 125, archivo “04 AnexosDda (fls 14 a 113)”*); **v)** en audiencia del 07 de mayo de 2019 el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá ordenó la suspensión del pago de la pensión que recibe **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA**, reconocida en la Resolución No.GNR245277 del 19 de agosto de 2016, mientras se resuelve la causa; **vi)** y mediante providencia del 04 de junio de 2019, el Juzgado Veinte (20) de Familia de Bogotá declaró que entre **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA** y Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.) existió unión marital de hecho desde el 11 de octubre de 2012 hasta el 1° de enero de 2016, decisión confirmada por la Sala de Familia de este Tribunal en sentencia del 26 de septiembre de 2019, decisiones que se encuentran en firme (*archivo “53 DteCopiasSimples (fls 583 a 599)”*).

- **De la pensión de sobrevivientes.**

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

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la causante falleció el 1° de enero de 2016, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso. Al respecto, la H. Corte sostiene que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso (SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras).

CASO CONCRETO

Revisadas las pruebas aportadas al expediente, no se encuentra en discusión que Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.) fue pensionado del ISS hoy **COLPENSIONES** según Resolución No. 028143 del 29 de junio de 2007, modificada en Resolución No.015252 del 20 de abril de 2009, en cuantía inicial de \$3.498.360 a partir del 23 de abril de 2007 (*pág. 1 a 7, archivo “04 AnexosDda (fls 14 a 113)”*), y falleció el 1° de enero de

2016 (pág. 8, archivo “04 AnexosDda (fls 14 a 113)”) en vigencia de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, por tal razón dejó causado el derecho a la sustitución pensional en favor de sus beneficiarios.

Por lo anterior, procede la Sala a verificar la calidad de beneficiaria **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA**, en su condición de compañera permanente, pues de estar acreditada excluye *per se* a los demás beneficiarios señalados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, disposición modificada por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Para dar respuesta a la anterior premisa y resolver los planteamientos expuestos por el recurrente, una vez revisado y analizado el caudal probatorio, para la Sala no hay ninguna duda que **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA** tiene derecho al pago de la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente, conforme lo reconoció **COLPENSIONES** en la Resolución GNR245277 del 19 de agosto de 2016 (pág. 119 a 125, archivo “04 AnexosDda (fls 14 a 113)”), y lo dispuso el *a quo*, lo que conduce a confirmar en su totalidad la sentencia de primera instancia, como pasa a explicarse.

Basta con remitirse a las sentencias que resolvieron de fondo la declaración de existencia de la unión marital de hecho entre **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA** y Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.), decisiones que se encuentra en firme y debidamente ejecutoriadas, para tener plena certeza de su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

En efecto, la sentencia del 04 de junio de 2019, proferida por Juzgado Veinte (20) de Familia de Bogotá declaró que existió unión marital de hecho entre la pareja desde el 11 de octubre de 2012 hasta el 1° de enero de 2016. Al escuchar el referido fallo, el análisis es contundente en señalar que esa relación de convivencia inició muchos años antes durante un tiempo considerable, donde el causante mantuvo una convivencia permanente con **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA**, sin embargo, en el fallo se aclaró que al establecerse

también que Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.) tuvo una convivencia de forma paralela con su tía Amalia Vergara, la exclusividad y singularidad de la relación para los fines señalados en la Ley 54 de 1990, sólo era posible declararla a partir del 11 de octubre de 2012 (*min. 38:40, archivo “U.M.H. 2018-0285 PARTE II”, subcarpeta “46 CD (fl 569)”, carpeta “01JuzgadoOrigen”*).

La citada providencia fue confirmada por la Sala de Familia de esta Corporación en sentencia de 26 de septiembre de 2019. Como argumentos de ratificación, se señaló que las pruebas testimoniales daban cuenta que la convivencia entre **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA** y Federico Rubio Vergara (q.e.p.d.) existió por lo menos desde el año 1993. Además, que documentalmente estaba acreditado que esa singularidad marital se mantuvo desde el año 2007 hasta el fallecimiento del pensionado (1° de enero de 2016), (*min. 22:49, archivo “CP_0926111505984”, subcarpeta “47 CD (fls 570)”, carpeta “01JuzgadoOrigen”*).

De suerte que esas sentencias hacen tránsito a cosa juzgada frente a la convivencia que aquí se discute, conforme con el artículo 303 del CGP, por lo que no debía reabrirse el debate frente a este tópico.

Aun así, en el presente asunto tanto documentos aportados como algunas de las declaraciones recaudadas lo que permiten es ratificar el carácter demostrativo de la unión que existió entre **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA** y el pensionado fallecido, que la hacen beneficiaria de la sustitución pensional. A modo de ejemplo, fue la propia institución de seguridad social quien en el trámite administrativo adelantado previamente al reconocimiento encontró que “*se pudo confirmar que el señor Federico Rubio Vergara y la señora Alexandra López Quiroga, convivieron desde 30 de abril de 1992 hasta el 1 de enero de 2016, fecha que fallece el causante*”, investigación adelantada por el Consorcio Cosinte-RM, por solicitud de COLPENSIONES bajo el registro COLCO-4788, culminada el 17 de agosto de 2016 (*archivo “DJT-INF-AD-2016_3978249-20161104”, expediente administrativo carpeta “20 CD (fls 475)”*).

Y frente a las declaraciones es suficiente remitirse a las rendidas por Luis Antonio Martínez (*min. 03:20:43, archivo “CP_0521144709157” subcarpetas CUADERNO TSB “26 CD (fl 527)” y carpeta “01JuzgadoOrigen”*), Lorena Andrea Poveda Quiroga (*min. 03:35:42, archivo “CP_0521144709157” subcarpetas CUADERNO TSB “26 CD (fl 527)” y carpeta “01JuzgadoOrigen”*), María Victoria Rubio Vergara (*min. 04:26:54, archivo “CP_0521144709157” subcarpetas CUADERNO TSB “26 CD (fl 527)” y carpeta “01JuzgadoOrigen”*), Leonor Gabriela Gómez Trujillo (*min. 11:59, archivo “CP_1205143740814” subcarpetas “51 CD (fls 580)” y “01JuzgadoOrigen”*), y Narciso Collazos (*min. 55:12, archivo “CP_1205143740814” subcarpetas “51 CD (fls 580)” y “01JuzgadoOrigen”*), para tener por acreditada la convivencia de **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA** con el pensionado durante los últimos 5 años antes del 1° de enero de 2016, fecha del fallecimiento de este.

Bajo el anterior escenario, **ALEXANDRA LOPEZ QUIROGA** acreditó en el juicio la calidad de compañera permanente del causante con tiempo suficiente de convivencia para continuar recibiendo las mesadas pensionales sustituidas, lo que excluye del derecho pensional a los demás beneficiarios señalados taxativamente en la normatividad y, por ende, dejan sin fundamento fáctico las cuestiones planteadas por la parte recurrente.

Frente a la reactivación de pagos es una consecuencia directa de la decisión adoptada y no afecta los intereses de COLPENSIONES, puesto que fue precisamente dicho fondo de pensiones quien reconoció directamente la prestación pensional a la beneficiaria y al disponerse la suspensión del pago de mesadas en el año 2019, durante el trámite de la presente actuación, ninguna de las mesadas se encuentra afectada por prescripción, que pudiera declararse a su favor.

Por todo lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 19-2021-00346-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 28 de noviembre de 2022, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos y se abstuvo de condenar en costas (21:40 archivo “10VideoAudienciaFallo”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 7 a 31, 39 a 41 archivo “02ExpedienteEscaneado”).**

OLGA LUCIA CASTRILLÓN GUZMÁN solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de la CAIP, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 03 de noviembre de 1965, se afilió al ISS desde el 21 de octubre de 1987, en noviembre de 2002 se trasladó al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo

una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que en abril de 2021 solicitó su retorno al RPM a las **DEMANDADAS**, la cual fue rechazada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, vinculación al ISS y que negó el retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS pero la **DEMANDANTE** no acreditó las falencias alegadas en la demanda, en todo caso, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costas en administradoras de seguridad social públicas y la genérica (archivo “03ContestacionColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que negó su solicitud de nulidad. Indicó que el traslado es válido, cumple todos los requisitos legales vigentes a la fecha de la vinculación y estuvo precedido por una asesoría completa sobre los regímenes funcionales y las consecuencias de permanecer en uno u otro, lo que permitió una decisión informada, sin que puedan exigirle a la AFP deberes de información consagrados en normas posteriores al traslado. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 1 a 22 archivo “04ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (21:40 archivo “10VideoAudienciaFallo”).

El 28 de noviembre de 2022, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora OLGA LUCÍA CASTRILLÓN GUZMÁN identificada con la CC 45.468.072 del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el 19 de septiembre de 2002, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la aquí demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, desde el 21 de octubre de 1987 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con NIT 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora OLGA LUCIA CASTRILLÓN GUZMÁN estos son cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas que deben ser debidamente indexadas y a COLPENSIONES le asiste la obligación de recibir dichas sumas y aceptar el traslado. CUARTO: al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, por tanto, se requiere a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante. QUINTO: ABSOLVER a las DEMANDADAS de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones ya expuestas en esta providencia. SEXTO: sin costas en esta instancia. SÉPTIMO: si no es apelada la presente decisión remitir el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que allí se surta el grado jurisdiccional de consulta toda vez que la decisión es adversa a los intereses de COLPENSIONES. (...)”.

La *a quo* fijó como problema jurídico establece si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la AFP debe garantizar información suficiente para que el afiliado tome la decisión libre, voluntaria pero también informada de traslado, deber que no se cumple con la firma

del formulario de afiliación y sus leyendas genéricas, siendo carga de la prueba de la AFP acreditar que cumplió dicho deber, lo cual no logró, por lo cual accedió a lo pretendido.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Alegó que no hay ineficacia porque la **DEMANDANTE** se afilió de manera válida con todos los requisitos de ese entonces, sin que se puedan exigir deberes de la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015 porque esas normas no estaban vigentes cuando se hizo el traslado, de otra parte, la afiliada reconoció en interrogatorio que su vinculación no fue coaccionada y la asesoría fue de 40 minutos, tiempo suficiente para explicar las ventajas y desventajas del RAIS y no puede retornar al RPM por la restricción por edad, de otra parte, devolver el saldo de la CAIP y gastos de administración es una doble condena, porque se obliga reintegrar rendimientos y los gastos se descontaron por orden del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que exige su uso para generar rendimientos, cuyo monto es superior al valor indexado de los meros aportes, por lo cual tampoco procede la indexación (23:59 archivo “10VideoAudienciaFallo”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no se puede hablar de falta del deber de información porque para la fecha del traslado la Ley 100 de 1993 solo exigía la declaración libre y espontánea en el formulario de afiliación, sin que se puedan imponer obligaciones de soportar la información a la AFP porque no se habían proferidos las normas que impusieron dicho deber y no se puede juzgar a la AFP con normas no preexistentes ni afectar a **COLPENSIONES** ordenando recibir al afiliado por la ineficacia de un acto en el cual no participó, siendo imposible para la AFP asumir en su totalidad la carga de la prueba sin considerar el formulario de afiliación, además el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pasa por alto la prohibición de traslado por edad. De confirmarse el fallo, solicitó mantener al condena de devolver el saldo de la CAIP sin descuentos (29:32 archivo “10VideoAudienciaFallo”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través de la doctora Valentina Gómez Trujillo, identificada con CC 1.012.459.669 y TP 366.614 del CSJ, solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Finalmente, la apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Elkin Fabian Castillo Cruz, identificado con CC 80.282.676 y TP 261.451 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó revocar la sentencia reiterando las inconformidades expresadas en su recurso de apelación.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado de régimen pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **OLGA LUCIA CASTRILLÓN GUZMÁN** nació 03 de noviembre de 1965 conforme historia laboral (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_2096-20211005092359” carpeta “01ExpedienteAdministrativo”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS del 27 de octubre de 1987 al 31 de octubre de 2002, cotizando 545,14 semanas (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_2096-20211005092359” carpeta “01ExpedienteAdministrativo”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR** del 19 de septiembre de 2002, efectivo a partir del 1º de noviembre de 2002, AFP donde permanece vinculada y acumula 1494 semanas cotizadas a octubre de 2001 (Pág. 23, 44 a 46 archivo “07ContestacionPorvenir”).

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

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

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

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

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

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

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

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

2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

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

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

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

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional,

conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

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

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

CASO CONCRETO

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

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio indicó que si bien su afiliación fue libre y voluntaria, tomó tal decisión porque se le indicó que el ISS iba a desaparecer, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de

una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021,

SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la **DEMANDANTE**.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: OLGA LUCIA CASTRILLON GUZMAN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2021 00346 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No.20-2022-00073-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 03 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a dicha entidad a reconocer y pagar a la actora intereses moratorios causados entre el 24 de julio del año 2018 al mes de abril del año 2019, indexación de cada una de las mesadas pensionales reconocidas mediante Resolución SUB121473 del 24 de mayo del 2021 y costas procesales por la suma de un (1) SMLMV (00:35:58, *archivo "13 ActaAudienciaTramiteFallo"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

ISABEL SALDAÑA OLAYA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se condene al reconocimiento y pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la demora injustificada en el pago del retroactivo de la sustitución pensional reconocida en Resolución

SUB121474 del 24 de mayo de 2021, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que mediante Resolución 04926 del 25 de octubre de 1991, el ISS ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a favor de Carlos Arturo Saldaña Corredor, a partir del 02 de febrero de 1991, en cuantía inicial de \$51.720; que Carlos Arturo Saldaña Corredor falleció el 29 de junio de 2002, por lo que Fanny Olaya de Saldaña solicitó al ISS el reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de cónyuge del causante, entidad que en Resolución 025511 de 2002 accedió a la prestación en un 100%; que Fanny Olaya de Saldaña falleció el 28 de marzo de 2013, por lo que en su calidad de hija inválida le reclamó a COLPENSIONES el reconocimiento de la sustitución; que la demandada en Resolución SUB92759 del 09 de junio de 2017 la concedió la pensión en un 100%, en cuantía de \$737.717, a partir del año 2017, pero que el pago quedó suspendido hasta que allegara sentencia que declarara su interdicción; y que a través de la Resolución SUB33280 del 06 de febrero de 2019 la ingresó en nómina de pensionados.

Manifestó que **COLPENSIONES** por medio de la Resolución SUB121473 del 24 de mayo de 2021 le reconoció el retroactivo pensional por mesadas causadas entre el 10 de febrero de 2014 al 28 de febrero de 2019, por un total de \$52.833.562; y que el 17 de agosto de 2021 solicitó a la demandada el pago de intereses moratorios, por la demora injustificada en el pago de las referidas mesadas, sin embargo, los mismos fueron negados según Resolución SUB268417 del 13 de octubre de 2021 (*pág. 7 a 11, archivo "03Subsanacion"*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la totalidad de los hechos de la demanda y formuló las excepciones de *prescripción*, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración al pago de intereses moratorios o indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden

público, pago y la innominada o genérica (pág. 3 a 15, archivo “08ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 00:35:58, archivo “13 ActaAudienciaTramiteFallo”)

El 03 de febrero de 2023, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante señora ISABEL SALDAÑA OLAYA los intereses moratorios dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causados entre el 24 de julio del año 2018 y al mes de abril del año 2019, data en la cual fue incluida en nómina de pensionados la actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandante (sic) ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer a la señora ISABEL SALDAÑA OLAYA la indexación de cada una de las mesadas pensionales reconocidas a la demandante mediante la resolución SUB121473 del 24 de mayo del 2021, es decir, la indexación, actualizar de acuerdo con el IPC certificado por el DANE, cada una de las mesadas pensionales, Resolución SUB121473 del 24 de mayo del 2021. **TERCERO: Se condena** en costas a la parte demandada. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente. **CUARTO:** Si la presente providencia es o no es apelada envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES, entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación. (...).

Para resolver el Juez indicó que de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y su carácter resarcitorio, la demandante reclamó la sustitución pensional en calidad de hija inválida el 10 de febrero de 2017, prestación que fue reconocida por **COLPENSIONES** pero dejando en suspenso su pago hasta que se acreditara la sentencia ordinaria que declarara su interdicción, así como el acta de posesión del curador y registro civil con la anotación de la actuación judicial; que mediante radicados 2018-8632941 y 2018-13733438 la accionante allegó los referidos documentos y solicitó la inclusión en nómina, pero solo con ocasión de una acción de tutela, a través de la Resolución SUB33280 del 06 de febrero de 2019, se levantó la suspensión y se dispuso el ingreso en nómina a partir del año 2019 y posteriormente ante un nuevo pedimento, con Resolución SUB121473 del 24 de mayo de 2021

le fue reconocido su retroactivo pensional, de lo que dedujo que **COLPENSIONES** se constituyó en mora de las mesadas reconocidas y no pagadas pero desde el año 2018 cuando la accionante radicó los documentos legalmente exigidos en ese tiempo para el pago de la pensión, por lo que los intereses se causan desde el 24 de julio de 2018 fecha de radicación de esos documentos hasta abril de 2019 cuando fue incluida en nómina de pensionados. Que el pago del retroactivo se reclamó el 17 de marzo de 2021 y el reconocimiento se hizo el 24 de marzo de 2021, por lo que fue pagado oportunamente y no se generó mora, pero con el fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, debía indexarse cada una de esas mesadas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación. Frente la fecha de reconocimiento de intereses moratorios dijo que desde que se presentó la solicitud de reconocimiento pensional el 10 de febrero de 2017 se solicitaron los intereses moratorios, por lo que **COLPENSIONES** incurrió en mora a partir del 10 de junio de 2017 y desde esa petición se interrumpió la prescripción; que no es válido que se afirme que **COLPENSIONES** no incurrió en mora debido que solo hasta el año 2018 se aportaron los documentos necesarios para el reconocimiento de la prestación, pues se le impusieron cargas administrativas que no le corresponden y eso fue lo que demoró el pago de su mesada y la norma no exigía en ese momento el registro civil con la anotación de la interdicción judicial, solo que fuera una persona inválida (*min. 00:39:04, archivo "13 ActaAudienciaTramiteFallo"*).

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en relación con la condena en costas. Como sustento de la alzada adujo que por mandato constitucional los dineros usados por esa entidad para el pago de mesadas pensionales tienen única y exclusivamente ese propósito y no para pagar ningún otro rubro; además se reconoció retroactivo, el cual será debidamente indexado en su momento y con esto se resarciría el daño y sería hacer más gravosa la condición de **COLPENSIONES** al

condenarla en costas (*min. 00:41:10, archivo “13 ActaAudienciaTramiteFallo”*).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES**, en su escrito de alegatos, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, señalando que a la demandante no le asiste el reconocimiento y pago de los intereses moratorios teniendo en cuenta que no se le adeuda suma alguna por concepto de mesadas pensionales y que los intereses moratorios y la indexación son incompatibles, sin que esas inconformidades hayan sido expuestas en la alzada.

La parte actora solicitó la modificación de la sentencia, al considerar que tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 10 de febrero de 2014 hasta la fecha en que se verifique su pago, circunstancia que no se expuso en esos términos en la apelación.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala resolver si se causaron intereses moratorios a favor de la demandante con ocasión del pago tardío del retroactivo pensional, conforme con lo alegado en los recursos de apelación.

VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** mediante Resolución 04926 del 26 de octubre de 1991 el ISS reconoció una pensión de vejez a Carlos Arturo Saldaña Corredor (q.e.p.d.) en cuantía de \$51.720, a partir del 02 de febrero de 1991 (*aceptado por Colpensiones en Resolución SUB92759 de 09 de junio de 2017, pág. 18 a 22, archivo “03Subsanación”*); **ii)** Carlos Arturo Saldaña Corredor falleció el 02 de junio de 2002, por lo que mediante Resolución 025511 de 2002, el ISS sustituyó el derecho pensional a favor de Fanny Olaya de Saldaña (q.e.p.d.), en un 100%, en calidad de cónyuge del causante (*aceptado por Colpensiones en Resolución SUB233538 del 29 de octubre de 2020, pág. 30 a 35, archivo “03Subsanación”*); **iii)** Fanny Olaya de Saldaña falleció el 28 de marzo de 2013 (*aceptado por Colpensiones en Resolución SUB233538 del 29 de octubre de 2020, pág. 30 a 35, archivo “03Subsanación”*); **iv)** **ISABEL SALDAÑA OLAYA** nació el 12 de marzo de 1957 y es hija del causante Carlos Arturo Saldaña Corredor (q.e.p.d.) (*aceptado por Colpensiones en Resolución SUB92759 de 09 de junio de 2017, pág. 18 a 22, archivo “03Subsanación”*); **v)** el 10 de junio de 2016, Martha Lucia Saldaña Olaya, en calidad de hermana de **ISABEL SALDAÑA OLAYA**, le informó a **COLPENSIONES** que se iba a iniciar un proceso de calificación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (*archivo “GEN-DOA-DA-2016_6027768-20160610035410”, carpeta “09ExpedienteAdministrativo”*); **vi)** el 1° de julio de 2016 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca le dictaminó a **ISABEL SALDAÑA OLAYA** una PCL de un 77.10% con fecha de estructuración del 15 de enero de 1996 (*aceptado por Colpensiones en Resolución SUB92759 de 09 de junio de 2017, pág. 18 a 22, archivo “03Subsanación”*); **viii)** a **ISABEL SALDAÑA OLAYA** le fue reconocida sustitución pensional por parte de **COLPENSIONES**

mediante Resolución SUB92759 del 09 de junio de 2017, prestación cuyo ingreso en nómina quedó condicionada al aporte de la sentencia ordinaria que declarara la interdicción de la solicitante, acta de posesión y discernimiento del curador y registro civil con anotación de la interdicción judicial (*pág. 18 a 22, archivo “03Subsanación”*); **ix)** en providencia del 26 de febrero de 2018, el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá decretó la discapacidad mental absoluta provisional a **ISABEL SALDAÑA OLAYA** y designó la correspondiente curadora (*pág. 15, archivo “GJR-NOT-AF-2019_1427236-20190201041728”, carpeta “09ExpedienteAdministrativo”*); **x)** en comunicación del 24 de julio de 2018, Elvia Jocabed Saldaña Olaya actuando como curadora provisional de la demandante, (*archivo “SAC-COM-AF-2018_8632941-20180724103538, carpeta “09ExpedienteAdministrativo”*), allegó copia de auto admisorio de la demanda de interdicción del 26 de enero de 2018 proferido por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá (*pág. 5, archivo “GEN-ANX-CI-2018_8632941-20180724103538”, carpeta “09Exped...”*) y acta de posesión como curadora; **xi)** en escrito del 30 de octubre de 2018 la curadora provisional reiteró la petición del 24 de julio de 2018 allegando además el registro civil de la demandante con la anotación de interdicción judicial (*pág. 13, archivo “GJR-NOT-AF-2019_1427236-20190201041728”, carpeta “09ExpedienteAdministrativo”*), documentos que COLPENSIONES dio por recibidos según Resolución SUB33280 del 06 de febrero de 2019 (*pág. 23 a 29, archivo “03Subsanación”*); **xii) COLPENSIONES** en Resolución SUB33280 del 06 de febrero de 2019 levantó la suspensión e incluyó a la demandante en nómina de pensionados a partir del 1° de marzo de 2019, reconociendo como curadora provisional a Elvia Jocabed Saldaña Olaya y dejando en suspenso el pago del retroactivo hasta tanto se nombrara curador definitivo (*pág. 23 a 29, archivo “03Subsanación”*); **xiii)** el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá en providencia del 19 de octubre de 2019, decretó la suspensión del proceso de interdicción por discapacidad mental absoluta en virtud de la Ley 1996 de 2019 (*aceptado por Colpensiones en Resolución SUB233538 de 29 de octubre de 2019, pág. 30 a 35, archivo “03Subsanación”*); **xiv)** el 25 de agosto de 2020, la curadora provisional de **ISABEL SALDAÑA OLAYA** solicitó el pago de retroactivo pensional dejado en suspenso (*aceptado por Colpensiones en Resolución SUB233538 de 29 de octubre de 2019, pág. 30 a 35, archivo*

“03Subsanación”); **xv) COLPENSIONES** en Resolución SUB233538 del 29 de octubre de 2020 señaló que no era procedente reconocer a Elvia Jocabed Saldaña Olaya como curadora provisional, por cuanto la demandante gozaba de capacidad plena conforme Ley 1996 de 2019, por lo que abstuvo de estudiar la petición por falta de legitimación (*pág. 30 a 35, archivo “03Subsanación”*); **xvi)** contra el anterior acto administrativo el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación el 09 de diciembre de 2020, resuelto de forma desfavorable en Resolución DPE16956 del 24 de diciembre de 2020 (*aceptado por Colpensiones en Resolución SUB121473 de 24 de mayo de 2021, pág. 36 a 45, archivo “03Subsanación”*); **xvi)** la demandante en escrito del 17 de marzo de 2021 solicitó la reliquidación de la pensión de sobrevivientes a partir del 28 de marzo de 2013 y el pago de intereses moratorios (*aceptado por Colpensiones en Resolución SUB121473 de 24 de mayo de 2021, pág. 36 a 45, archivo “03Subsanación”*); **xvii)** y la demandada a través de la Resolución SUB121473 del 24 de mayo de 2021 reconoció el retroactivo pensional generado por mesadas causadas entre el 10 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2019, y dispuso su pago en la nómina de junio de 2021, negando el pago de intereses moratorios (*pág. 36 a 45, archivo “03Subsanación”*).

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993:**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras). La misma Corporación de cierre ha determinado que

excepcionalmente no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

También el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha determinado que los referidos intereses moratorios aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (SL1681-2020, SL205-2022, SL945-2022, entre otras).

En el presente asunto no es objeto de debate el reconocimiento pensional, el valor de la mesada y la fecha de disfrute del derecho sustituido, la controversia radica en relación con la procedencia de los intereses moratorios.

Al respecto, se tiene que el 10 de febrero de 2017 **ISABEL SALDAÑA OLAYA**, por intermedio de apoderado judicial, presentó solicitud de sustitución pensional (*pág. 18, archivo “03Subsanacion”*). Con ocasión de esa solicitud, dada la pérdida de capacidad laboral de la demandante del 77.10% y su condición médica que requería para ese momento de terceras personas para la toma de decisiones, **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB92759 del 09 de junio de 2017, reconoció a la demandante el derecho a la sustitución pero dejó condicionado su ingreso en nómina hasta tanto se aportara la sentencia ordinaria que declarara la interdicción de la solicitante, acta de posesión y discernimiento del curador y registro civil con anotación de la interdicción judicial (*pág. 18 a 22, archivo “03Subsanación”*), presupuestos que se encontraban vigentes y acordes con la protección e inclusión social determinada en la Ley 1306 de 2009.

Por lo tanto, para ese momento no se podía predicar mora por parte del fondo de pensiones en el pago de la pensión sustituida, pues para garantizar la protección de los dineros de la beneficiaria se requería de un tercero que cuidara de sus intereses económicos y de la destinación específica de las mesadas pensionales.

En el expediente se acreditó que con las peticiones del 24 de julio de 2018 y 30 de octubre de 2018, se radicaron ante **COLPENSIONES** los documentos necesarios y suficientes para que el fondo de pensiones incluyera en nómina de pensionados la prestación y pagara el correspondiente retroactivo a favor de **ISABEL SALDAÑA OLAYA**. En efecto, con la comunicación del 24 de julio de 2018 (SAC-COM-AF-2018_8632941-20180724103538, *archivo “09ExpedienteAdministrativo”*) se allegó copia de auto admisorio de la demanda de interdicción del 26 de enero de 2018 proferido por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá (pág. 5, *archivo “GEN-ANX-CI-2018_8632941-20180724103538”, carpeta “09ExpedienteAdministrativo”*) y acta de posesión de Elvia Jocabed Saldaña Olaya (Hermana de la demandante) como su curadora provisional (pág. 6, *archivo “GEN-ANX-CI-2018_8632941-20180724103538”, carpeta “09ExpedienteAdministrativo”*). Además, en providencia del 26 de febrero de 2018 el referido despacho judicial decretó la discapacidad mental absoluta provisional a **ISABEL SALDAÑA OLAYA** y designó la correspondiente curadora (pág. 15, *archivo “GJR-NOT-AF-2019_1427236-20190201041728”, carpeta “09ExpedienteAdministrativo”*).

Y la curadora provisional reiteró la petición en escrito del 30 de octubre de 2018, donde aportó el registro civil de la demandante con la anotación de interdicción judicial (pág. 13, *archivo “GJR-NOT-AF-2019_1427236-20190201041728”, carpeta “09ExpedienteAdminist...”*).

A pesar de lo anterior, **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB33280 del 06 de febrero de 2019, levantó la suspensión e incluyó a la demandante en nómina de pensionados a partir del 1° de marzo de 2019, pero dejó en suspenso el pago del retroactivo hasta tanto se nombrara curador definitivo (pág. 23 a 29, *archivo “03Subsanación”*), requisito que no estaba previsto en la normatividad, puesto que para ese momento la curadora provisional contaba con todas las facultades de representación, en los términos del artículo 52 de la Ley 1306 de 2009¹,

¹ ARTÍCULO 52. CURADOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA. <Artículo derogado por el artículo 61 de la Ley 1996 de 2019> A la persona con discapacidad mental absoluta mayor de edad no sometido a patria potestad se le nombrará un curador, persona natural, que tendrá a su cargo el cuidado de la persona y la administración de sus bienes. El curador es único, pero podrá tener suplentes designados por el testador o por el Juez.

y en cumplimiento de la designación que le hiciera el Juzgado Quinto de Familia del Circuito de Bogotá en providencia del 26 de febrero de 2018 (pág. 15, archivo “GJR-NOT-AF-2019_1427236-20190201041728”, carpeta “09ExpedienteAdministrativo”).

Pese a ello, las mesadas pensionales insolutas tan sólo fueron canceladas en la nómina de junio de 2021, con ocasión del acto administrativo SUB121473 del 24 de mayo de 2021 (pág. 36 a 45, archivo “03Subsanación”).

Bajo el anterior escenario, para la Sala es claro que **COLPENSIONES** incurrió en mora en el pago de mesadas, pero no desde la fecha que reclama la parte actora, 10 de junio de 2017; tampoco desde el 24 de julio de 2018 como lo determinó el *a quo*, pues al encontrarse en suspenso la inclusión en nómina, la entidad contaba con 15 días hábiles para resolver la solicitud (artículo 14 de la Ley 1437 de 2011), contados a partir del momento en que la beneficiaria le radicó los respectivos documentos (30 de octubre de 2018, pág. 13, archivo “GJR-NOT-AF-2019_1427236-20190201041728”, carpeta “09Expedientea...”). Por tal motivo, los intereses moratorios se causaron a partir del 20 de noviembre de 2018, por las mesadas pensionales generadas entre el 10 de febrero de 2014 hasta el 31 de octubre de 2018, y desde la mesada de noviembre de 2018 hasta febrero de 2019 los intereses se generan desde la exigibilidad de cada monto pensional. A modo de ejemplo, la mesada de noviembre de 2018 genera intereses a partir del 1° de diciembre de 2018 y así sucesivamente frente a las demás mesadas, razón suficiente para modificar la sentencia objeto de estudio.

Los anteriores intereses se generarían hasta la fecha del pago efectivo de las mesadas pensionales, esto fue, hasta el 30 de junio de 2021, conforme se dispuso en la Resolución SUB121473 del 24 de mayo de 2021. Sin embargo, teniendo en cuenta que la fecha límite de causación de los intereses moratorios señalada en la sentencia de primera instancia no fue objeto de apelación por la parte actora, motivo

Las personas que ejercen el cargo de curador, los consejeros y los administradores fiduciarios de que trata el presente Capítulo, se denominan generalmente guardadores y la persona sobre la cual recae se denomina, en general, pupilo.

por el cual en el grado jurisdiccional de consulta no puede hacerse más gravosa la situación del fondo público demandado. Con todo, dicho extremo se precisará en sentido de indicar que corresponde al 1° de abril de 2019, según se desprende de la Resolución SUB33280 del 06 de febrero de 2019.

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

- **Sobre la excepción de prescripción:**

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

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 2530 del Código Civil dispone que la prescripción se suspende en favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría. Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del Código Civil contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege, sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado. (*SL de fecha 11 de diciembre de 1998*

radicado No. 11349, reiterada en sentencias SL 10641 de 2014 y SL2836-2022).

Por lo anterior, atendiendo que **ISABEL SALDAÑA OLAYA** para el momento en que se reclamó la sustitución pensional y fue incluida en nómina de pensionados, se le había asignado curadora provisional por parte del Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, dada su discapacidad mental absoluta, no hay lugar a la prescripción de los intereses moratorios. Las demás excepciones formuladas por **COLPENSIONES** tampoco encuentran prosperidad en atención al estudio del derecho en litigio.

Finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022).

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA**

COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar a **ISABEL SALDAÑA OLAYA** los intereses moratorios a partir del 20 de noviembre de 2018 hasta el 1° de abril de 2019, por las mesadas pensionales generadas entre el 10 de febrero de 2014 hasta el 31 de octubre de 2018, y desde la mesada de noviembre de 2018 hasta la mesada de febrero de 2019 los intereses se generan desde la exigibilidad de cada mesada hasta el 1° de abril de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de la indexación, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 21-2021-00451-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra el fallo del 15 de febrero de 2023, que absolvió de las pretensiones y condenó al **DEMANDANTE** (28:54 archivo "16ActaAudiencia20230215").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 7 a 10 archivo "01DemandaAnexos").**

JUAN FERNANDO VARGAS ARÉVALO solicitó reliquidar su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y condenar a la diferencia indexada, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que **COLPENSIONES** en la Resolución SUB 9223 del 15 de abril de 2020 le reconoció indemnización sustitutiva por \$24.560.929 y el 16 de octubre de 2020 solicitó su reliquidación, petición que negó la Resolución SUB 254245 del 24 de noviembre de 2020, contra la cual interpuso recursos, los cuales fueron resueltos desfavorablemente con las Resoluciones SUB 73240 del 23 de marzo de 2021 y DPE 3276 del 29 de abril de 2021. Afirmó que **COLPENSIONES** no consideró la totalidad de semanas cotizadas al momento de liquidar su indemnización.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 3 a 14 archivo “11ContestacionDemandaColpensiones”).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y que negó su reliquidación. Indicó que no procede la reliquidación porque la prestación se reconoció conforme derecho y las 239 semanas cotizadas y el IBC reportado. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, ni I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, pago, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social públicas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (28:54 archivo “16ActaAudiencia20230215”).

El 15 de febrero de 2023 el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JUAN FERNANDO VARGAS ARÉVALO, de conformidad con las razones expresadas en la parte motiva de este proveído. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, declarándose relevado el Despacho del estudio de las demás. TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte DEMANDANTE y en favor de la entidad DEMANDADA. Liquidense por Secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$300.000. CUARTO: CONSULTAR esta sentencia con el Superior en caso de no ser apelada oportunamente, ello en favor de los intereses de la parte DEMANDANTE al haberle sido totalmente adversa. (...)”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si procede la reliquidación de la indemnización sustitutiva y demás pretensiones.

Como fundamento de su decisión indicó que el Parágrafo 2° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y la H. CSJ han señalado que las

semanas se contabilizan considerando 30 días por mes y 360 días por año, lo que equivale a 51,43 semanas anuales, por tanto, al verificar la historia laboral del **DEMANDANTE**, la cual no fue tachada, se acredita un total de 239,29 semanas cotizadas entre el 1° de septiembre de 1997 y el 31 de diciembre de 2014, por tanto, no es cierto que cotizará 257,14 semanas y negó las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDADO** solicitó revocar el fallo. Indicó que cada año cotizado es de 365 días porque así lo dice la H. CSJ, por tanto, el total de semanas cotizadas es de 257,14 y, en todo caso, de considerarse el número de semanas cotizadas declarado en la sentencia, es preciso revisar la totalidad de la formula aritmética consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y no limitar dicho estudio únicamente al número de semanas cotizadas, la cual arroja un promedio semanas cotizado de \$470.720 y un 36,24%, siendo totalmente equivocada la conclusión del Juzgado, quien ni siquiera sometió el asunto al Grupo Liquidador a disposición de los Juzgados Laborales, por tanto, debe ser revisada por el Grupo Liquidador del Tribunal.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Santiago Bernal Palacios, identificado con CC 1.016.035.426 y TP 269.922 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó confirmar el fallo. Agorado el término, el apoderado del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de acceder a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes hechos: **i)** al demandante **JUAN FERNANDO VARGAS ARÉVALO** se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución SUB 9223 del 15 de abril de 2020 (Pág. 130 a 134 archivo “11ContestacionDemandaColpensiones”); **ii)** mediante las Resoluciones SUB 254245 del 24 de noviembre de 2020, SUB 73240 del 23 de marzo de 2021 y DPE 3276 del 29 de abril de 2021, **COLPENSIONES** negó la reliquidación de la precitada indemnización sustitutiva (Pág. 135 a 160 archivo “11ContestacionDemandaColpensiones”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* absolvió de las pretensiones y condenó al **DEMANDANTE**. Contra la anterior decisión el **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

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

- **Sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.**

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

resultado se le debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Ahora bien, frente a la forma de liquidar esta prestación, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, reglamentario del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece lo siguiente:

“Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula: $I = SBC \times SC \times PPC$. Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”.

En cuanto la liquidación de la precitada indemnización, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, aclaró que la determinación del promedio ponderado de los aportes corresponde al aporte cotizado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, motivo por el cual a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, norma que en su redacción original estableció que la tasa de cotización para la pensión de vejez sería del 8% en 1994, 9% en 1995, 10% a partir de 1996 y con la modificación que introdujo el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, en 2003 pasó a ser del 10,5%, en 2004 al 11,5%, en 2005 a 12%, en 2006 a 12,5% y desde 2008 en 13% conforme el Decreto 4982 de 2007.

CASO EN CONCRETO.

En el presente asunto, advierte la Sala que no existe controversia entre las partes de que el **DEMANDANTE** cumple los requisitos para

acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, asunto que no fue controvertida en modo alguno por **COLPENSIONES**.

Revisada la demanda, el apoderado del **DEMANDANTE** alegó en el hecho # 4° que no fueron consideradas todas las semanas cotizadas al instante en que se reconoció y pagó la indemnización (Pág. 8 archivo “01DemandaAnexos”), por tanto, no resulta irrazonable la conclusión de la *a quo* de que el litigio se limitó a cuestionar el número de semanas considerado para liquidar dicha prestación.

A pesar de lo anterior, la Sala no pasa por alto que en los *fundamentos y razones de derecho* de la demanda se presentó la versión de cómo debió ser calculada la indemnización, por tanto, si bien el apoderado no definió de forma acertada su inconformidad en los hechos de la demanda, en todo caso si presentó su versión de como calcular la prestación, siendo la validez de la reliquidación sugerida el centro del debate judicial.

Así las cosas, este Tribunal verificó la reliquidación sugerida y advierte que la misma está totalmente equivocada, por cuanto no es de recibo que el apoderado del **DEMANDANTE** pretenda que la contabilización de los meses se haga por días calendario.

Aclara la sala preliminarmente que para efectos del cálculo de pensiones, legalmente se considera que el año tiene 360 días, pues se consideran los meses de 30 días para efectos laborales, tal y como indicó la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL Rad. 32.297 del 05 de febrero de 2008, en donde indicó que corresponde a una práctica uniforme Laboral, Civil, Comercial, Administrativa y Fiscal tomar todos los meses como periodos iguales de 30 días y por tanto el año de 360, más aún cuando el artículo 134 CST indica que el salario se debe pagar por periodos iguales y por ello se toma como duración total de cada mes la cantidad de 30 días, independientemente de cualquiera que fuere el número calendario de éstos.

La anterior postura es compartida por la H. Corte Constitucional, quien en la sentencia T-248 de 2008 indicó que el extinto ISS, con memorando 6557 del 18 de diciembre de 2002, el Concepto 2006044518 de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, el Concepto 6390 del 26 de septiembre de 2006 DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y la Sentencia del 4 de marzo de 1999 del H. CONSEJO DE ESTADO sostienen que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez los años se computan por 360 días.

Así las cosas, no comparte la Sala el criterio del apoderado del **DEMANDANTE** de considerar que los años deben computarse por 365 días, motivo por el cual no hay mérito para declarar el número de semanas cotizadas reclamado en la demanda.

No obstante, se verificó que la historia laboral del **DEMANDANTE** contiene periodos cotizados como trabajador dependiente y como trabajador independiente, en los cuales el número de días reportado es superior al número de días cotizados en razón a la mora en el pago del aporte, sin que dicha mora sea imputable al **DEMANDANTE** en los tiempos en que se desempeñó como trabajador dependiente por cuanto para entonces era el empleador el responsable del pago oportuno del aporte; sin embargo, en los tiempos en que cotizó como trabajador independiente el **DEMANDANTE** debe asumir los efectos negativos de la mora, por ser el único responsable del pago oportuno al no existir ningún empleador en dichos periodos, lo cual descarta la aplicación de la tesis de la mora patronal conforme indicó la H. CSJ en las sentencias SL Rad. 26.728 del 05 de diciembre de 2006, SL Rad. 36.648 del 21 de febrero de 2012, SL16204 de 2014, SL5634 de 2016, SL16420 de 2017, SL3445 de 2019, SL513 de 2020, entre otras.

Finalmente, no es de recibo para este Tribunal el promedio ponderado de aportes sugerido en la demanda del 36,24%, por cuanto nunca en la historia en Colombia se ha implementado un aporte al Sistema General de Pensiones superior al 16%, sin que el total del mismo sea destinado al pago de pensiones por cuanto un porcentaje

se destina al pago de gastos administrativos y seguros previsionales, por tanto, es imposible que el promedio sea tan alto como el reclamado por el apoderado del **DEMANDANTE**, quien se equivocó de forma notoria en sus cálculos.

Atendiendo las anteriores consideraciones, la Sala efectuó las operaciones aritméticas para determinar el monto de la indemnización sustitutiva, sin que para ello sea indispensable acudir al grupo liquidador por tratarse de una operación que conoce y aplica con suficiencia la Sala y solo en eventos excepcionales se requiere la intervención del precitado Grupo.

Así las cosas, la indemnización a favor del **DEMANDANTE** asciende a \$23.704.827, cifra inferior a la que reconoció en sede administrativa **COLPENSIONES** a través de la Resolución SUB 9223 del 15 de abril de 2020 por \$24.560.929 (Pág. 130 a 134 archivo “11ContestacionDemandaColpensiones”):

Indep	Año	Mes	Días	Salario	IPC inicial	IPC final	Factor indexación	Salario indexado	Días x salario
No	1997	9	30	\$ 900.138	26,52	100	3,771	\$ 3.394.186	\$ 101.825.566
No	1997	10	30	\$ 900.138	26,52	100	3,771	\$ 3.394.186	\$ 101.825.566
No	1997	11	30	\$ 900.138	26,52	100	3,771	\$ 3.394.186	\$ 101.825.566
No	1997	12	30	\$ 900.138	26,52	100	3,771	\$ 3.394.186	\$ 101.825.566
Si	1998	3	29	\$ 300.000	31,21	100	3,204	\$ 961.230	\$ 27.875.681
Si	1998	4	29	\$ 516.000	31,21	100	3,204	\$ 1.653.316	\$ 47.946.171
Si	1998	5	29	\$ 516.000	31,21	100	3,204	\$ 1.653.316	\$ 47.946.171
Si	1998	6	29	\$ 513.000	31,21	100	3,204	\$ 1.643.704	\$ 47.667.414
Si	1998	7	29	\$ 513.000	31,21	100	3,204	\$ 1.643.704	\$ 47.667.414
Si	1998	8	30	\$ 513.000	31,21	100	3,204	\$ 1.643.704	\$ 49.311.118
Si	1998	9	29	\$ 500.000	31,21	100	3,204	\$ 1.602.051	\$ 46.459.468
Si	1998	10	29	\$ 500.000	31,21	100	3,204	\$ 1.602.051	\$ 46.459.468
Si	1998	11	29	\$ 500.000	31,21	100	3,204	\$ 1.602.051	\$ 46.459.468
Si	1998	12	30	\$ 500.000	31,21	100	3,204	\$ 1.602.051	\$ 48.061.519
Si	1999	1	29	\$ 500.000	36,42	100	2,746	\$ 1.372.872	\$ 39.813.289
No	2001	4	14	\$ 583.333	43,27	100	2,311	\$ 1.348.123	\$ 18.873.728
No	2001	5	30	\$ 1.250.000	43,27	100	2,311	\$ 2.888.838	\$ 86.665.126
No	2001	6	30	\$ 1.250.000	43,27	100	2,311	\$ 2.888.838	\$ 86.665.126
No	2001	7	30	\$ 1.250.000	43,27	100	2,311	\$ 2.888.838	\$ 86.665.126
No	2001	8	30	\$ 1.250.000	43,27	100	2,311	\$ 2.888.838	\$ 86.665.126
No	2001	9	30	\$ 1.250.000	43,27	100	2,311	\$ 2.888.838	\$ 86.665.126
No	2001	10	16	\$ 666.666	43,27	100	2,311	\$ 1.540.712	\$ 24.651.389
No	2002	5	30	\$ 280.000	46,58	100	2,147	\$ 601.116	\$ 18.033.491
No	2002	6	30	\$ 400.000	46,58	100	2,147	\$ 858.738	\$ 25.762.130
No	2002	7	30	\$ 400.000	46,58	100	2,147	\$ 858.738	\$ 25.762.130
No	2002	8	30	\$ 400.000	46,58	100	2,147	\$ 858.738	\$ 25.762.130
No	2002	9	30	\$ 400.000	46,58	100	2,147	\$ 858.738	\$ 25.762.130
No	2002	10	30	\$ 400.000	46,58	100	2,147	\$ 858.738	\$ 25.762.130
No	2002	11	30	\$ 400.000	46,58	100	2,147	\$ 858.738	\$ 25.762.130
No	2002	12	30	\$ 400.000	46,58	100	2,147	\$ 858.738	\$ 25.762.130
No	2003	1	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2003	2	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2003	3	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2003	4	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2003	5	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2003	6	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2003	7	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2003	8	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878

No	2003	9	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2003	10	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2003	11	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2003	12	30	\$ 400.000	49,83	100	2,007	\$ 802.729	\$ 24.081.878
No	2004	1	30	\$ 400.000	53,07	100	1,884	\$ 753.721	\$ 22.611.645
No	2004	2	30	\$ 400.000	53,07	100	1,884	\$ 753.721	\$ 22.611.645
No	2004	3	30	\$ 400.000	53,07	100	1,884	\$ 753.721	\$ 22.611.645
No	2004	4	29	\$ 1.015.000	53,07	100	1,884	\$ 1.912.568	\$ 55.464.481
No	2004	5	3	\$ 105.000	53,07	100	1,884	\$ 197.852	\$ 593.556
No	2014	1	30	\$ 9.810.000	79,56	100	1,257	\$ 12.330.317	\$ 369.909.502
No	2014	2	30	\$ 10.121.250	79,56	100	1,257	\$ 12.721.531	\$ 381.645.928
No	2014	3	30	\$ 10.038.125	79,56	100	1,257	\$ 12.617.050	\$ 378.511.501
No	2014	4	30	\$ 10.121.250	79,56	100	1,257	\$ 12.721.531	\$ 381.645.928
No	2014	5	30	\$ 10.121.250	79,56	100	1,257	\$ 12.721.531	\$ 381.645.928
No	2014	6	30	\$ 10.121.250	79,56	100	1,257	\$ 12.721.531	\$ 381.645.928
No	2014	7	30	\$ 10.121.250	79,56	100	1,257	\$ 12.721.531	\$ 381.645.928
No	2014	8	30	\$ 10.121.250	79,56	100	1,257	\$ 12.721.531	\$ 381.645.928
No	2014	9	30	\$ 10.121.250	79,56	100	1,257	\$ 12.721.531	\$ 381.645.928
No	2014	10	30	\$ 10.121.250	79,56	100	1,257	\$ 12.721.531	\$ 381.645.928
No	2014	11	30	\$ 10.121.250	79,56	100	1,257	\$ 12.721.531	\$ 381.645.928
No	2014	12	30	\$ 10.121.250	79,56	100	1,257	\$ 12.721.531	\$ 381.645.928

Total días	1703
Semanas	243,29

Total salario x días	\$ 6.555.944.381
Salario mensual ponderado	\$ 3.849.644
Salario semanal ponderado	\$ 898.250

Promedio ponderado porcentaje			
Año	Semanas	% aporte	PPC
1997	17,14	10,0%	1,71
1998	41,71	10,0%	4,17
1999	4,14	10,0%	0,41
2001	25,71	10,0%	2,57
2002	34,29	10,0%	3,43
2003	51,43	10,5%	5,40
2004	17,43	11,5%	2,00
2014	51,43	13,0%	6,69
	243,29		10,85%

Total semanas	243,29
SL semanas ponderado	\$ 898.250
PPC	10,85%
Valor indemnización sustitutiva	\$ 23.704.827

En consecuencia, no le asiste derecho al **DEMANDANTE** a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de vejez, por cuanto la suma reconocida en sede administrativa fue superior a la que legalmente le corresponde, por tanto, no existe mérito para impartir ninguna condena.

Por los anteriores términos se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

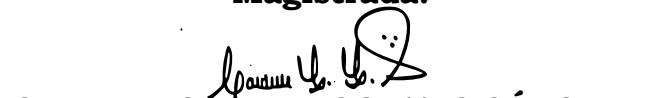
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.21-2022-00239-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 07 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS administrado por **COLFONDOS** y se ordenó a esa AFP trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los saldos, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y condenó en costas a las demandadas (*min. 25:19, audio parte 3, archivo “19ActaAudiencia20230307”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

ALIRIO HUERTAS CARDOZO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS, a

través de **COLFONDOS** y, en consecuencia, se disponga su regreso automático al RPM, se reconozca su pensión de vejez, se ordene a **COLFONDOS** a devolver al RPM todos los aportes, junto con sus rendimientos y costos de administración, y a **COLPENSIONES** a recibir su vinculación, además de las condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 17 de septiembre de 1964, desde sus inicios laborales comenzó a cotizar al ISS, y el 1° de octubre de 2006 se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS; que los asesores de la AFP le informaron que en ese fondo se pensionaría mucho antes de la edad requerida en el RPM y con una mesada superior, por lo que así decidió firmar el formulario de traslado; pese a ello, dice que ese traslado no se dio bajo los parámetros de un consentimiento informado, con información clara, cierta, completa, comprensible, adecuada, suficiente, oportuna, veraz, eficaz, libre de todo vicio del consentimiento, que no le dejara duda respecto de los beneficios y las desventajas de dicho cambio de régimen y respecto de la forma en cómo se podía pensionar en uno y en otro, por lo que considera que lo indujeron a error.

Manifestó que el 19 y 26 de noviembre de 2021 agotó la reclamación administrativa ante **COLPENSIONES**, entidad que le dio respuesta negativa; y que el 26 de noviembre de 2021 presentó a **COLFONDOS** reclamación administrativa, solicitud que fue negada el 13 de junio de 2022, por restricción de edad, pronunciamiento que se dio con ocasión de una acción de tutela (*pág. 6 a 15, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del demandante, la afiliación al ISS, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *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 la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras 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 (pág. 03 a 43, archivo “09ContestacionDemandaColpensiones”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación del demandante al ISS y a esa AFP, la reclamación administrativa, su respuesta y la presentación de la acción constitucional. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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, compensación, pago y la innominada o genérica (pág. 05 a 24, archivo “06ContestacionDemandaColfondos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 26:19, audio parte 3, archivo “19ActaAudiencia20230307”)

El 07 de marzo de 2023, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ALIRIO HUERTAS CARDOZO al régimen de ahorro individual el 04 de agosto de 2006 con fecha de efectividad el 1 de octubre de esa anualidad, por intermedio de COLFONDOS S.A. y, 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 COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado del RPMPD al RAIS del 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 su afiliación inicial y hasta que

*se efectúe el 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 ALIRIO HUERTAS CARDOZO. 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: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado en la parte considerativa 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 COLFONDOS 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, en caso de no ser apelada oportunamente por COLPENSIONES...”*

Para resolver la Juez indicó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento del deber información le correspondía al fondo de pensiones, sin que se desprenda esa exigencia con el sólo formulario de afiliación, pues no se evidenció que la AFP le haya suministrado al actor una información suficiente, clara y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema del RPM y sus posibles consecuencias futuras, las ventajas y desventajas del RAIS, sin que las declaraciones recaudadas tengan la entidad probatoria suficiente para modificar tal aspecto, motivo por el cual manifestó que el acto jurídico de traslado no pudo surtir efectos.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que el demandante realizó el traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones indebidas, que la afiliación se dio en 2006, por lo que al transcurrir tanto tiempo es imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo y el deber de información sólo se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, pues los fondos privados cuentan con el consentimiento vertido en el formulario

de afiliación para probar el deber de información, puesto que las leyes vigentes entre 1993 a 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación; que se debe analizar si en la presunta falta de información se produjo un efecto cierto o adverso que es perder el régimen de transición o como si ocurre con el actor que al no poder cambiarse de régimen y al no estar de acuerdo con la mesada pensional encuentra en este tipo de acción la oportunidad de obtener un beneficio indebido al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes.

Señaló que en caso de que se confirme la decisión, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y las demás a que hubiera lugar debidamente indexados, y no se imponga condena en costas en su contra (*min. 29:06, audio parte 3, archivo “19ActaAudiencia20230307”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, reiterando los argumentos de la alzada.

Por su parte, el apoderado del demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que no se demostró el cumplimiento al deber de información.

No hubo pronunciamiento de **COLFONDOS S.A.**

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) ALIRIO HUERTAS CARDOZO** nació el 17 de septiembre de 1964 (*pág. 16, archivo “01DemandaAnexos”*) y se afilió al ISS a partir del 01 de mayo de 1980 (*pág. 45, archivo “06ContestacionDemandaColpensiones”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS S.A.** el 04 de agosto de 2006, con efectividad a partir del 1° de octubre siguiente, donde sigue vinculado (*pág. 25 y 26, archivo “10ContestacionDemandaColfondos”*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de

permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **COLFONDOS** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que el asesor le informó únicamente beneficios, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM.

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

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

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a **COLPENSIONES** como actual fondo administrador de las cotizaciones de la parte actora, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, validarlos como

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

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

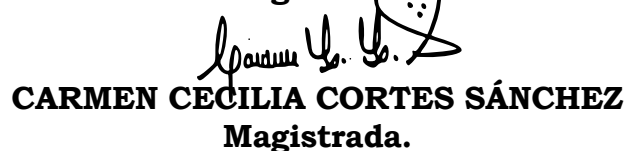
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ALIRIO HUERTA CARDOZO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2022 00239 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.24-2015-00032-02

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **HERIBERTO MONCALEANO CHARRY** contra la sentencia del 30 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A.**, vigente entre el 16 de noviembre de 2011 y el 14 de noviembre de 2012, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la parte actora (*min. 00:31:02, archivo "069.1AudienciaDeJuzgamiento", carpeta "C01Principal"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

HERIBERTO MONCALEANO CHARRY llamó a juicio a **PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.**, **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. ESP** y **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A.**, que **PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** actuó como simple intermediaria, que durante su contrato de trabajo laboró dos horas extras nocturnas en el horario de 2 a 4 am y, en consecuencia,

se condene a las demandadas de forma solidaria al pago de \$2.533.691 por trabajo suplementario, junto con la indemnización moratoria, indexación, costas procesales y condenas por facultades ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que la UAESP suscribió contrato de concesión con **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A.**; que estuvo al servicio del **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A.** desde el 16 de noviembre de 2011 hasta el 14 de noviembre de 2012, en el cargo de conductor, actividad que la desarrollaba en camiones y volquetas de dicho CONSORCIO, recogiendo basura en la ciudad de Bogotá, siendo beneficiaria de la labor la UAESP; que recibía órdenes de los representantes del **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A.**; que la empresa **PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** contrató el personal que el **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A.** requería para la recolección de desperdicios en la ciudad y que como prestación del servicio recibía un SMLMV.

Expuso que nunca le pagaron valor por concepto de trabajo suplementario; que la empresa lleva un registro con el cual coordinan su parque automotor donde se consignan los datos del conductor, fecha de recorrido, hora de salida, hora de entrada, tripulación, estado del automotor a la salida, estado del automotor a la entrada y número del vehículo; que dichos registros quedaban en poder de **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A.**, que entraba a laborar a las 6 de la tarde y sus recorridos los desarrollaba en jornadas no inferiores a las 10 horas de trabajo, por lo que dice siempre laboró 2 horas extras nocturnas en cada jornada (*pág. 1 a 12, archivo “003Demanda”, carpeta “C02Principal”*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP** se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de concesión. Expresó que los demás hechos no eran

ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva, por inexistencia de la relación contractual laboral con el demandante* e inexistencia de solidaridad laboral (pág. 1 a 23, archivo “024ContestacionDeDemanda”). A su vez, llamó en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A. (pág. 74 a 79, archivo “027ContestacionDeDemanda”, carpeta “C02Principal”), el cual fue admitido en providencia del 31 de marzo de 2017 (archivo “030AutoQueTienePorContestadaLaDemanda”, carpeta “C02Principal”).

En providencia del 1° de junio de 2017 se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** (archivo “031AutoQueNoTienePorContestadaLaDemanda”, carpeta “C02Principal”).

El **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. ESP** se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de concesión, la terminación de labores del demandante, el cargo de conductor para el proceso de recolección de basuras, reconoció ser la propietaria de los camiones recolectores, la firma del contrato comercial con **PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.**, la existencia de tres turnos de trabajo y el horario de lunes a sábado cumplido por el actor. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación*, pago y compensación, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa del demandante, prescripción, buena fe y la innominada o genérica (pág. 1 a 17, archivo “036ContestacionDeDemanda”, carpeta “C02Principal”).

LIBERTY SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento. Expresó que los hechos de la demanda no le constaban; del llamamiento aceptó la existencia de la póliza de cumplimiento No.1943118 del 15 de septiembre de 2011 cuyo tomador o afianzado es **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. ESP**. Formuló las excepciones de *prioridad en la afectación de la póliza de*

garantía real establecida en el numeral 5° del artículo 83 de la Ley 50 de 1990, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, prescripción laboral, compensación y la innominada o genérica (pág. 1 a 15, archivo “047ContestacionDeDemanda”, carpeta “C02Principal”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 00:31:02, archivo “069.1AudienciaDeJuzgamiento”, carpeta “C01Principal”)

El 30 de septiembre de 2021, el Juzgado Veinticuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*(...) **PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor HERIBERTO MONCALEANO CHARRY y la sociedad CONSORCIO ASEO CAPITAL SAS (SIC), vigente entre el 16 de noviembre de 2011 y el 14 de noviembre de 2012, en virtud del cual desempeñó el cargo de CONDUCTOR devengando como último salario la suma de \$1.220.665,00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. **SEGUNDO: ABSOLVER** a las demandadas PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS SAS, CONSORCIO ASEO CAPITAL SA y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PUBLICOS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte el señor HERIBERTO MONCALEANO CHARRY, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: ABSOLVER** a la sociedad LIBERTY SEGUROS SA en condición de llamada en garantía, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía. **CUARTO: DECLARAR** parcialmente probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva, declarándose el Juzgado relevado del estudio de los demás medios exceptivos. **QUINTO: CONDENAR** en costas al demandante y a favor de las demandadas, para lo cual se estiman las agencias en derecho en la suma de \$100.000 a favor de cada una de ellas. **SEXTO: REMITIR** las diligencias a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, en el evento de que no se interponga recurso de apelación contra la presente decisión (...)*

Para resolver, la Juez indicó se acreditó que el demandante prestó el servicio como trabajador en misión a favor de la demandada **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. ESP**, a través de la empresa de

servicios temporales PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S., entre el 16 de noviembre de 2011 y el 14 de noviembre de 2012 en el cargo de conductor, por lo que conforme con la normatividad y jurisprudencia aplicable, y dado que la labor que realizó el trabajador correspondía a un cargo con vocación a permanencia indefinida directamente relacionada con el servicio de recolección de basuras, objeto social principal de la sociedad ASEO CAPITAL, dispuso que el verdadero empleador fue **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. ESP.**

Respecto del pago de trabajo suplementario precisó que la carga probatoria le correspondía al demandante, conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el artículo 167 del CGP, y en el proceso las mismas no fueron aportadas y no existe elemento probatorio alguno que dé cuenta de las labores desempeñadas más allá de la jornada ordinaria o nocturna distintas a las tenidas en cuenta por la convocada a juicio en los comprobantes de nómina y liquidación de prestaciones sociales, falencia que no sorteo con la declaración de Jaime Cesar Beltrán Acosta quien a pesar de que manifestó prestar el servicio a favor de ASEO CAPITAL, siendo compañero de trabajo del actor, no precisó los días en que se prestó el servicio en dominicales o festivos y mucho menos las horas que excedieron la jornada máxima legal, resaltando que estaba asignado a un vehículo diferente, por lo que no le consta los horarios laborados. Tampoco la prueba documental da fe de ese trabajo suplementario.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación. Adujo que el artículo 267 del CGP contiene la sanción de presumirse por ciertos los hechos, por lo que una vez se solicitó la exhibición de documentos y se decretaron, sorpresivamente la documental aportada por la demandada no coincide y dista por mucho de lo que se pretendía, pues no hay firma de recibido como es común en estas planillas, no hay identificación de las personas a las cuales se les hacía la observación, no hay identificación del conductor, por lo que se

muestra la renuencia de la no entrega por lo que solicita se aplique la referida sanción.

Refiere que se debe tener en cuenta el testimonio de Jaime Cesar Beltrán pues si bien coligió que no eran dos horas sino más, se puede presumir las dos horas que se están solicitando, dado que era el mínimo de tiempo que los demandantes debían estar laborando con trabajo suplementario; que en el interrogatorio la representante legal de **ASEO CAPITAL** manifestó que existían unos documentos de registro donde no solamente estaba la dirección, las zonas donde iban a realizar la inspección y recolección de basuras, sino que también había un registro de entradas y salidas de los vehículos (*min. 00:33:07, archivo "069.1AudienciaDeJuzgamiento", carpeta "C01Principal"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. ESP, PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** y la llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.** solicitaron la confirmación integral de la sentencia de primera instancia.

A su vez, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP** confirió poder al Dr. Andrés León Albarracín, identificado con C.C. No.74.186.521 y T.P. No.181.567 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado judicial de dicha entidad, y en su escrito de alegatos solicitó la confirmación del fallo recurrido.

Por su parte, el Dr. Kevin Daniel Guerrero Bernal, identificado con C.C. No.1.031.165.319 y T.P. No.377.057 del CSJ, allegó documento que lo acredita como abogado inscrito de la firma Asturia Abogados S.A.S., quien a su vez actúa en el presente proceso como apoderada del demandante, por lo que se reconoce tal calidad para actuar en segunda instancia, y en su escrito de alegatos solicitó la

revocatoria de la sentencia de primer grado, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es procedente la aplicación de la presunción prevista en el artículo 267 del CGP y si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de horas extras por haber laborado en jornada nocturna.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que entre **HERIBERTO MONCALEANO CHARRY** y la sociedad **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. ESP** existió un contrato de trabajo vigente entre el 16 de noviembre de 2011 y el 14 de noviembre de 2012, en virtud del cual desempeñó el cargo de conductor, devengando como último salario la suma mensual de \$1.220.665,00, así fue declarado por el juzgado de instancia y no hubo objeción por ninguna de las partes.

- Sobre la presunción establecida en el artículo 267 del CGP.

El artículo 267 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPTSS, establece que si la parte a quien se **ordenó la exhibición** (resalta la sala) se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare

justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento.

- Sobre la carga de la prueba sobre trabajo suplementario y recargos.

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

El artículo 161 del CST, vigente para los periodos reclamados, establece que la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, siendo ordinaria aquella jornada que inicia a las 6 de la mañana y termina a las 10 de la noche (art. 160 CST). A partir del 18 de julio de 2017 se redujo la jornada ordinaria hasta las 9 de la noche, en virtud de la Ley 1846 de 2017).

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, reclama el recurrente que se aplique la sanción prevista en el artículo 267 del CGP al considerar que pese a que se solicitó y decretó la exhibición de los documentos tendientes a demostrar las jornadas laboradas en horarios adicionales, donde estaba incluido una firma del conductor, las placas de los vehículos, los integrantes de la tripulación y demás información que permitiría establecer los horarios y el trabajo suplementario, la demandada aportó información que no coincide con los documentos que se pretendían obtener con fines probatorios.

Al respecto, debe precisarse que para que opere la aplicación de esta sanción, se requiere de varios presupuestos, entre ellos, que la prueba de exhibición se haya decretado, que exista oposición o renuencia al aporte de la información que se solicitó exhibir y que la sanción sea aplicada por el juez al proferir la sentencia o al momento de resolver el incidente.

Al revisar el expediente se tiene que en audiencia celebrada el 09 de abril de 2018, el *a quo* negó la exhibición de los documentos al considerar que la información que se había aportado en la contestación de la demanda por parte de **CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. ESP**, relacionada con el registro de planillas de entrada y salida de vehículos, era la que se encontraba en su poder (*min.35:38, archivo "051.1AudienciaObligatoria*), decisión contra la cual el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo que los documentos allegados estaban incompletos.

Al resolver la alzada, este Tribunal dispuso en su oportunidad en providencia del 28 de mayo de 2019 (*archivo "019.1AudienciaTribunal28052019"*), la confirmación de la decisión de primera instancia, en cuanto a la negativa de la exhibición, al precisar que si bien se cumplió las exigencias del artículo 265 del CGP, se había allegado en medio magnético información abundante, la cual a pesar

de no tener nombres de los conductores, reposaba en su contenido las fechas, los horarios de entrada y salida y los códigos de los conductores, entre otros, lo que claramente permitía su individualización, por lo que se concluyó en ese entonces que la decisión de rechazar la prueba de exhibición se ajustó a las exigencias del artículo 56 del CPTSS, pues al obrar en el proceso el medio de convicción reseñado, la exhibición pretendida resultaba innecesaria.

Bajo ese escenario, se deduce claramente que al no estar decretada la prueba de exhibición no se pueden aplicar las consecuencias procesales de renuencia previstas en el artículo 267 del CGP, y menos en segunda instancia, lo descarta los argumentos del recurrente. Y la exposición presentada en la alzada frente a este tema, en especial a la mención realizada respecto del interrogatorio rendido por la representante legal de **CONSORCIO ASEO CAPITAL** corresponde a demostrar las razones de oposición a la negativa del decreto de la prueba, aspecto sobre el cual ya hubo decisión judicial en firme, sobre la que no es posible modificar sus efectos de inmutabilidad, motivo suficiente para descartar esta solicitud.

Ahora, frente al trabajo suplementario, le correspondía a **HERIBERTO MONCALEANO CHARRY** acreditar haber laborado en horas extras, domingos y festivos durante la ejecución del contrato y por el periodo reclamado y que, a pesar de ello, los servicios no fueron remunerados con el porcentaje adicional.

La parte actora, en la alzada, menciona que se debe tener en cuenta el testimonio de Jaime Cesar Beltrán y el interrogatorio de la representante legal de Aseo Capital.

Pues bien, luego de escuchar las referidas declaraciones, la Sala confirmará la decisión absolutoria, conforme pasa a explicarse.

Jaime Cesar Beltrán Acosta al rendir su testimonio (*min. 00:11:00, archivo "036.1Audienciamayo2021"*), declaró haber

trabajado con el demandante durante los años 2011 y 2012, cumpliendo las mismas funciones de conductores de camiones recolectores de residuos y basuras, y si bien dijo que ingresaban a la misma hora y que muchas veces llegaban o regresaban a tiempo a la base, su declaración frente a este aspecto no es suficiente, puesto que al manejar vehículos independientes y con rutas recolectoras distintas no puede dar fe del tiempo efectivamente laborado por HERIBERTO, dadas las particularidades propias de la función. Incluso, señaló que algunos domingos laboraban y los otros no, lo que es demostrativo que no todos los días iban juntos a prestar el mismo servicio.

Y frente al interrogatorio absuelto por la representante legal de **CONSORCIO ASEO CAPITAL** (*min. 01:32:27, “archivo 036.1 Audiencia mayo 2021”*), indicó que había registro de entrada y salida de los conductores y los vehículos, que había registro para verificar que los vehículos tuvieran buenas condiciones y también registro de las personas que iban prestando el servicio en cada automotor, declaración que ofrece ilustración frente a la forma en que se prestaba el servicio pero no al tiempo laborado por el trabajador, y frente a este aspecto no hubo confesión que derivara alguna consecuencia en el tema objeto de controversia.

Y como se indicó en providencia que resolvió el recurso de apelación frente a la negativa de la exhibición de documentos, el registro de planillas de entrada y salida de vehículos cuenta con el código de identificación de cada uno de los conductores. Sin embargo, pese a ese contenido, en el juicio no se demostró cuál era el código asignado al demandante para el cumplimiento de sus funciones y tampoco se identificaron los vehículos y las rutas que tenía asignadas el trabajador, que permitieran realizar un análisis diferente de las referidas planillas.

Ahora, resultaba fundamental precisar con claridad los tiempos laborados por el demandante, en la medida en que en el expediente se aportaron los comprobantes o recibos de nómina mes a mes a nombre

del trabajador que dan cuenta que durante el periodo en que prestó el servicio se le liquidaron y pagaron sumas por concepto de horas extras nocturnas, recargos nocturnos, recargos por dominicales y festivos nocturnos (pág. 28 a 38, archivo "036ContestacionDeDemanda", carpeta "C02Principal").

Por lo anterior, al no estar demostradas las horas adicionales laboradas por el demandante y que no fueron reconocidas por el empleador con los montos adicionales, es motivo suficiente para confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.24-2020-00293-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UGPP**, contra la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a dicha entidad a reconocer y pagar la mesada adicional de junio, con efectos fiscales a partir de junio 2018, junto con intereses moratorios, a favor de **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN** y absolvió de las pretensiones incoadas por **PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO** (*min. 37:27, archivo “40AudienciaFallo17032023”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN y **PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO** llamaron a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** con el fin de que se declare que tienen derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, junto con intereses moratorios, indexación,

indemnización del parágrafo del artículo 4° de la Ley 700 de 2001, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN fundamentó sus pretensiones en que la **UGPP** mediante Resolución RDP 0430047 del 16 de noviembre de 2017, le reconoció una pensión restringida de jubilación, a partir del 12 de septiembre de 2017, en cuantía de \$1.695.032; que la causación del derecho se produjo el 10 de octubre de 1991, fecha de su desvinculación con la CAJA AGRARIA toda vez que contaba con más de quince (15) años de servicio y solo le restaba el cumplimiento de la edad para que el derecho fuera exigible, por lo que el 18 de junio de 2018 le solicitó a la demandada dicha prestación, siendo negada en escrito del 31 de julio siguiente.

PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO fundamentó sus pretensiones en que la **UGPP** mediante Resolución RDP 049578 del 26 de noviembre de 2015, le reconoció una Pensión Restringida de Jubilación a partir del 6 de junio de 2013, en cuantía de \$1.932.817.00; que la causación del derecho se produjo en noviembre de 1991, fecha de su desvinculación con la CAJA AGRARIA toda vez que contaba con más de diecisiete (17) años de servicio y solo le restaba el cumplimiento de la edad para que el derecho fuera exigible, por lo que el 20 de agosto de 2019 le solicitó a la demandada dicha prestación (*pág. 3 a 11, archivo “03Subsanación”*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó los reconocimientos pensionales realizados a los demandantes y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido*, prescripción, sobre la indexación, sobre las costas procesales y la innominada o genérica (*pág. 8 a 14, archivo “07ContestacionUgpp”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 37:27, archivo “40AudienciaFallo17032023”).

El 17 de marzo de 2022, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR que al señor LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pesada adicional catorce (14) a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, desde junio de 2018, de acuerdo con lo expuesto a la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer y pagar las mesadas adicionales en la mesada catorce (14), a favor de LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN causadas a partir de junio de 2018 en el monto que corresponda, así como también en lo sucesivo se causen, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído. **TERCERO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer y pagar a favor del señor LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 31 de noviembre de 2018, hasta que se verifique el pago del retroactivo pensional por el cual hoy se condena, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva. **CUARTO: Declarar** probada en forma oficiosa la excepción de cosa juzgada en relación con las pretensiones del señor PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva y no probada las demás excepciones propuestas. **QUINTO: ABSOLVER** a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de las pretensiones incoadas en su contra por el señor PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO, atendiendo los razonamientos que se dispusieron en la parte motiva. **SEXTO: COSTAS** en la primera instancia a cargo de la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y a favor del señor LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN, conforme a lo motivado. Liquidense por secretaría en la oportunidad procesal correspondiente. Y costas a cargo del señor PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO y a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para lo cual deben tenerse en cuenta las agencias en derecho señaladas en la parte motiva de esta decisión. **SÉPTIMO: CONSULTAR** la decisión a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP en el caso de la condena impuesta por las pretensiones solicitadas por LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN en el evento que no se interponga recurso de apelación. Consultar a favor del señor PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO la sentencia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el evento en que no se interponga recurso de apelación por parte del demandante. (...)

El Juzgado fijó el problema jurídico en determinar si a los demandantes les asiste derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional 14, junto con la indemnización de que trata el Parágrafo del artículo 4° de la Ley 700 de 2001, intereses moratorios e indexación.

Para resolver indicó que no hubo discusión en la calidad de pensionados de los demandantes, situación que fue aceptada por la UGPP en la contestación y se corrobora con las resoluciones aportadas; que atendiendo que las prestaciones pensionales fueron otorgadas con ocasión de sendas decisiones judiciales, era necesario revisar si operaba el fenómeno de cosa juzgada frente a la mesada 14 reclamada en este proceso. Frente a esta institución precisó que en el caso de **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN** al revisar la sentencia de segunda instancia del 4 de febrero de 2017, a través de la cual se revocó la decisión de primera instancia y se concedió la prestación, proceso 11001310503220120042701, la mesada que se reclama no fue resuelta ni estudiada en el referido expediente.

Respecto al demandante **PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO**, al revisar las sentencias de las instancias en el proceso 11001310503120120014100, se tiene que la mesada 14 que reclama en este proceso ya fue resuelto y estudiado en el referido expediente, pues el derecho pensional se ordenó reconocer solo por 13 mesadas, decisión confirmada en segunda instancia, por lo que dedujo que se daban los requisitos exigidos en el artículo 303 del CGP, y declaró probado de oficio este fenómeno.

Sobre la mesada 14 señaló que a **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN** le fue reconocido su derecho pensional a partir del 12 de septiembre de 2017 mediante Resolución RDP043004 del 16 de noviembre de 2017 en cuantía de \$1.695.032, la cual fue concedida en virtud del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, causándose a partir del retiro del servicio a la Caja Agraria el 10 de octubre de 1991, siendo la edad requisito de exigibilidad o disfrute, por lo que concluyó que el

derecho a la mesada 14 no se vio afectado por el Acto Legislativo 01 de 2005, siendo viable su pago, junto con intereses moratorios.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de los demandantes presentó recurso de apelación. adujo que frente al caso de **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN** el pago de la mesada 14 debe otorgarse desde el 12 de septiembre de 2017, en el entendido que se interrumpió válidamente la prescripción. Y frente al caso de **PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO** solicita se revoque la decisión al considerar que en la sentencia que reconoció el derecho no se resolvió de fondo la mesada 14, sino que únicamente hubo pronunciamiento de la pensión, por lo que no debería prosperar la cosa juzgada, pues además se trata de un derecho irrenunciable e imprescriptible, y se está afectando la integridad del derecho de quien cumple el requisito para acceder a dicha mesada (*min. 40:56, archivo “40AudienciaFallo17032023”*).

El apoderado de la demandada **UGPP** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoquen los ordinales 1, 2, 3 y 6.

Afirmó que, si bien el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 estableció la mesada 14, solo pueden adquirir ese derecho aquellas personas que cumplan su estatus pensional antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y aquellas personas que lo reúnan antes del 31 de julio de 2011 y perciban una mesada igual o inferior a 3 SMLMV; que **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN**, adquirió su estatus el 12 de septiembre de 2017, fecha posterior a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el cual considera que no hay lugar al pago de la mesada adicional de junio o mesada 14; y finalmente, se opone a la condena en costas por cuanto la **UGPP** siempre ha obrado de buena fe (*min. 47:06, archivo “40AudienciaFallo17032023”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada general de la **UGPP** solicitó la revocatoria parcial de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, el apoderado actor solicitó se revoque y modifique la sentencia en lo pertinente, conforme lo alegado en el recurso.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, su calidad de administradora de derecho público administradora de recursos para el pago de pensiones permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si se configuró la excepción de cosa juzgada; en caso contrario, verificar si el cumplimiento de la edad es un requisito de causación o de exigibilidad para acceder a la pensión restringida de jubilación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y en tal caso definir si los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, la procedencia de intereses

moratorios y la viabilidad de la condena por costas procesales en contra de la **UGPP**.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO** nació el 06 de junio de 1953 (*pág. 16, archivo “01DemandaYAnexos”*); **ii)** el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 03 de julio de 2013, ordenó el reconocimiento y pago de una pensión restringida de jubilación – pensión sanción, Ley 171 de 1961, a favor de **PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO**, a partir del 06 junio de 2013, en cuantía de \$1.963.093.64, decisión modificada por esta Corporación en providencia del 23 de agosto de 2013, en cuanto al monto de la mesada y la indexación, confirmando el fallo en lo demás (*pág. 536, 537 y 550, archivo “11001310503120120014100 ORDINARIO”, carpeta “28ExpedienteJ31Laboral110013105031...”*); **iii)** la **UGPP** en Resolución RDP049578 del 26 de noviembre de 2015 dio cumplimiento a los citados fallos (*pág. 18 a 31, archivo “01DemandaYAnexos”*); **iv) PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO** solicitó el pago de la mesada 14 ante la demandada el 20 de agosto de 2019 (*pág. 32 a 36, archivo “01DemandaYAnexos”*); **v) LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN** nació el 12 de septiembre de 1957 (*pág. 40, archivo “01DemandaYAnexos”*); **vi)** el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 02 de septiembre de 2015 absolvió a la UGPP de la pensión sanción reclamada por **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN**, decisión que fue revocada por esta Corporación en providencia del 04 de febrero de 2016 y, en su lugar, se ordenó el reconocimiento de la pensión sanción a partir del 12 de septiembre de 2017 en un porcentaje del 76,99% sobre un salario de \$180.958,39, debidamente indexado, declarando su compartibilidad pensional con la pensión de vejez que reconozca COLPENSIONES (*pág. 312 a 315, 352 y 353, archivo “ExpedienteCuadernoNo.2 - 032201200427”, carpeta “23ExpedienteJ32Laboral11001310503220120042700”*); **vii)** y la **UGPP** en Resolución RDP043004 del 16 de noviembre de 2017 dio

cumplimiento al referido fallo (pág. 41 a 49, archivo “01DemandaYAnexos”).

- **Sobre la excepción de cosa juzgada.**

Para resolver la controversia, es pertinente indicar que el artículo 303 del CGP asigna el efecto de cosa juzgada a las decisiones que se han pronunciado sobre el mismo objeto (frente a iguales pretensiones), por los mismos hechos (la misma causa), cuando existe identidad jurídica entre las partes. Esta figura fue instituida con el fin de evitar la adopción de decisiones judiciales que implicarían una nueva revisión de asuntos ya resueltos de fondo por la jurisdicción.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que para que se predique el fenómeno de la cosa juzgada, debe existir entre ambos procesos identidad: (i) de personas o sujetos (*eadem personae*), de modo que se trate del mismo demandante y del mismo demandado; (ii) de objeto o cosa pedida (*eadem res*), esto es, del beneficio jurídico que se solicita o reclama (no el objeto material), y (iii) de causa de pedir (*eadem causa petendi*), es decir, el hecho material, que sirve de fundamento al derecho reclamado (CSJ SL 39366-2012, SL6097-2015 y SL470-2019, entre otras).

- **La edad como requisito de disfrute de la pensión de jubilación restringida de jubilación.**

Sobre la pensión restringida de jubilación contenida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que se aplica siempre y cuando los trabajadores oficiales hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando acrediten el tiempo de servicios y el retiro de la entidad, por despido o renuncia voluntaria, siendo el requisito de edad tan solo una condición de exigibilidad para el goce o disfrute de la prestación, criterio reiterado en las sentencias SL

SL4578-2014, SL15025-2017, SL526-2018, SL3508-2019 y SL3890-2020, entre otras.

- Sobre el reconocimiento de la mesada adicional de junio (mesada 14).

El artículo 142 de la Ley 100 de 1993, reconoció el pago de una mesada adicional en junio a favor de todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público, oficial y semioficial en todos sus órdenes, en el sector privado, por el ISS, retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y Policía Nacional. Beneficio que se extendió a todos los pensionados sin excepción, conforme lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994.

La precitada mesada adicional de junio, coloquialmente llamada mesada 14, fue eliminada por el Acto Legislativo 1° de 2005, por cuanto las pensiones causadas a partir de la vigencia del mismo (29 de julio de 2005) no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo aquellas causadas antes del 31 de julio de 2011 por un valor igual o inferior a 3 SMLMV, caso en el cual se conservaría el derecho a la mesada adicional.

Al respecto, ha precisado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que (i) en virtud de la sentencia CC C-409-1994, la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; (ii) a partir de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), dicha prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y (iii) tal beneficio se extinguió definitivamente a partir del 31 de julio de 2011 por virtud de la citada norma suprallegal, es decir, las pensiones causadas con posterioridad a tal fecha no pueden ser reconocidas en 14 mesadas al año (SL SL2054-2019, SL3782-2019 y CSJ SL5110-2019, SL4374-2020, entre otras).

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta el anterior referente normativo y jurisprudencial, y una vez revisado el expediente, la Sala concluye que en el presente asunto operó la excepción de cosa juzgada para el caso de ambos demandantes, lo que impide que se reabra un debate ya resuelto por juez competente, así aquellas decisiones no hayan sido del todo favorables a los intereses de los pensionados.

En efecto, frente a la situación de **PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO**, en el proceso tramitado por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del circuito de Bogotá mediante radicado 11001310503120120014100, que finalizó con sentencia del 03 de julio de 2013, decisión modificada por esta Corporación en providencia del 23 de agosto de 2013 (*pág. 536, 537 y 550, archivo “11001310503120120014100 ORDINARIO”, carpeta “28ExpedienteJ31Laboral110013105031...”*), se dispuso el reconocimiento y pago de la pensión sanción por 13 mensualidades al año.

En la pretensión segunda de la suplicas de condena expresamente se señaló *“al reconocimiento y pago a favor de mis mandantes de las mesadas adicionales de Junio y Diciembre, de conformidad con lo ordenado en la Ley y la Jurisprudencia, a partir del momento en que el derecho se hiciere exigible”*. Esa pretensión fue resuelta en la sentencia de primera instancia al minuto 50:38, donde enfáticamente se señaló que solo procedían 13 mesadas anuales por hacerse exigible la prestación con posterioridad al 31 de julio de 2011, así quedó consignado en la parte resolutive (min.54:38), y dicho análisis no fue objeto de reproche por el representante judicial del demandante, quien únicamente cuestionó el valor de la mesada pensional (*archivo “11001310503120120014100_110013105031_03_01”, carpeta “28ExpedienteJ31Laboral11001310503120120014100”*), asunto que tampoco fue objeto de estudio en segunda instancia, y al no haberse sustentado el recurso extraordinario de casación por parte de la

demandada (pág. 12, y 13, archivo “11001310503120120014100 CUADERNO CORTE”, carpeta “28ExpedienteJ31Laboral11001310503120120014100...”), los pronunciamientos judiciales cobraron firmeza.

Respecto del demandante **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN** la pensión sanción fue concedida por este Tribunal en providencia del 04 de febrero de 2016, pues luego de revocar parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá del 02 de septiembre de 2015, respecto de la negativa de las pretensiones del hoy demandante, dispuso, en su lugar, ordenar el reconocimiento de la pensión sanción a partir del 12 de septiembre de 2017 en un porcentaje del 76,99% sobre un salario de \$180.958,39, debidamente indexado, declarando su compartibilidad pensional con la pensión de vejez que reconozca COLPENSIONES (pág. 312 a 315, 352 y 353, archivo “ExpedienteCuadernoNo.2 - 032201200427”, carpeta “23ExpedienteJ32Laboral11001310503220120042700”).

El escuchar la decisión de segunda instancia, se mencionó que entre las pretensiones incluidas por el actor estaba la relacionada con el reconocimiento de las mesadas adicionales de junio y diciembre (*min. 14:30*, archivo “CP_0204093541882”, subcarpeta “06CdFolio718”, carpeta “23ExpedienteJ32Laboral110013105032...”), circunstancia que se infiere del ordinal séptimo del fallo de primera instancia donde se reconoció la mesada 14 a las otras personas que acudieron al citado proceso. Sin embargo, y pese a que la referida providencia de segunda instancia no se pronunció expresamente sobre la procedencia o no de este pedimento, la parte interesada guardó silencio, teniendo la posibilidad incluso de solicitar la adición de la sentencia, en los términos del artículo 287 del CGP, pues se trataba un asunto objeto de controversia.

Ahora bien, en el proceso que nos ocupa, ambos demandantes solicitaron el reconocimiento y pago de la mesada 14 o mesada adicional de junio.

De los textos referidos, resulta claro para la Sala que tanto el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá como esta Corporación zanjaron la controversia relacionada con el reconocimiento de la mesada adicional que también se reclama en este proceso y por ello es dable concluir que operó la excepción de cosa juzgada, pues se advierte la identidad de objeto, causa y partes entre este juicio y el tramitado en las sedes judiciales referidas. Y el hecho de que las demandas primigenias se hayan incoado en contra del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y en el presente expediente la accionada sea la UGPP, tal aspecto no le resta eficacia a este fenómeno jurídico pues la pretensión principal sigue siendo la misma, solo que en virtud de lo señalado en el Decreto 2842 de 6 de diciembre de 2013 la UGPP asumió las competencias asignadas a dicho Fondo.

Precisa la Sala, para responder el argumento de apelación que plantea la parte demandante, que, del núcleo de la causa, es decir los hechos debatidos y de las pretensiones de ambos expedientes, se evidencia una identidad esencial, de la cual se puede inferir razonablemente que la segunda acción busca replantear la misma cuestión litigiosa, configurándose el efecto de cosa juzgada respecto de las decisiones inicialmente adoptadas.

Además, el hecho de que no se haya subsanado una irregularidad que debió corregirse en la segunda instancia, a través del mecanismo correspondiente (CSJ SL2604-2021), no habilitaba a **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN** para ventilar la misma pretensión en una nueva acción ordinaria.

Así las cosas, es acertada la decisión del juez de primera instancia que declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto del demandante **PABLO JOSE SANCHEZ ACEVEDO** y por ello se confirmará. Pero no sucede lo mismo con el estudio realizado respecto de las suplicas elevadas por **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN** pues, de acuerdo con el anterior análisis, la excepción de cosa juzgada

también se configuró en su caso, lo que conlleva a desestimar los argumentos de apelación expuestos por el apoderado actor y, en consecuencia, se revocarán los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia recurrida para, en su lugar, absolver a la UGPP de todas las pretensiones incoadas en su contra por **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN**.

Adicionalmente, se modificará el ordinal sexto del fallo de primera instancia en el sentido de no imponer costas a la UGPP, pues no se impuso ninguna condena en su contra. Siendo ello así, no hay lugar a pronunciamiento alguno respecto de la alzada formulada por dicha entidad.

En primera instancia no se causan costas ni a favor ni en contra de **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN**. Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones incoadas por **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de las pretensiones formuladas en su contra por **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal sexto de la sentencia de primera instancia en el sentido de no imponer condena en costas a la demandada, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

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

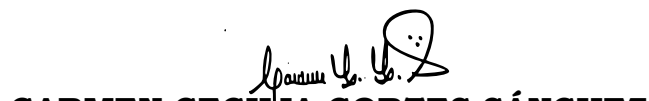
QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia. En primera instancia no se causan costas ni a favor ni en contra de **LUIS HERNANDO SALAZAR ESTUPIÑAN**.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.27-2013-00343-02

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante **ALEX RAFAEL VILLAREAL RUIZ** y la curadora ad-litem de la demandada **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato de trabajo, condenó a **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo y pago de aportes pensionales y absolvió a las demás demandadas y a la llamada en garantía de todas y cada una de las pretensiones, condenando en costas al empleador (*min. 01:16:00*, archivo “19 AUDIENCIA DE FALLO - 28 DE SEPTIEMBRE DE 2021”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

ALEX RAFAEL VILLAREAL RUIZ llamó a juicio a **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A., LA NACIÓN-MINISTERIO DE**

TRANSPORTE, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S., con el fin de que se declare la existencia del contrato de trabajo con **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** y, en consecuencia, que se condene a las demandadas de forma solidaria a pagar prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización por renuncia motivada, indemnización moratoria, aportes a seguridad social, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que existió un contrato de trabajo con **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** desde el 13 de agosto de 2010 hasta el mes de agosto de 2011, teniendo como salario básico mensual la suma de \$706.733, prestando sus servicios en la construcción de la segunda calzada de la carretera Cartagena-Turbaco-Arjona, en el Departamento de Bolívar, en horario flexible de 48 horas semanales; que su empleador a partir del año 2011 empezó a incumplir con el pago de salarios y la seguridad social de todos los trabajadores, que le hicieron firmar un acta de mutuo acuerdo donde se informaba que se suspendía la labor a partir del 19 de mayo de 2011, documento que dice le fue entregado en julio de 2011, por lo que no se interrumpió la labor.

Manifestó que el 21 de septiembre de 2011 el ingeniero residente lo llamó para que firmara carta de renuncia indicando que la relación se había terminado el 30 de agosto de 2011, por lo que la suscribió con la esperanza de que le cancelaran sus prestaciones sociales, y a pesar de los requerimientos realizados por correo electrónico y llamadas telefónicas, éstas no le fueron pagadas; y finalmente, que **LA NACIÓN-MINISTERIO DE TRANSPORTE, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.** son solidariamente responsables por ser beneficiarias de la labor prestada al servicio de empleador, quien era subcontratista de dichas empresas (*pág. 5 a 25, archivo "01. EXP 2013-0343"*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** se opuso a las pretensiones, expresó que los hechos no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, inexistencia de las obligaciones laborales a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura, improcedencia de la solidaridad patronal invocada y cobro de lo no debido. A su vez, presentó llamamiento en garantía contra **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.** (pág. 98 a 120 y 130 a 137, archivo “01. EXP 2013-0343”).

AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó la solidaridad con **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.**, como integrante del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, siempre y cuando las labores que cumplió el actor hayan sido inherentes a las desarrolladas por las beneficiarias. Expresó que los hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de las obligaciones demandadas*, ausencia de solidaridad en cuanto a las declaraciones solicitadas en la demanda, inexistencia de nexo causal entre el trabajo que se demanda y **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.**, inexistencia de vínculo con el demandante y prescripción. Llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (pág. 271 a 280 y 292 a 296, archivo “01. EXP 2013-0343”).

Mediante providencia del 02 de diciembre de 2013, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá ordenó el emplazamiento y nombramiento de curador ad-litem de **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** (pág. 347, archivo “01. EXP 2013-0343”).

El curador ad-litem de **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** señaló frente a las pretensiones que se atenia a lo que resultara probado en el proceso, sobre los hechos indicó que no le constaban y propuso la excepción *innominada o genérica* (pág. 364 a 366 y 371 a 377, archivo “01. EXP 2013-0343”).

En providencia del 29 de abril de 2015 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la **NACIÓN-MINISTERIO DE TRANSPORTE** y en auto del 09 de junio 2015 se admitió el llamamiento en garantía a

SEGUROS DEL ESTADO S.A. (pág. 379 y 380 y 382 y 383, archivo “01. EXP 2013-0343”).

SEGUROS DEL ESTADO S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento. Expresó que los hechos de la demanda no le constaban y del llamamiento aceptó la existencia de la póliza de cumplimiento, su vigencia y el pago de la prima. Frente a la demanda formuló la excepción previa de *caducidad del término legal y judicial para la vinculación del llamado en garantía* y las excepciones de fondo *inexistencia de la obligación a cargo de AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S., por no encontrarse probado el incumplimiento en lo que respecta a salarios y prestaciones sociales del Consorcio La Cordialidad*, imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales, y respecto del llamamiento propuso las excepciones de cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por las conductas contempladas en el artículo 65 del CST y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, inexistencia de la obligación a cargo de SEGUROS DEL ESTADO S.A. si se declara relación laboral directa entre AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S. y el demandante, inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza No.14-45-101010756, compensación, límite de la responsabilidad y la innominada o genérica (pág. 438 a 456, archivo “01. EXP 2013-0343”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:16:00, archivo “19 AUDIENCIA DE FALLO - 28 DE SEPTIEMBRE DE 2021”)

El 28 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor ALEX RAFAEL VILLAREAL RUIZ y la empresa GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. existió un contrato de trabajo entre el 20 de agosto del 2010 al 30 de agosto del 2011 en el cual devengó un salario de \$624.000, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la empresa GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. a pagar al señor ALEX RAFAEL

VILLAREAL RUIZ, las sumas correspondientes a los siguientes conceptos: por auxilio de cesantías la suma \$416.000, por concepto de intereses a las cesantías \$20.938,67, por concepto de prima de servicios la suma de \$102.266,67, por concepto de vacaciones \$208.000, por concepto de sanción por no consignación de cesantías \$4'035.200. **TERCERO: CONDENAR** a la empresa GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A a pagar al señor ALEX RAFAEL VILLAREAL RUIZ la indemnización moratoria a razón de un día de salario equivalente a la suma de \$20.800 (como quiera que el salario era de \$624.000) por cada día de mora desde el 1° de septiembre del 2011 (día siguiente a la terminación del contrato) hasta el mes 24 y de ahí en adelante deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria sobre las prestaciones sociales adeudadas hasta que se verifique el pago de dichas prestaciones sociales. **CUARTO: CONDENAR** a la empresa GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A a pagar mediante cálculo actuarial los aportes causados desde el 20 de agosto del 2010 al 30 de agosto del 2011 teniendo como salario la suma de \$624.000, lo cual deberá ser pagado en el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el actor o el que este elija a satisfacción del fondo y en favor del actor, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído. **QUINTO: ABSOLVER** a la empresa demandada GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. de las demás pretensiones de la demanda. **SEXTO: ABSOLVER** a LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, AUTOPISTA EL SOL S.A. y a la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor ALEX RAFAEL VILLAREAL RUIZ. **SÉPTIMO: CONDENAR** a la demandada GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. en la suma de \$1'500.000 como agencias en derecho a favor del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (...)"

Para resolver la Juez indicó que, de conformidad con los documentos aportados con la demanda se demuestra la existencia del contrato de trabajo del demandante y **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.**, por los extremos reclamados 20 de agosto de 2010 al 30 de agosto de 2011 y en el cargo de cadenero. Y si bien se suscribió entre las partes un acuerdo de suspensión del contrato de trabajo, no se demostró en el juicio que esa suspensión obedeció a una fuerza mayor, sino que la misma fue una decisión del interventor, aunado al hecho de que no se probó que el actor hubiese dejado de prestar sus servicios. Frente al salario lo fijó en la suma de \$624.000 para el año 2010 y 2011, conforme con los desprendibles de nómina allegados por el actor, con derecho a auxilio de transporte, y al no estar acreditado el pago de acreencias laborales, era viable ordenar su pago, junto con la sanción por

no consignación de cesantías e indemnización moratoria, no así lo relacionado con la indemnización por despido indirecto y aportes en salud. Y finalmente, que tampoco procedía la responsabilidad solidaria en virtud de que no se demostró prueba alguna que relacione a la concesionaria **AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.** con **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** y tampoco las funciones específicas que cumplió el demandante.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación. Adujo que si bien no se acompañó el contrato suscrito entre el AUTOPISTAS DEL SOL y el CONSORCIO LA CORDIALIDAD, del cual hace parte GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A., esa carga no se le puede poner como talanquera al trabajador para buscar el reconocimiento de su esfuerzo, además que se intentó aportar el documento pero no fue posible, por circunstancias de prevención del mismo Estado o de sus funcionarios y por la negativa en su momento del representante legal de GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A., sin embargo, que en el proceso esa información se desprende de la contestación de la demanda donde **AUTOPISTAS DEL SOL** no negó la existencia de esa subcontratación con el CONSORCIO LA CORDIALIDAD, sumado al interrogatorio que se le realizó al representante legal de AUTOPISTAS DEL SOL y la suspensión del contrato de trabajo, de donde se infiere la existencia de dicho contrato, por lo que con ese material, junto con los objetos sociales contenidos en los certificados de existencia y representación, es prueba suficiente para establecer la responsabilidad solidaria de AUTOPISTAS DEL SOL y a su vez de la aseguradora (*min. 01:18:48, archivo “19 AUDIENCIA DE FALLO - 28 DE SEPTIEMBRE DE 2021”*).

A su vez, la curadora *ad-litem* de **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** también presentó recurso de apelación, señalando que al fallador de instancia le bastó sólo con demostrar la prestación personal del servicio y en tal virtud presumió la existencia del contrato de trabajo, relevando al demandante de otras cargas probatorias, tales como acreditar los extremos temporales de la relación, el salario, su

jornada laboral, el tiempo suplementario, entre otros, en tal virtud apela la sentencia parcialmente en todo lo desfavorable a su representada, excepto el numeral quinto de la parte resolutive (*min. 01:29:45, archivo "19 AUDIENCIA DE FALLO - 28 DE SEPTIEMBRE DE 2021"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la representante legal para asuntos judiciales de **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.** confirió poder al doctor Algiro Anaya Santiago, identificado con C.C. No.73.188.675 y T.P. No.300.283 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado de dicha sociedad, profesional que en su escrito de alegatos solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. En el mismo sentido se presentó petición de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.**

Las demás partes no presentaron escrito de intervención.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante acreditó los elementos mínimos para declarar la existencia del contrato de trabajo y si procede la responsabilidad solidaria de **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.** y las coberturas de la llamada en garantía.

VII. CONSIDERACIONES

- Acerca de la existencia del contrato de trabajo.

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

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

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

Y finalmente, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que para configurar la existencia de un contrato de trabajo no es indispensable la demostración plena de los tres elementos denominados esenciales en el referido artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues bastaría la demostración efectiva de la prestación del servicio para que el contrato de trabajo se presuma. Situación diferente es que para impartir condena en concreto las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden, tales como los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral y el tiempo suplementario si se alega, y demás hechos que se enarbolan como causa de las pretensiones demandadas (SL Rad.42167 y SL3126 de 2021).

Bajo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre **ALEX RAFAEL VILLAREAL RUIZ**, como trabajador, y la empresa **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.**, como empleadora, conforme se explica a continuación.

Para resolver la inconformidad planteada en la alzada por la curadora *ad-litem*, basta revisar los documentos aportados con la demanda para tener plena certeza que el demandante cumplió con la carga procesal que le incumbía de acreditar la prestación del servicio y el vínculo contractual subordinado. En efecto, de las pruebas incorporadas, en especial del certificado expedido por SaludCoop EPS claramente se deduce que el 20 de agosto de 2010 el actor fue afiliado a salud como cotizante dependiente teniendo como empleador a **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** (pág. 58, archivo "01. EXP 2013-0343"); igualmente, el certificado expedido por PORVENIR el 22 de agosto de 2011 da cuenta que el ultimo aportante a ese fondo de cesantías fue **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** (pág. 57, archivo "01. EXP 2013-0343").

También militan comprobantes de nómina que demuestran la prestación del servicio, la remuneración y el cargo desempeñado por el actor (Cadenero 2) a favor de su empleador durante los meses de enero de 2011, febrero de 2011, marzo de 2011, abril de 2011 y mayo de 2011

(pág. 60, 61, 63, 65, 66 y 78, archivo "01. EXP 2013-0343"), en cuyo contenido se indica que la fecha de ingreso correspondió al 13 de agosto de 2010. Además, se allegó copia de un acta de mutuo acuerdo, sin fecha, donde se pactó entre las partes la suspensión de la prestación del servicio a partir del 19 de mayo de 2011, que es indicativa del poder subordinante que tenía la empresa empleadora (pág. 68 y 70, archivo "01. EXP 2013-0343"). Y finalmente, obra carta de renuncia al cargo de cadenero II suscrita por ALEX RAFAEL VILLAREAL RUIZ, a partir del 30 de agosto de 2011 (pág. 55, archivo "01. EXP 2013-0343").

Los referidos medios de persuasión permiten establecer la existencia de la relación laboral, los extremos temporales, el salario y forma de terminación del vínculo subordinado, por lo que le correspondía a la empresa **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** no sólo desvirtuar la autenticidad y veracidad de su contenido, sino descartar los extremos temporales reclamados en la demanda, situación que no aconteció al no comparecer personalmente al presente juicio.

Por eso, contrario a lo afirmado por la curadora *ad-litem*, el trabajador cumplió la carga de la prueba prevista en el artículo 167 del CGP, la cual fue suficiente para que se declarara la existencia del contrato laboral, sin que le fuera exigible la presentación de supuestos facticos adicionales, lo que descarta los planteamientos de la recurrente y, por el contrario, conlleva a la confirmación de la sentencia en este aspecto.

Si bien de las pruebas reseñadas podía establecerse que la relación laboral se inició el 13 de agosto de 2010 y no el 20 de agosto de 2010, conforme lo dispuso el *a quo*, al no presentarse inconformidad alguna con este extremo, la Sala se releva de su estudio.

Frente a los montos reconocidos y pese a que la curadora *ad-litem* de **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** manifestó que apelaba la sentencia parcialmente en todo lo desfavorable, en su argumentación no presentó inconformidad alguna con los valores obtenidos y los conceptos ordenados por el juzgado de primera instancia, por lo que en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del CPTSS) la Sala de abstiene de su revisión.

- **Sobre la responsabilidad solidaria del beneficiario del trabajo o el dueño de la obra.**

El artículo 34 del CST consagró la figura del contratista independiente, como aquella persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizar el servicio con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

No obstante, el precitado artículo señala que, si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho los trabajadores vinculados por el contratista, salvo que la labor de dichos trabajadores sea extraña a las actividades normales de la empresa o negocio del contratante.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó, en la sentencia SL Rad. 38.651 del 5 de febrero de 2014, que para el surgimiento de la precitada solidaridad no basta que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, ya que se debe demostrar que aquel servicio corresponde a una labor propia de las actividades del contratante, relacionada directamente con su objeto económico, al punto de hacer parte del giro ordinario de sus negocios. A su vez, en la sentencia SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, la H. CSJ indicó que no basta comparar los objetos sociales del contratista y el beneficiario, sino demostrar que la labor específica del trabajador sea catalogable dentro de las actividades que conforman el giro ordinario de los negocios del contratante, porque de lo contrario no se genera la responsabilidad solidaria, tal y como reitero la Corporación en sentencias SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3774-2021, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que no se aportó el contrato de trabajo del demandante para determinar cuál era el objeto de su vinculación, tampoco se acreditaron de forma específica cuáles eran las funciones que cumplía, no se adoso al plenario el contrato de obra que se dice suscribió **AUTOPISTAS DEL SOL** con el CONSORCIO LA

CORDIALIDAD, y tampoco se demostró la participación de GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. en dicho acuerdo consorcial, elementos necesarios para poder determinar si **AUTOPISTAS DEL SOL** tenía responsabilidad solidaria en las condenas impartida contra el empleador.

Con todo, se advierte que en el presente asunto no se recaudó interrogatorio al representante legal de **AUTOPISTAS DEL SOL**, como lo mencionó el apoderado actor en su recurso, pues fue una prueba que se precluyó de práctica en audiencia del 21 de agosto de 2019 (*archivo "CP_0821114002004", carpeta "04. AUDIENCIA DEL 21 DE AGOSTO DE 2019"*) y a pesar de que **AUTOPISTAS DEL SOL** al contestar el hecho uno de la demanda (*pág. 271, archivo "01. EXP 2013-0343"*) aceptó que GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. hizo parte de un acuerdo consorcial denominado Consorcio La Cordialidad, estas circunstancias no son suficientes para atribuirle responsabilidad alguna a **AUTOPISTAS DEL SOL**, pues al tenor del artículo 34 del CST, se requería de la conjunción de diferentes elementos de prueba de cuyo análisis derivara la obligación compartida con el subcontratista, medios que no se incorporaron a este juicio.

Y a pesar de que en los comprobantes de pago (*pág. 60, 61, 63, 65, 66 y 78, archivo "01. EXP 2013-0343"*) se indicó que el cargo del actor era el de "CADENERO 2" y que correspondía a la nómina de LA CORDIALIDAD, y en la carta de suspensión de la prestación de servicios se menciona el proyecto "*orden de servicios No.28 de 2009 para la construcción de la segunda calzada en el tramo Cartagena-Arjona*", no se puede establecer que el demandante haya prestado exclusivamente servicios a ese proyecto, tampoco quién era el dueño y beneficiario de la obra, los sujetos activos de esa orden de servicios y mucho menos la relación existente entre el empleador y **AUTOPISTAS DEL SOL**, motivos suficientes para confirmar la decisión absolutoria por responsabilidad solidaria.

Sin costas en segunda instancia.

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

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

RESUELVE

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

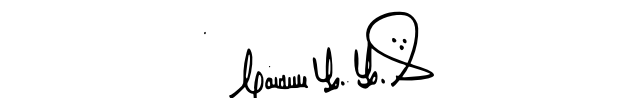
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.27-2021-00110-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 28 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a dicha entidad a reconocer y pagar al demandante la pensión especial de vejez por hijo inválido a partir del 1° de julio de 2019, en cuantía inicial de un salario mínimo mensual legal vigente, junto con el pago de intereses moratorios y costas procesales (*min. 24:38, archivo “17AudienciaArticulo80Parte2.mp4”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido de que trata el inciso 2° del Parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 1993; en consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** al pago del

retroactivo pensional a partir del cumplimiento de los requisitos o subsidiariamente a partir de la última cotización, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 28 de julio de 1961, se afilió al ISS hoy Colpensiones el 29 de octubre de 1979 y ha cotizado un total de 1.389,28 semanas; que tiene un hijo de nombre Carlos Enrique Salgado Cerón, quien padece parálisis cerebral espástica desde el nacimiento y depende económicamente de él; que la demandada emitió dictamen el 19 de julio de 2017 donde determinó que Carlos Enrique Salgado Cerón presenta una PCL del 83.26%; dice le solicitó a la demandada la pensión especial de vejez el 22 de septiembre de 2017, quien a través de Resolución SUB249635 del 08 de noviembre de 2017 le negó la prestación argumentando que no acreditó la calidad de padre cabeza de familia, decisión confirmada en la Resolución SUB 272161 del 28 de noviembre de 2017; que posteriormente, el 02 de noviembre de 2019 volvió a solicitar el reconocimiento de la prestación pero también le fue negada en Resolución SUB 337032 del 09 de diciembre de 2019, confirmada en Resolución SUB32612 del 04 de febrero de 2020, bajo el argumento que no estaba a cargo del sustento económico y social de su hijo de manera exclusiva; y finalmente, que confiado en el reconocimiento pensional y en el hecho de haber cumplido con los requisitos legales para acceder a la pensión, cotizó a **COLPENSIONES** hasta el 30 de junio de 2019 (*pág. 1 a 5, archivo “01Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del demandante, las semanas cotizadas, el dictamen de PCL practicado al hijo del actor, las solicitudes de pensión y su negativa y la fecha de la última cotización. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad

de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 1 a 13, archivo “08ContestacionColpensiones.pdf”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 24:38, archivo “17AudienciaArticulo80Parte2.mp4”)

El 28 de febrero de 2023, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a PAGAR al señor JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL la pensión especial de vejez contemplada en el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente a partir del 1° de julio de 2019, junto con los incrementos legales anuales y una mesada adicional anual, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a PAGAR al señor JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL los intereses moratorios sobre el valor de cada mesada pensional debida desde el 3 de abril de 2020 hasta cuando el pago de las mismas se efectúe, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público formuladas por la entidad demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: CONDENAR** a la demandada al pago de las costas del proceso, en la suma de \$5'000.000 como agencias en derecho (...)

El juzgado fijó como problema jurídico determinar si **JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido de que trata el inciso 2° del Parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, junto con el pago del retroactivo, intereses moratorios e indexación.

Para resolver indicó que Carlos Enrique Salgado Cerón nació el 24 de noviembre de 1997, es hijo del demandante y Yolanda Cerón Salamanca, cuenta con una PCL del 83.23% estructurada desde su nacimiento, que el actor cotizó a la Caja de previsión de Facatativá y al ISS un total de 1.391 al 30 de junio de 2019. Que para la prosperidad de esta pensión se requiere la existencia de un hijo inválido y la dependencia económica respecto de quien está solicitando el reconocimiento de la prestación, pero no se exige que el afiliado este cotizando al momento en que se elevó la solicitud y tampoco que sea padre o madre cabeza de familia. Que del interrogatorio al actor y los testimonios recaudados se acredita la dependencia económica de Carlos respecto del demandante y que cada uno de los padres ha contribuido al cuidado del hijo en la medida en que cada uno lo ha podido hacer, concluyendo así que JOSÉ HERNANDO SALGADO acredita los requisitos necesarios para acceder a la pensión especial reclamada.

Frente al disfrute de la pensión especial de vejez indicó que corresponde al 1° de julio de 2019, en cuantía de Un SMLMV, y hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen. Que no se tiene en cuenta fecha anterior dado que se debe tomar hasta la última semana cotizada, siendo necesaria la desafiliación del Sistema General de Pensiones; ordenó el pago de \$43.179.049 por mesadas pensionales causadas entre el 1° de julio de 2019 y el 31 de enero de 2023, suma que incluye los incrementos legales anuales y una mesada adicional anual. Y finalmente, ordenó el pago de intereses moratorios desde el 03 de abril de 2020.

III.RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Adujo que la parte actora no cumple los requisitos para el pago de la pensión reclamada, que se debe tener en cuenta la Circular interna 08 de 014 de COLPENSIONES que dispone los requisitos para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo inválido, por lo que el padre o

madre debe estar cotizando a pensión y estar activo laboralmente al momento de la solicitud pensional, aspectos que no cumple el accionante por cuanto está casado con sociedad conyugal vigente, al igual que no acredita su total participación en el cuidado de Carlos Enrique Salgado Cerón, pues no se demostró que es el único responsable en llevar el sustento económico a su hogar, solo cubre una parte pero no es el único responsable y cuidador del hijo.

Indicó que el testigo Jimmy Arbey Santana Salgado señaló que ese hogar cuenta con ingresos adicionales a los proporcionados por el demandante, como lo es el arriendo del primer piso de la casa, lo que constituye un ingreso común y conjunto entre el actor y Yolanda Cerón; que no se probó que la hija no aporte al sostenimiento del hogar y su hermano. Que, al no haber lugar al reconocimiento de la pensión, tampoco proceden los intereses moratorios, pues estos solo operan por la demora en el pago de mesadas ya reconocidas y solicita la revocatoria de la condena en costas por cuanto **COLPENSIONES** ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal, teniendo en cuenta los artículos 48 Constitucional y 365, numeral 5, del CGP (*min. 26:28, archivo "17AudienciaArticulo80Parte2.mp4"*).

IV.GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 el apoderado de **COLPENSIONES** en su escrito de alegatos solicitó se revoque la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada. Por su parte, el apoderado del demandante solicitó la confirmación del fallo de primera instancia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL** reúne los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión especial anticipada de vejez por tener a cargo un hijo inválido conforme el inciso 2° del Parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 1993; y en consecuencia, se deba condenar a **COLPENSIONES** a pagar el retroactivo pensional junto con intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y costas procesales.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL** cotizó un total de 1.391 semanas entre el 22 de octubre de 1979 hasta el 30 de junio de 2019 (*pág. 538 a 547, archivo “08ContestacionColpensiones”*); **ii)** Carlos Enrique Salgado Cerón nació el 24 de noviembre de 1997 y es hijo del demandante (*pág. 17, archivo “02Anexos”*); **iii) COLPENSIONES** mediante dictamen del 19 de julio de 2017 le determinó a Carlos Enrique Salgado Cerón una PCL del 83.26% estructurada el 24 de noviembre de 1997 (*pág. 19 a 23, archivo “02Anexos”*); **iv)** y **COLPENSIONES** a través de las resoluciones SUB249635 del 08 de noviembre de 2017 y SUB337032 del 09 de diciembre de 2019 le negó al demandante la pensión especial de vejez por hijo inválido (*pág. 28 a 55, archivo “02Anexos”*).

- De la pensión especial de vejez anticipada por hijo inválido

El artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en vigencia desde el 29 de enero de 2003, modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993,

estableciendo en el Parágrafo 4°, la pensión de vejez a favor de la madre trabajadora cuyo hijo padece invalidez física o mental debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, siempre y cuando la madre haya cotizado el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, beneficio que se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral.

Al respecto, la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-227 de 2004, declaró exequible la anterior norma en el entendido de que la dependencia del hijo con respecto a la madre es de tipo económico. Además, la misma Corporación en providencia C-989 de 2006, declaró exequible la norma en el entendido de que dicho beneficio pensional se hace extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él y, finalmente, en la sentencia C-758 de 2014, declaró condicionalmente exequible la norma en el entendido que dicho beneficio pensional se garantiza a los afiliados tanto del Régimen De Prima Media con Prestación Definida como del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL281 de 2018, SL4715 de 2019, SL2585 de 2020, SL739 de 2021, entre otras, ha definido que dicho beneficio pensional aplica a los afiliados de ambos regímenes pensionales y destacó que solo se requiere el cumplimiento de 3 condiciones para causar el derecho: **i)** que el padre o madre haya cotizado por lo menos el mínimo de semanas exigido para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media; **ii)** que el hijo sufra una invalidez debidamente calificada, lo que supone una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%; **iii)** y que el hijo discapacitado sea económicamente dependiente de su madre o padre.

En cuanto a la controversia de si se requiere que el padre o madre sea cabeza de familia para acceder a este beneficio pensional, el tribunal de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en las sentencias

SL2585 de 2020 y SL739 de 2021 reafirmó la regla jurisprudencial adoptada en sentencias SL17898 de 2016, SL1991 de 2019 y SL3772 de 2019, en el sentido de establecer de que no se requiere que el progenitor a cargo del hijo inválido tenga calidad de cabeza de familia, por cuanto el Parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 no exige tal condición. Así mismo, indicó que la norma no se puede interpretar en contra de los intereses de afiliados e hijo inválido, por cuanto no libera de las obligaciones familiares y alimentarias de los padres y ello hace factible el soporte económico de ambos padres, además la finalidad del beneficio pensional es que el progenitor abandone la vida laboral para dedicarse al cuidado pleno de su hijo, siendo la única forma de dependencia exigida por la norma la económica.

También esa Alta Corte ha indicado que la dependencia económica no se equipara a la condición de cabeza de familia, última que impone una dependencia económica exclusiva, pues tal interpretación, según se expresó en la sentencia SL17898 de 2016, no contradice la sentencia de la Corte Constitucional C-989 de 2006 porque en dicha providencia el término “*cabeza de familia*” se equiparó al de madre o padre trabajador.

- De los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, y para su reconocimiento se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

Frente a ellos, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la Administradora de Pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL

2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras). Y excepcionalmente no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio no se encuentra en discusión que Carlos Enrique Salgado Cerón nació el 24 de noviembre de 1997 y es hijo de **JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL** (pág. 17, archivo “02Anexos” y pág. 479, archivo “08ContestacionColpensiones”) y fue calificado con una PCL del 83.26% estructurada a la fecha de nacimiento (pág. 19 a 23, archivo “02Anexos” y pág. 480 a 485, archivo “08ContestacionColpensiones”); tampoco es objeto de controversia que el demandante acredita 1.391 semanas cotizadas entre el 22 de octubre de 1979 hasta el 30 de junio de 2019 (pág. 538 a 547, archivo “08ContestacionColpensiones”) de las cuales 1.304 fueron cotizadas al 22 de septiembre de 2017 (fecha en que el demandante le solicitó a Colpensiones la pensión especial de vejez), presupuestos que acreditan la calidad de padre trabajador, el número mínimo de semanas para acceder a la pensión vejez y la existencia de un hijo inválido. Además, se resalta que los tres testimonios recaudados (Marcela Cerón Salamanca, Patricio Castro Garibello y Jimmy Arbey Santana Salgado) fueron enfáticos y coincidentes en señalar las actividades laborales cumplidas por el actor.

Por lo tanto, el estudio de la Sala se centrará en determinar si Carlos Enrique Salgado Cerón depende económicamente de su padre **JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL**.

JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL en su interrogatorio (min. 07:00, archivo “16AudienciaArticulo80Parte1.mp4”) indicó que trabaja con un camión haciendo acarreos, es casado con Yolanda Cerón Salamanca, responde económicamente por su hijo, quien depende de él, que su hijo no puede comer solo, no puede caminar solo, toca bañarlo, toca hacerle de todo, y que su esposa lo cuida, por eso ella no

trabaja, que el cuidado le corresponde a los dos porque el muchacho desde joven ha estado muy pesado y la mamá sola no lo puede lidiar, y que cuando toca llevarlo a una cita médica lo hacen entre los dos.

Por su parte, la testigo Leti Marcela Cerón Salamanca (*min. 14:36, archivo “16AudienciaArticulo80Parte1.mp4”*) indicó que es hermana de Yolanda Cerón, esposa del demandante, que el núcleo familiar está compuesto por la pareja y los hijos Carlos, Yurany y Paula, quien no vive con ellos; que los ingresos de la familia provienen únicamente de lo que hace el demandante; que su hermana siempre ha estado pendiente del niño y por eso no trabaja; y que JOSÉ debe trabajar pero que el fin de semana siempre esta con la esposa y el hijo.

Patricio Castro Garibello (*min. 28:55, archivo “16AudienciaArticulo80Parte1.mp4”*) en su testimonio indicó que conoce al demandante desde el año 1991, trabajaron juntos y son vecinos en Facatativá, que el actor tiene un *camioncito* donde trasporta alimentos para perros y gatos y animales, los transporta de Bogotá hacia la vega, que JOSÉ vive con su esposa Yolanda Cerón, su hijo discapacitado Carlos, sus hijas Francy y Paula, pero Paula vive en mayor tiempo en Bogotá; que Yolanda se dedica al hogar y a cuidar a Carlos, quien por su discapacidad no puede valerse por sí solo; que sabe que de los ingresos que obtiene el demandante con su camión es que se alimentan y por eso Carlos depende económicamente del actor; que cuando JOSÉ no está haciendo sus viajes o está desocupado mantiene pendiente del niño.

Y finalmente, Jimmy Arbey Santana Salgado (*min. 44:40, archivo “16AudienciaArticulo80Parte1.mp4”*), manifestó ser sobrino del demandante e indicó que su tío es transportador de alimentos, que la esposa es Yolanda Cerón, la pareja vive con sus hijos Carlos que es discapacitado y con Francy que es psicóloga, quien trabaja pero no sabe si apoya económicamente a los papas o al hermano; que los ingresos dependen de lo que tenga su tío, pues si bien tiene arrendando una parte de la casa en el primer piso reciben muy poco, como \$300.000; y que Carlos depende económicamente del actor.

Al analizar el interrogatorio de parte rendido por el demandante y los testimonios recaudados en el juicio, se logra extraer que Carlos Enrique Salgado Cerón depende económicamente del demandante y que dicha dependencia no es total por cuanto la familia recibe algunos ingresos por un arriendo, como lo refirió el último de los testigos reseñados.

Conforme a lo anterior, para esta Corporación **JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL** acredita que su hijo inválido depende económicamente de él, sin que la dependencia y cuidado personal del hijo en estado de invalidez deba ser total o recaiga única y exclusivamente sobre él, por cuanto el apoyo económico y cuidado personal está en cabeza de ambos padres. Y si bien dejó de cotizar en el año 2019, pero sigue prestando los servicios de transportador, ello obedece a la necesidad de mantener el sustento de la familia y dada la negativa de **COLPENSIONES** de conceder la prestación, sin que tal circunstancia sea una limitante para causar el derecho.

Además, se reitera que no se requiere que el progenitor a cargo del hijo inválido tenga calidad de padre cabeza de familia, sino únicamente se acredite la dependencia económica del hijo respecto de este, como ocurre en el caso bajo estudio.

De lo anterior, no hay duda de que el demandante cumple con los requisitos establecidos en el inciso 2° del Parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 1993 para acceder a la pensión especial de vejez por hijo inválido, lo que descarta los planteamientos de la recurrente.

- **Sobre la fecha de disfrute y el valor de la mesada pensional**

Por regla general la pensión de vejez debe pagarse a partir del día siguiente a la fecha del último periodo cotizado al sistema; sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ante situaciones especiales y excepcionales, que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema, esto es, que se pueda reconocer a partir

de la calenda en que se cumplió con los requisitos que la ley exige para acceder a esta, aunque no se hubiera reportado la desafiliación, como cuando se demuestra que la verdadera voluntad del trabajador era la de retirarse, sin que así lo hubiera podido hacer, por la actitud asumida por la administradora de pensiones (*SL2662 de 2020, SL 2607 de 2021 y SL 414 de 2022*).

Conforme la documental, se tiene que **JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL** solicitó a **COLPENSIONES** la pensión especial de vejez por hijo inválido el 22 de septiembre de 2017 (*pág. 178 y 488, archivo “08ContestacionColpensiones.pdf*), entidad que negó la prestación mediante Resolución SUB249635 del 08 de noviembre de 2017 (*pág. 178 a 183, archivo “08ContestacionColpensiones.pdf*). Para la Sala es claro que para la fecha en que el demandante solicitó la pensión especial acreditaba los requisitos para acceder a la misma y debido a la negativa del fondo de pensiones continuó realizando cotizaciones al sistema hasta el 30 de junio de 2019, sin que haya podido retirarse de la fuerza laboral para brindarle los cuidados y atención necesaria a su hijo inválido, de forma compartida con su cónyuge. Por lo tanto, como fecha de disfrute debe tenerse aquella en la que el trabajador cotizante demostró su voluntad de retirarse del sistema que, para el caso en concreto, lo fue el 22 de septiembre de 2017.

Con todo, no se puede pasar por alto que la sentencia de instancia fijó como fecha de disfrute el 1° de julio de 2019, por lo que al ser **COLPENSIONES** el único apelante y que la consulta se surte a su favor, no se puede hacer más gravosa su situación, lo conlleva a confirmar la fecha de disfrute determinada por la juez de primer grado.

Teniendo en cuenta que el valor de la mesada fue fijado sobre un SMMLV, con 13 montos anuales, aspecto que no fue objeto de controversia, la Sala se releva del cálculo del Ingreso Base de Liquidación, lo que conlleva a la confirmación de la suma establecida por el *a quo*.

- **De la excepción de prescripción**

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

Así las cosas, se advierte que el demandante solicitó al fondo público la pensión especial de vejez por hijo inválido el 22 de diciembre de 2017 y **COLPENSIONES** negó la prestación mediante Resolución SUB249635 del 08 de noviembre de 2017, confirmada en Resolución SUB272131 del 28 de noviembre de 2017, siendo notificada al actor el 4 de diciembre de 2017 (*pág. 178 a 183, archivo “08ContestacionColpensiones.pdf*), y la demanda fue presentada en reparto el 09 de marzo de 2021 (*pág. 1, archivo “03ActaReparto.pdf*), es decir, luego de que transcurrieran los 3 años que establece la norma, por lo que únicamente con la presentación de la demanda se tiene válidamente interrumpido este fenómeno.

Siendo ello así, las mesadas pensionales prescritas serian aquellas generadas con anterioridad al 09 de marzo de 2018. Pese a ello, al reconocerse la prestación pensional a partir del 1° de julio de 2019, no prospera este medio exceptivo. Y por el resultado del estudio del objeto del litigio, tampoco tienen vocación de prosperidad las demás excepciones formuladas en la contestación.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

Frente a la inconformidad elevada por **COLPENSIONES** frente a la condena por intereses moratorios, debe decirse que si bien existen situaciones particulares en las cuales la AFP puede exonerarse del pago de dicha condena, como cuando la prestación se otorga en virtud

de un cambio jurisprudencial, tal aspecto no es aplicable al presente caso.

A juicio de esta Sala, no es comprensible que la demandada, de forma sistemática, exija acreditar la calidad de “*cabeza de hogar*” como requisito para causar la pensión especial de vejez por hijo inválido, desconociendo que por lo menos desde la sentencia SL17898 de 2016 la H. CSJ ha sostenido de forma unánime que no se requiere acreditar dicha condición. Por tanto, **COLPENSIONES** impuso una barrera administrativa que no corresponde al entendimiento normativo de la norma realizado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, incurriendo en mora en el reconocimiento de la pensión, por mantener caprichosamente una posición totalmente contraria a la regla jurisprudencial reiterada por lo menos desde hace 7 años.

Si bien el demandante solicitó a **COLPENSIONES** la prestación económica el 22 de septiembre de 2017, teniendo derecho a disfrute desde esa misma fecha, ante la negativa en vía administrativa y luego de la dejación de cotizaciones al sistema pensional, el actor presentó nuevamente petición de reconocimiento el 02 de noviembre de 2019, por lo que en principio los intereses moratorios serían procedentes a partir del 02 de marzo de 2020. Pese a ello, lo cierto es que la sentencia recurrida ordenó su reconocimiento a partir del 03 de abril de 2020, no pudiendo esta Sala agravar la situación del único apelante y en quien a su favor se surte el grado jurisdiccional de consulta.

Con todo, se modificará esta condena para precisar que los intereses moratorios por las mesadas pensionales causadas entre julio de 2019 y marzo de 2020 se generan a partir del 03 de abril de 2020 y hasta la fecha del pago de las respectivas mesadas, y los intereses moratorios por mesadas pensionales causadas a partir de abril de 2020 se generan desde la exigibilidad de cada mesada. A modo de ejemplo, la mesada de abril de 2020 genera intereses a partir del 1° de mayo de 2020 y así sucesivamente frente a las demás mesadas.

Por otra parte, se adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de autorizar a la accionada para que del retroactivo adeudado descuente el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022).

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que los intereses moratorios por las mesadas pensionales causadas entre julio de 2019 y marzo de 2020 se generan a partir del 03 de abril de 2020 y hasta la

fecha del pago de las respectivas mesadas, y los intereses moratorios por mesadas pensionales causadas a partir de abril de 2020 se generan desde la exigibilidad de cada mesada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que del retroactivo pensional adeudado descuenta el porcentaje de cotización que corresponda a cargo de **JOSÉ HERNANDO SALGADO ÁNGEL**, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 29-2022-00233-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la **DEMANDANTE** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 17 de febrero de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP, reactivó la vinculación en el RPM y se abstuvo de condenar en costas (01:31:47 archivo “18SentenciaPrimeraInstancia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 21 archivo “01Demanda”).**

LUZ PIEDAD GIRALDO HERRÁN solicitó declarar nulo, ineficaz o inexistente su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación al RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 06 de junio de 1955; que se afilió al ISS del 1° de octubre de 1980 al 16 de marzo de 1982 y del 08 de octubre de 1986 al 30 de abril de 1992; que el 03 de octubre de 1996, se trasladó al RAIS mediante afiliación **PORVENIR S.A.** y en septiembre de 2001 se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las

características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que en el RPM tendría una mesada superior que en el RAIS y que en 2022 solicitó la nulidad de su traslado a las **DEMANDADAS**, petición que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada, afiliación al ISS y que rechazó su solicitud de nulidad. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y que la **DEMANDANTE** no acreditó las falencias que alega, en todo caso, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y afectación a la sostenibilidad del sistema. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica (Pág. 2 a 27 archivo “09ContestaciondeDemandaColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Aseguró que cumplió el deber de información porque explicó las características de cada régimen pensional y las implicaciones del traslado al RAIS, tras lo cual la afiliada decidió vincularse a la AFP, acto válido porque cumple los requisitos legales vigentes a la fecha del traslado. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (Pág. 2 a 26 archivo “12ContestacionDemandapORVENIR”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó

los hechos relativos a la edad de la afiliada y que negó su solicitud de nulidad. Indicó que desconoce las circunstancias del traslado al RAIS, pero el traslado de AFP ratifica el deseo de la afiliada de pertenecer a dicho régimen, de otra parte, previo a la vinculación informó las condiciones de los regímenes pensionales garantizando la libertad informada de selección de régimen y no hay causa legal para acceder a lo pretendido. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas a favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, validez y eficacia del traslado entre AFP del RAIS y la genérica (Pág. 2 a 41 archivo “13ContestacionProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:31:47 archivo “18SentenciaPrimeraInstancia”).

El 17 de febrero de 2023, el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere la señora LUZ PIEDAD GIRALDO HERRÁN, identificada con la cedula de ciudadanía No. 41.650.187 de Bogotá, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., solicitud elevada el 21 de octubre de 1996 con fecha de efectividad 1º de diciembre de 1996, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., fondo al cual se encuentra actualmente afiliada la DEMANDADA (Sic) a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ PIEDAD GIRALDO HERRÁN por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a garantía de pensión mínima para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones, rendimientos y suma destinada para garantía de pensión mínima, que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. CUARTO: SIN CONDENAS en costas. QUINTO: de no ser apelada la presente sentencia por COLPENSIONES consultarse con el H. Tribunal Superior de Bogotá en el

efecto suspensivo, lo anterior de conformidad con lo estipulado en el artículo 69 CPTSS. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establece si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que según la jurisprudencial de la H. CSJ es deber de las AFP suministrar información a los potenciales afiliados sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, sin que la firma del formulario de afiliación sea prueba suficiente del cumplimiento de dicha obligación, asunto que no se demostró en juicio, por lo cual declaró ineficaz el traslado al RAIS pero no ordenó la devolución de gastos de administración y pólizas ni condenó en costas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó revocar la absolución a la devolución de gastos de administración y pólizas porque la ineficacia del traslado conlleva retrotraer las cosas como si la vinculación no hubiera existido y por ello las **AFP DEMANDADAS** deben retornar todos los valores recibidos, incluyendo las comisiones y pólizas con cargo a sus propios recursos, del mismo modo, procede la condena a costas de primera y segunda instancia porque las **DEMANDADAS** se opusieron a las pretensiones (01:33:42 archivo “18SentenciaPrimeraInstancia”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó condenar a las **AFP DEMANDADAS** a devolver todos los conceptos recibidos con ocasión del traslado al RAIS declarado ineficaz porque la regla jurisprudencial adoptada por la H. CSJ ordena no solo devolver el saldo de la CAIP sino también la AFP debe retornar las comisiones y pólizas de seguros previsionales (01:33:42 archivo “18SentenciaPrimeraInstancia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó acceder a su recurso de apelación. Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**

solicitó revocar el fallo de primera instancia. Agotado el término, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado de régimen pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **LUZ PIEDAD GIRALDO HERRÁN** nació el 06 de junio de 1955 (Pág. 24 archivo “01Demanda”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS del 1º de octubre de 1980 al 16 de marzo de 1982, cotizando 67,43 semanas (archivo “11HistoriaLaboralColpensiones”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** del 21 de octubre de 1996, efectivo a partir del 1º de diciembre de 1996 (Pág. 45, 48 archivo

“12ContestacionDemandapORVENIR”); **iv)** la **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 16 de diciembre de 1997, efectivo a partir del 1° de febrero de 1998, luego se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** con formulario del 1° de agosto de 1998, efectivo desde el 1° de octubre de 1998, tras lo cual retornó a **PORVENIR S.A.** con formulario del 29 de abril de 2002, efectivo desde el 1° de junio de 2006 (Pág. 42, 44, 46 y 48 archivo “12ContestacionDemandapORVENIR”); **v)** la **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario del 20 de mayo de 2003, AFP donde permanece vinculada y acumula 1256,29 semanas cotizadas a septiembre de 2022 (Pág. 53, 94 y 96 archivo “13ContestacionProteccion”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP, reactivó la vinculación en el RPM y se abstuvo de condenar en costas. Contra la anterior decisión la **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación

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

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

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

o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, COLPATRIA AFP hoy **PORVENIR S.A.** y demás **AFP DEMANDADAS** brindarán asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque solo allegaron los formularios de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado las exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que las referidas AFP no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o posteriores traslado de AFP.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio reconoció que efectuó varios traslados de AFP, pero aclaró que nunca recibió asesoría más allá de que el ISS iba a desaparecer, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

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

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

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

Frente a la inconformidad de la **DEMANDANTE** por la ausencia de imposición de costas de primera instancia, para la Sala le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en

virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por las **DEMANDADAS**, independiente del comportamiento de las partes, por lo cual se impondrá su reconocimiento y deberán ser tasadas por la *a quo*.

No se imponen costas en esta instancia, habida cuenta que los recursos de apelación de la **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES** fueron prósperos en lo que respecta a sus solicitudes.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la **DEMANDANTE**. Del mismo modo, **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de

administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la **DEMANDANTE**. Al momento en que las **AFP DEMANDADAS** cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los valores indicados en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia y a actualizar la historia laboral de la **DEMANDANTE**.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a las **DEMANDADAS** al pago de costas de primera instancia, las cuales deberán ser liquidadas por la *a quo*.

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

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

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme

el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ PIEDAD GIRALDO HERRAN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

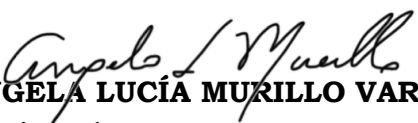
RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2022 00233 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.31-2022-00251-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 02 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizada por la demandante y se ordenó a las AFP demandadas trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos por aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y condenó en costas a **PORVENIR** y **PROTECCIÓN** (*min. 57:10, archivo "25AudienciaPruebasFallo"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

LILIA RUTH QUINTERO MARTINEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se

declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS; en consecuencia, se declare que siempre ha estado afiliada al RPM, se ordene a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 17 de julio de 1965, y desde el inicio de su vida laboral estuvo afiliada al ISS; que ante una campaña de desinformación de las AFP en general, firmó formulario de traslado con destino a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., sin que se le hubiera suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría esa decisión; que posteriormente se trasladado a la AFP COLMENA, hoy PROTECCION S.A., sin haber recibido ninguna información sobre características, ventajas, consecuencias de los regímenes pensionales; dice que antes de los 10 años para alcanzar la edad de pensión, los fondos privados no le informaron que tenía plazo para iniciar los trámites tendientes a retornar al régimen de prima media y ninguna de las AFP le informó sobre las proyecciones que debía prever, para asegurar un monto pensional en condiciones dignas, en el momento de su retiro (*pág. 1 a 16, archivo “02EscritoDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS y el traslado de régimen pensional. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló 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 causal 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 (pág. 22 a 38, archivo “11ContestacionDemandaColpensiones”).

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la accionante y la afiliación a ese fondo de pensiones. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, buena fe, prescripción, Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica (pág. 3 a 28, archivo “12ContestacionDemandaProteccion”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 29, archivo “18ContestacionDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Min. 57:10, archivo “25AudienciaPruebasFallo”)

El 02 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de la demandante LILIA RUTH QUINTERO MARTINEZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniéndola como válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, valores utilizados en seguros previsionales. **Se CONDENA** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES las sumas que descontó de lo aportado por la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales, sumas de dinero que deberán ser trasladadas debidamente indexadas. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen. **CONDENAR** a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente cada una de ellas. **Sin costas** a cargo de Colpensiones. Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de COLPENSIONES se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de la sentencia no sea apelada.”

Para resolver la Juez indicó que conforme los presupuestos normativos vigentes a la fecha del traslado y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de la prueba de desvirtuar las afirmaciones indefinidas contenidas en los hechos de la demanda les correspondía a las demandadas, acreditando el deber de información, situación que no quedó demostrada al momento del traslado de la demandante, por lo que era viable la declaratoria de su ineficacia, teniéndola válidamente afiliada en el RPM.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la decisión de primer grado. Señaló que la demandante no puede reintegrarse al RPM por las prerrogativas del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al encontrarse en un margen menor a los 10 años para adquirir la categoría de pensionada; y que en atención al margen de tiempo que ha estado afiliada la actora al RAIS, ha manifestado la intención de permanecer en ese régimen pensional (*min. 00:59:32, archivo “25AudienciaPruebasFallo”*).

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoquen las condenas impuestas a esa entidad en lo atinente a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros de manera indexada. Adujo que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en su inciso tercero autoriza a los fondos privados a realizar los descuentos que allí se discriminan y el artículo 113 de la misma Ley establecen las sumas que se deben reintegrar cuando existe un cambio de régimen pensional, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de dineros diferentes a los referidos en esta norma, máxime cuando la demandante se trasladó a COLMENA, a donde se trasladó todos los dineros que se encontraban en ese momento en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros; que teniendo en cuenta que estos rubros no estarían destinados a financiar la prestación de la afiliada, configura un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante, de COLPENSIONES y del Estado, en detrimento de ese fondo de pensiones, que estos dineros nunca han estado en poder de PORVENIR, sino a favor de terceros para la cobertura de las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte; y respecto de la indexación que la misma es improcedente de acuerdo con la sentencia C-0161 del 13 de mayo de 2010 (sic), y los dineros ahorrados por la demandante no se vieron afectados por la condición inflacionaria de la economía y por el contrario se generaron rendimientos superiores a la rentabilidad mínima establecida por el legislador; finalmente, que de no acogerse estos argumentos solicita se autorice los descuentos por restituciones mutuas dada la gestión adelantada por el fondo (*min. 01:00:20, archivo “25AudienciaPruebasFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y titular de la T.P 221.228 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad, y en su escrito de alegatos indicó que no es procedente el traslado de régimen pensional de la actora.

Y el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** reiteró los argumentos expuestos en la alzada. Las demás partes no presentaron alegaciones en segunda instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y su correspondiente indexación, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) LILIA RUTH QUINTERO MARTINEZ** nació el 17 de julio de 1965 (*pág. 17 y 18, archivo “02EscritoDemanda”*) y se afilió al ISS a partir del 06 de febrero de 1986 (*archivo “HistoriaLaboralGenerada_20220803_074935”, carpeta “ExpedienteAdministrativo”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante

formulario de afiliación con AFP HORIZONTE **PORVENIR S.A.** el 02 de agosto de 1994, con efectividad a partir del 1° de septiembre del mismo año (pág. 76 y 79, archivo “18ContestacionDemanda”); **iii)** y posteriormente realizó traslado en el RAIS a AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 26 de abril de 1997 (pág. 77, archivo “12ContestacionDemandaProteccion”), donde sigue vinculada.

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

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

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

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la

opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

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

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

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no

el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues solo allegó el formulario de afiliación, y la sola firma de este documento por parte de la afiliada no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio afirmó que, si bien hubo asesores de la AFP, dicho traslado obedeció a la solicitud de apoyo realizada del empleador quienes eran accionistas de ese fondo de pensiones, sin que recibiera información adicional, lo que demuestra que ese traslado no se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de

2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, lo que descarta los planteamientos de la alzada formulada por la AFP, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo el fondo de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a **COLPENSIONES** como actual fondo administrador de las cotizaciones del demandante, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, validarlos como semanas cotizadas y a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, por lo que se adicionará el alcance de la condena, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

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

irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir a la demandante, sin solución de continuidad, como su afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a recibir de **PORVENIR** y **PROTECCIÓN** los valores ordenados y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LILIA RUTH QUINTERO MARTINEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 031 2022 00251 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 33-2021-00435-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 1° de marzo de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivó la vinculación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (01:14:18 archivo “13AudienciaSentencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 68 a 75 archivo “002. PODER -ANEXOS -DEMANDA”).**

AMANDA PERDOMO solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAIP, reactivar su vinculación al RPM o subsidiariamente condenar a la AFP al pago de la indemnización de perjuicios, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. Como fundamento fáctico indicó que comenzó a cotizar al ISS en agosto de 1989, que en junio de 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Afirmó que no está pensionada y que el 17 de

noviembre de 2020 solicitó a las **DEMANDADAS** su traslado al RPM; petición que fue rechazada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que la afiliada no es pensionada y que rechazó su solicitud. Indicó que informó a la afiliada las características de los regímenes pensionales y el modo como se consolida el derecho pensional en cada uno, tras lo cual tomó la decisión libre e informada de pertenecer a la AFP, sin que sean exigibles obligaciones de asesoría impuestas por normas posteriores a la fecha del traslado, siendo válida la vinculación porque cumplió todos los requisitos legales a la fecha en que se celebró. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 2 a 35 archivo “07ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al tiempo cotizado al ISS y que negó el retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS porque la **DEMANDANTE** no acreditó las falencias alegadas en la demanda, en todo caso, dicho traslado fue libre y voluntario y por tanto válido y no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social públicas y la genérica (Pág. 3 a 41 archivo “08ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:14:18 archivo “13AudienciaSentencia”).

El 1º de marzo de 2023, el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada a AMANDA PERDOMO, identificada con la cédula de ciudadanía 28.561.454, afiliada el 04 de agosto de 1994 a PORVENIR S.A. SEGUNDO: que AMANDA PERDOMO, actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR, fondo actual de la DEMANDANTE, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de AMANDA PERDOMO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora AMANDA PERDOMO al RPM e integrar en su totalidad la historia laboral de la DEMANDANTE. QUINTO: CONDENAR a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales, de pensión de garantía mínima debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. Esta orden deberá cumplirse señalado los conceptos que deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado del ciclo, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración dada en el ordinal anterior. SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las DEMANDADAS, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia. OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR y de COLPENSIONES Agencias en Derecho 02 SMLMV para cada una de las DEMANDADAS y en favor de la parte DEMANDANTE. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones. Para resolver indicó que si bien el traslado al RAIS se dio en la primera etapa de evolución del deber de información, la AFP tenía el deber de informar las características de cada régimen para garantizar el consentimiento informado en el ejercicio de la libertad de selección de régimen, carga que no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, por ende accedió a las pretensiones.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que el traslado al RAIS en 1994 cumple los requisitos formales exigidos para dicha anualidad para ser válido y la AFP no podía rechazar la solicitud conforme el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, además la afiliada confesó que si hubo acompañamiento de los asesores de la AFP y no se pueden exigir pruebas adicionales al formulario de afiliación porque para ese año no era obligatorio documentar la asesoría, en todo caso, la **DEMANDANTE** afirmó que asistió a asesorías periódicas en su trabajo sobre las bondades del RAIS y que no leyó el formulario de afiliación siendo descuidado, además desde 2006 fue abogada y pese a ello no solicitó retornar al RPM y la molestia con el monto pensional no desacredita el deber de información. Alegó que no debe devolver gastos y pólizas, porque si se obliga a devolver los rendimientos de la cuenta entonces la AFP fue agente oficioso involuntario de **COLPENSIONES** y los artículos 2304 y 2310 CC obliga solo a devolver la utilidad efectiva que se generaría de haber seguido en el RPM, de otra parte, los gastos son un descuento legal que se usó conforme su destinación específica y ya no los tiene la AFP porque los utilizó para generar rendimientos y cubrir riesgos, tampoco hay indexación porque los rendimientos compensan la devaluación (01:16:37 archivo “13AudienciaSentencia”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Aseguró que la **DEMANDANTE** informó que fue el empleador quien presionó su vinculación al RAIS y si bien el ISS no hizo asesoría, la afiliada ya era parte del ISS y conocía ese régimen, sin que la conducta del empleador se pueda atribuir a falta de asesoría de las **DEMANDADAS**, más aún cuando la afiliada reconoce que participó en múltiples asesorías de las AFP, siendo debidamente acompañada y asesorada, sin que el RAIS sea un régimen desfavorable porque de ser así no sería reconocido en la normatividad, además se puede inferir asesoría porque la afiliada expuso condiciones propias del RAIS y el no recordar que información recibió no implica ausencia de la misma, de otra parte, retornar al RPM afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, además no

proceden costas porque **COLPENSIONES** debe cumplir la Ley que prohíbe el traslado a quien le faltan menos de 10 años para la edad pensional y en sede administrativa el traslado al RAIS era válido, por lo cual era obligatorio oponerse, sin ser condenada ya que el fallo se limita a impartirle ordenes (01:22:55 archivo “13AudienciaSentencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso. Finalmente, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora María Claudia Tobito Montero, identificada con CC 1.020.786.735 y TP 300.432 del CSJ, quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado de régimen pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así

como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **AMANDA PERDOMO** nació el 05 de enero de 1963 conforme historia laboral de **COLPENSIONES** del 16 de junio de 2021 (Pág. 11 a 14 archivo “08ContestacionColpensiones”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 10 de agosto de 1989 al 06 de noviembre de 1992, cotizando 168,29 semanas (Pág. 11 a 14 archivo “08ContestacionColpensiones”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 04 de agosto de 1994, efectivo a partir del 1° de septiembre de 1994, AFP donde permanece vinculada y acumula 1611 semanas cotizadas a agosto de 2022 (Pág. 36, 133 a 135 archivo “07ContestacionPorvenir”).

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

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

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

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

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

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

2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022. Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

De otra parte, si bien la **DEMANDANTE** en su interrogatorio reconoció que las AFP realizaron múltiples asesorías grupales en la Entidad donde labora, a las cuales asistió, a la par que reconoció características del RAIS como la posibilidad de pensión anticipada, devolución de saldos y heredabilidad del saldo de la CAIP por ausencia de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, también es cierto que aclaró que la **AFP DEMANDADA** nunca procuró una explicación de los aspectos negativos de permanecer en el RAIS ni comparó las condiciones de dicho régimen de ahorro individual frente al RPM, a la vez que subrayó que no tuvo asesoría por la AFP al momento del traslado porque fue su empleador quien le advirtió que no podía continuar en el ISS, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al

RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará el alcance de la condena.

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

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

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

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el

proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

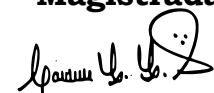
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: AMANDA PERDOMO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2021 00435 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada