República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral	1100131050 **01 2012 00493 02**
Demandante:	ROMULO HERRERA REYES
Demandado:	ELEZAR GALINDO RUBIO, CARMENZA OLAYA y ALCATRAZ LTDA EN LIQUIDACIÓN
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RÓMULO HERRERA REYES promovió demanda ordinaria laboral en contra de ELEZAR GALINDO RUBIO, CARMENZA OLAYA y ALCATRAZ LTDA. EN LIQUIDACIÓN, a fin de declararse que los demandados dieron por finalizado en forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo, vínculo laboral que se comprendió entre el 31 de septiembre de 2004 y el mes de diciembre de 2010.

Como consecuencia de lo anterior, se le condene al extremo pasivo al reconocimiento y pago de horas extras, pago de dominicales y festivos, vacaciones, recargos nocturnos, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización moratoria, indemnización por la no consignación de las cesantías, indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, indexación, costas procesales y lo que se acredite de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que laboró al servicio de los demandados por el periodo comprendido entre el 31 de septiembre de 2004 y el 31 de diciembre de 2010, desempeñando su labor en los distintos lugares a los que era asignado.

Que cuando inició sus labores su salario era de $480.000, así como que el 31 de julio de 2005 fue enviado a trabajar al edificio Acrópolis, devengando un salario de $568.000. Durante el año 2008 continuó en el mismo empleo, con un ingreso de $723.000, y en el año 2009 el salario ascendió a $760.000. Adujo que no le fueron canceladas prestaciones sociales durante todo el tiempo de la relación laboral, ni los demás derechos perseguidos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Los demandados fueron representados por intermedio de curador *ad litem*, manifestando no constarle ninguno de los hechos de la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones formuladas.

Impetró como medios exceptivos los denominados cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de diciembre de 2022, absolvió a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia adujo inicialmente que teniendo en cuenta lo preceptuado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es posible declarar confeso a los demandados en la medida que los mismos son representados a través de curador *ad litem*.

Seguidamente, refirió el *a-quo* que, en virtud de los elementos esenciales para la configuración del contrato de trabajo en los términos de que trata el artículo 23 del C.S.T., dentro del proceso no yace prueba suficiente que demuestre la prestación personal del servicio subordinado por parte del demandante para con los demandados, en tanto, no se logró establecer el horario laboral, encontrándose así el asunto de marras ante una carencia probatoria que advierte inclusive el elemento subordinante, máxime si las pruebas documentales acreditadas al plenario no son suficientes para determinar la existencia del vínculo laboral, pues no basta lo dicho por el actor en el interrogatorio de parte practicado.

Que igualmente, sorprendió el hecho que, del interrogatorio de parte rendido por el demandante, el mismo indicó en algunos puntos no recordar o no tener claridad sobre aspectos del contrato de trabajo perseguido.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que debe proceder la confesión de los demandados a razón de su falta de comparecencia dentro del proceso, máxime si se tiene en cuenta que se les

notificó en legal forma el asunto de marras, pero a pesar de ello no quisieron comparecer.

Que se omitió por parte del operador de instancia valorar la prueba documental, pues milita certificación del conjunto residencial que da cuenta sobre la labor desarrollada, unos comprobantes de egresos de la empresa demandada, copias de nómina de la empresa ALCATRAZ LTDA. y unos pagos de seguridad social, aspectos todos que advierten la existencia de un verdadero contrato de trabajo y por consiguiente la prosperidad de la totalidad de pretensiones perseguidas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala auscultará como problema jurídico principal si en efecto entre las partes se configuró una verdadera relación laboral atendiendo la primacía de la realidad sobre las formalidades.

De salir avante lo anterior, habrá de determinarse si goza de prosperidad las pretensiones de carácter condenatorio perseguidas.

a. Del contrato realidad:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Previo al análisis probatorio acreditado al plenario en aras de perseguirse una verdadera relación laboral con los demandados, pertinente resulta resolver el reproche sustentado por la parte demandante en el recurso de alzada, el cual gravita en torno a la confesión del extremo demandado ante la falta de comparecencia al proceso.

Al respecto, rememora la Sala que en el asunto de marras el extremo demandado fue representado a través de curador ad litem. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha referido que la confesión ficta no procede ni surte efectos probatorios cuando la parte demandada es representada por curador ad litem, así se plasmó recientemente en la sentencia SL3227-2019, Radicación No. 64538 del 14 de agosto de 2019, donde se indicó:

"Por su parte, en relación con las declaraciones que provienen del curador ad litem, en sentencia CSJ SL2463-2016, la Corte señaló:

No puede perderse de vista que según el artículo 46 del C. de P. C. el curador ad litem está facultado "para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio."

En esa misma tónica el numeral 1º del artículo 195 ibídem estipula que la confesión requiere "Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado"(negrillas de la Sala). Ante esta última exigencia, es evidente que si el curador no tiene potestad para disponer del derecho en litigio, como se dijo atrás, sus declaraciones al contestar la demanda no pueden tenerse como confesión.

A esa misma conclusión llegó la Sala de Casación Civil de esta Corporación en fallo del 26 de enero de 1977, donde dijo:

"El curador ad litem, 'no tiene calidad de representante legal de la persona respecto de la cual ejerce las funciones de curador ad litem y

como cuando no se trata de una confesión sobre un hecho propio o personal de quien la hace, la ley sólo le otorga validez en ciertas condiciones a la confesión que hace, entre otras, el representante legal de una persona, o sea quien por ministerio de la ley en forma general y permanente tiene en juicio y fuera de juicio la representación de otro, es claro que las aseveraciones o declaraciones que al contestar la demanda hubiese hecho el curador ad litem no tienen la calidad de confesiones en relación con el demandado del cual es curador ad litem, no perjudican a aquél y no forman por consiguiente, plena prueba en contra del dicho del demandado." CSJ SL del 9 de noviembre de 2005, No. 26199.

En consecuencia, dadas las falencias de técnica antes advertidas, el cargo se desestima."

Evidente resulta entonces que el curador *ad litem* en representación de los demandados no puede disponer del derecho en litigio, aspecto por el que no goza de prosperidad este aspecto en la alzada, línea jurisprudencial que el órgano de cierre ha venido ha mantenido en distintas decisiones tales como la SL5288-2018, Radicación No. 62190 del 5 de diciembre de 2018, SL1699-2018, Radicación No. 52723 del 9 de mayo de 2018, SL1351-2017, Radicación No. 41584 del 30 de agosto de 2017, entre otras.

De otra parte, lo que gravita en torno a la existencia del contrato de trabajo que se pretende por el periodo comprendido entre el 31 de septiembre de 2004 y el 31 de diciembre de 2010, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del demandante señor ROMULO HERRERA REYES, quien manifestó que en la actualidad se encuentra pensionado, así como que no recuerda la fecha en que inició labores, poniendo de presente recordar que laboró seis años y medio en ALCATRAZ LTDA.

Que se le contrató con la finalidad de desempeñar el cargo de seguridad, más exactamente el de portero, prestando sus servicios en diferentes edificios, manejando un horario laboral de turnos tanto diurnos como nocturnos, jornada que llevaba a cabo durante toda la semana, indicando a su vez que el

finiquito laboral sucedió el 31 de diciembre de 2010 a razón de una renuncia voluntaria por parte de él.

Expuso que a la fecha de la finalización de la relación laboral no le fueron canceladas sus prestaciones sociales a pesar de que reclamó a la empresa tales rubros, al igual que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, pero no se le realizaba de manera puntual el pago de aportes pensionales. Que la empresa nunca le consignó algún depósito judicial, como tampoco le fueron canceladas horas extras o recargos nocturnos.

De otra parte, el demandante en principio acreditó al plenario una documental referente a una certificación laboral fechada el 10 de septiembre de 2011 que expidiera un tercero de la relación laboral, más exactamente la Representante Legal del Conjunto Residencial Campiña del Refous – Propiedad Horizontal, la cual describe (Fl. 13 – PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL):

> *"**LUZ MARINA RAMÍREZ ORTÍZ**, identificada como aparece al pie de mi firma, en calidad de Representante Legal y administradora del conjunto residencial **CAMPIÑA DE REFOUS**, Nit. 830.104.508-8, ubicado en la carrera 102b No. 148-40 de la Localidad de Suba, en uso de las facultades conferidas en el Reglamento de Propiedad Horizontal, se permite certificar que el señor **ROMULO HERRERA REYES**, identificado con la cédula de ciudadanía número 3.298.579 de Puerto López Meta, prestó sus servicios como guardia de seguridad del conjunto Residencial **CAMPIÑA DEL REFOUS**, desde el 30 de septiembre de 2004 a julio 30 de 2005, por intermedio de la empresa de seguridad **ALCATRAZ LTDA**, el señor **HERRERA**, fue trasladado por la Empresa a otro sitio de servicio.*
>
> *La presente certificación se expide a solicitud de **Rómulo Herrera Reyes**, en la Ciudad de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de septiembre de 2011."*

Seguidamente, fueron allegados documentos correspondientes a autoliquidaciones mensuales de aportes, comprobantes de egreso y comprobantes de nómina sobre diferentes periodos, los cuales se relacionan por orden cronológico en el tiempo de la siguiente forma:

AÑO 2005	MES	FOLIO
Autoliquidación mensual de aportes	Agosto	27 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Septiembre	28 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Octubre	29 PDF 01

AÑO 2006	MES	FOLIO
Autoliquidación mensual de aportes	Junio	24 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Octubre	23 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Diciembre	22 PDF 01
Comprobante de Egreso	Diciembre	18 PDF 01

AÑO 2007	MES	FOLIO
Autoliquidación mensual de aportes	Enero	19 PDF 01
Comprobante de nómina	Enero	17 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Febrero	20 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Abril	21 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Mayo	35 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Julio	36 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Agosto	37 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Septiembre	33 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Octubre	38 PDF 01

AÑO 2008	MES	FOLIO
Autoliquidación mensual de aportes	Enero	31 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Febrero	30 PDF 01
Autoliquidación mensual de aportes	Abril	42 PDF 01
Comprobante de Egreso	Agosto	14 PDF 01
Comprobante de Egreso	Septiembre	16 PDF 01
Comprobante de Egreso	Noviembre	15 PDF 01

En tal sentido, en tratándose de la certificación fechada el 10 de septiembre de 2011 que expidiera la Representante Legal del Conjunto Residencial Campiña del Refous – Propiedad Horizontal, pertinente resulta poner de presente que nuestro órgano de cierre ha trazado el marco de cómo debe analizarse en grado probatorio de credibilidad las certificaciones laborales, en sentencia SL4523-2019, Radicación No. 65837 del 23 de octubre de 2019, reseñó:

> *"En relación a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia CSJ SL 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en las*

sentencias CSJ SL, 23 sep. 2009 rad. 36748; CSJ SL, 24 ago. 2010 rad. 34393; CSJ SL, 30 abr. 2013 rad. 38666; CSJ SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018, en la primera de las citadas la Sala puntualizó:

"(....) El demandante en el interrogatorio de parte admitió que solicitó para diligencias particulares de él las constancias que le expidiera el demandado sobre tiempo de servicios y salario, pero no dijo que su contenido fuera inexacto o contrario a la realidad que de ellas emerge. ***El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...****"* (Subrayado por la Sala).

Teniendo en cuenta el anterior contexto, la Sala de entrada puede colegir que contrario a lo manifestado por la parte demandante en el recurso de alzada, a dicha documental no se le puede asignar un valor probatorio concatenado a que demuestre una prestación personal del servicio con ALCATRAZ LTDA sobre el interregno allí referido, esto es, el comprendido entre el 30 de septiembre de 2004 y el 30 de julio de 2005, en la medida que no fue la encartada quien expidió la documental objeto de reproche, sino un tercero ajeno a la relación laboral deprecada; circunstancia por la cual, en atención de la libre apreciación probatoria en los términos preceptuados en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. acerca apreciación del convencimiento, no puede estimarse que se le asigne valor probatoria de extremos relacionados con un verdadero contrato de trabajo.

De otro lado, frente a las diferentes documentales referentes a las planillas de autoliquidaciones mensuales de aportes, comprobantes de egreso y comprobantes de nómina sobre algunos meses de los años 2005, 2006, 2007 y 2008 según se relacionó en precedencia, la Sala puede colegir que no son documentos suficientes que adviertan una continuada prestación del servicio del demandante, pues nótese que, de una parte, se advierten considerables interregnos de cada anualidad y, de otra, en el específico caso de los aportes mensuales de autoliquidación del ISS, en los que constan algunas cotizaciones realizadas a favor del señor ROMULO HERRERA REYES, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las mentadas probanzas por sí solas no dan cuenta certera de esa circunstancia, así se refirió en sentencia SL15929-2017, Radicación No. 50889 del 3 de octubre de 2017, donde se mencionó:

> *«[…]Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <…el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo>* (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)».

También debe tenerse en cuenta que del interrogatorio de parte rendido por el demandante señor ROMULO HERRERA REYES, a juicio de la Sala existieron inconsistencias acerca del extremo inicial del contrato de trabajo perseguido, toda vez que refirió no tener conocimiento de cuando empezó a prestar sus servicios en ALCATRAZ LTDA, aspectos todos por los que no está acreditada si quiera la prestación personal del servicio, en tanto, se itera, no obra prueba fehaciente de una labor continua entre el año 2004 a 2010 como lo alega el actor en los supuestos fácticos de la acción, lo que conlleva a que la sentencia de primera sea confirmada.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **02 2021 00403 01**
Demandante:	LUIS CARLOS GONZÁLEZ ARENAS
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado BRAYAN LEÓN COCA, identificado con cédula de ciudadanía 1.019.088.845 y T.P. 301.126 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 5 de julio de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS CARLOS GONZÁLEZ ARENAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia que llevara a cabo en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la referida PORVENIR S.A.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y demás dineros que hubiese cancelado, así como que se le ordene a esta última recibirlo sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del extinto ISS desde el año 1993, trasladándose en el mes de mayo de 2000 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.

Que los asesores de PORVENIR S.A. sin tener la idoneidad, estudios y profesionalismo requerido lo indujeron al error al suministrarle información engañosa, incompleta y falsa sobre el monto de su pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Lo anterior, como quiera que le manifestaron que el ISS se extinguiría, prometiéndole que se podría pensionar a cualquier edad, no se le efectuó un estudio comparativo de ambos regímenes pensionales, la posibilidad de retorno, ventajas y desventajas del régimen privado, entre otros aspectos desinformativos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que la afiliación del demandante ante sus dependencias fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría válida, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se llevó a cabo bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que el traslado es nulo.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES por su parte indicó que dentro del plenario no yace prueba de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en un error ante la falta del deber de información por parte de PORVENIR S.A., o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, como tampoco se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor al momento del traslado.

Formuló como medios exceptivos los de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de julio de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DE TRASLADO** del demandante **LUIS CARLOS GONZÁLEZ ARENAS** identificado con cédula de ciudadanía No. **79.365.099**, a la **AFP PORVENIR** el día **23 de marzo del 2000**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **PORVENIR S.A**, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante el señor **LUIS CARLOS GONZÁLEZ ARENAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.365.099, la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades que tenga en su poder en la actualidad, y con los rendimientos y demás emolumentos que hubieren causado, sin lugar a descuento alguno. Lo anterior, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha **23 de marzo de 2000**, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante **LUIS CARLOS GONZÁLEZ ARENAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.365.099, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada **PORVENIR S.A.**, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salarios mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***SEXTO:** por haber sido condenada **COLPENSIONES** y fungir la Nación como garante. Remitir el proceso al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el grado jurisdiccional de consulta.*
>
> ***SÉPTIMO:** por secretaría y previo a remitir el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, Remítase copia de esta sentencia, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el artículo 48 de la Ley 2080 del 2021."*

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que de conformidad con lo preceptuado en el literal b) del artículo 13, artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la mentada Ley 100 y demás normas concordantes, han evolucionado para establecer la obligación del deber de información a cargo de las AFP en el transcurrir del tiempo, tal como lo prevé la sentencia SL2518-2021 según lo ha analizado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Seguidamente, refirió que teniendo en cuenta los postulados emanados por la Alta Corporación, le corresponde a las AFP en atención de la carga probatoria demostrar una información detallada, clara, transparente y contundente sobre las características de cada régimen pensional, así como las consecuencias de su decisión de traslado, denominado también como una libertad o consentimiento informado, precisando a su vez que el simple formulario de afiliación no demuestra tal precepto.

Bajo tal precepto, concluyó la *a-quo* que PORVENIR S.A. en el asunto de marras no probó haber suministrado al demandante información suficiente sobre los pormenores que conllevarían el traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime si en el interrogatorio de parte no confesó aspecto alguno acerca de la información necesaria sobre los aspectos trascendentales de dicho traslado, de allí que gozara de prosperidad la ineficacia del traslado perseguida.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada existir una indebida valoración probatoria, puesto que, en el asunto de marras únicamente se tuvo en cuenta lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte cuando tal tópico no se puede tener como valor probatorio, salvo que sea confesión; por el contrario, lo que está demostrado es que el demandante recibió una asesoría precontractual.

Asimismo, indicó que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, por lo que, de proceder la ineficacia, existiría una vulneración al principio constitucional de sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 21 de marzo de 2000 (Fl. 123 – PDF 11 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró

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

Por otra parte, el aquí demandante señor LUIS CARLOS GONZÁLEZ ARENAS en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 2000 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada.

Por el contrario, lo que manifestó fue recordar que los asesores de PORVENIR S.A. le manifestaron que el ISS se extinguiría y que su mesada pensional sería mucho más benéfica en el Régimen de prima Media con Prestación Definida, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc., de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Al unísono, también debe advertirse que la falta de confesión del demandante guarda plena congruencia con el hecho de que el Representante Legal de

PORVENIR S.A. al momento de rendir interrogatorio de parte, no expuso alguna situación de asesoría al momento del traslado llevado por el señor LUIS CARLOS GONZÁLEZ ARENAS en el año 2000.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá adicionarse y modificarse de manera parcial.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que no gozó de prosperidad el recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 5 de julio de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **03 2020 00458 01**
Demandante:	LUIS EDUARDO ÁVILA SOTELO
Demandados:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado HERNÁN FELIPE JIMÉNEZ SALGADO, identificado con cédula de ciudadanía 79.899.841 y T.P. 211.401 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 15 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS EDUARDO ÁVILA SOTELO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1281 de 1994, declarándose a su vez que el régimen aplicable a su situación

pensional es el dispuesto en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Igualmente, se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de una pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, ante la exposición de sustancias comprobadamente cancerígenas y altas temperaturas, a partir del cumplimiento de los 40 años de edad.
Por consiguiente, se condene a COLPENSIONES el pago del retroactivo desde el 4 de agosto de 1997 y una aplicación de tasa de reemplazo equivalente al 90%, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, pago de intereses moratorios en los términos dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

De manera subsidiaria, pretende el pago de la indexación sobre el retroactivo y las mesadas adicionales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 4 de agosto de 1957, al igual que cotizó al sistema de seguridad social en pensiones dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 1873 semanas, de las cuales 1768 fueron cotizadas ejerciendo actividades al alto riesgo a altas temperaturas y exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas para la salud con el empleador CRISTALERÍA PELDAR S.A.

Que con la CRISTALERÍA PELDAR S.A. efectuó cotizaciones por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 1979 y el 16 de marzo de 2013, así como que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 15 años de cotizaciones al sistema pensional.

Mencionó que el 17 de octubre de 2013 elevó ante COLPENSIONES solicitud pensional por actividades de alto riesgo, entidad que a través de Resolución

GNR 71413 de 2014 negó el derecho prestacional, con el argumento de que no contaba con 60 años de edad.

Igualmente, que el 9 de marzo de 2015 solicitó nuevamente a la encartada pensión de alto riesgo, de allí que COLPENSIONES emitiera la Resolución GNR 114621 del 23 de abril de 2015 donde reconoció el derecho desde el 17 de marzo de 2013, con una tasa de reemplazo del 77.59%.

Que a razón de lo anterior, el 19 de marzo de 2020 solicitó la reliquidación de la pensión, la cual se negó a través de la Resolución SUB 173057 del 13 de agosto de la misma anualidad, argumentando que no ostentaba los requisitos del régimen de transición.

Por último, refirió que la misma CRISTALERÍA PELDAR S.A. certificó que por las labores desempeñadas por el periodo comprendido entre el 9 de enero de 2002 y el 16 de marzo de 2013, le efectuó cotizaciones de puntos adicionales del 6% y 10% de conformidad con lo establecido en el Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 2090 de 2003, aspectos todos por los que arguye le asiste derecho a que su prestación sea objeto de una tasa de reemplazo del 90%.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que el aquí demandante señor LUIS EDUARDO ÁVILA SOTELO no acreditó los requisitos exigidos en el artículo 6º del Decreto Ley 2090 de 2003 en lo referente a las 500 semanas de cotización exigidas para ser considerado como beneficiario del régimen de transición en los términos estatuidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo entonces improcedente reliquidar la prestación alegada y que le fuese reconocida mediante la Resolución GNR 114621 del 23 de abril de 2015.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación, de la improcedencia del reconocimiento y pago de los

intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, principio de buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de agosto de 2022 declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación formulada por COLPENSIONES, por lo que absolvió a esta última de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia inicialmente, no ser objeto de discusión que COLPENSIONES reconoció al demandante pensión de vejez por actividades de alto riesgo mediante Resolución GNR 114621 del 23 de abril 2015, con fundamento en el Decreto 2090 de 2003, prestación que se otorgó en cuantía inicial de $2.658.610 y una tasa de reemplazo del 77.59% a partir del 17 de marzo de 2003.

Seguidamente, arguyó que el artículo 8º del Decreto 1281 de 1994 reguló el régimen de transición frente a pensiones especiales, disponiendo que para la entrada en vigencia del mismo las mujeres debía acreditar 35 años o más si son mujeres o 40 años de edad o más si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, ello con la finalidad de adquirir prerrogativas del régimen anterior al cual se encontrasen afiliados.

Por tal razón, refirió que para definir si el demandante se encontraba cobijado por el régimen de transición y le fuese aplicable el Acuerdo 049 de 1990, debió acreditar 40 o más años de edad o 15 años o más de servicios cotizados al 23 de junio de 1994, calenda de entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994.

Que en tal sentido, el actor nació el 4 de agosto de 1957, por lo que al 23 de junio de 1994 contaba con 36 años de edad, 9 meses y 23 días; sin embargo, con la historia laboral se pudo establecer que para dicha calenda contaba con

912.97 semanas, acreditando un tiempo de cotización superior de los 15 años de servicio que establece la norma para acceder al régimen de transición, siéndole así aplicable el Acuerdo 049 de 1990.

Al unísono, expuso que para acceder a la pensión de vejez se necesitaba haber accedido a las actividades de alto riesgo que regula norma, por lo menos durante 500 semanas continuas o discontinuas, así como deben cumplirse los requisitos dispuestos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, esto es, acreditar más de 60 años si es varón o una densidad de cotizaciones mínimas de 500 semanas dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, a lo que se debe agregar lo preceptuado en el artículo 15 de la misma disposición normativa, que puntualiza que la edad de la pensión de vejez de los trabajadores de actividades de alto riesgo o sustancias cancerígenas, se disminuirán en un año por cada 50 semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras 750 semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad.

Bajo esta égida, coligió que, según las probanzas acreditadas al plenario, en conjunto con la historia laboral, el demandante se desempeñó al servicio de CRISTALERÍA PELDAR S.A. en labores varias y operador de máquinas quebradoras, y se consignó que no estuvo expuesto a altas temperaturas ni sustancias altamente cancerígenas entre el 9 de mayo de 1979 y el 8 de enero de 2002 en la Bodega Vidrio Plano.

Por otra parte, argumentó que, si bien se allegó la calificación de la ARL SEGUROS BOLIVAR del 19 de septiembre de 2018, posterior a la vinculación del actor con CRISTALERÍA PELDAR S.A., allí se determinó que las patologías padecidas eran de origen común, de allí que ante la ausencia probatoria, absolvió a la encartada de las súplicas de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló solicitando la revocatoria integral de la decisión de primer grado. Argumentó en su alzada que la Resolución GNR 114621 del 23 de abril de 2015 demuestra que la misma COLPENSIONES acreditó que en efecto las labores realizadas en todo momento al servicio de CRISTALERÍA PELDAR S.A. con exposición a altas temperaturas y con exposición de sustancias comprobadamente cancerígenas.

Al unísono, expuso que por el hecho de que en la historia ocupacional no se diga que las labores varias desarrolladas no fueron por exposición a alto riesgo, por dicha hipótesis no se puede concluir que no se haya ejecutado dicha actividad, pues según lo establecido en el mismo artículo del artículo 15 del Decreto 758 de 1990 y el Decreto 2090 de 2003, existen varias actividades de alto riesgo que pueden ser aplicables a un trabajador.

Por tal razón, la función de labores varias es una actividad que envuelve sustancias comprobadamente cancerígenas, tan es así que cuando COLPENSIONES efectuó el reconocimiento de la prestación en sede administrativa consideró que esa función de labores varias debía considerarse como tal y, por ende, debía ser imputada para semanas de esa catalogación.

Seguidamente, mencionó en su alzada que teniendo en cuenta los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el afiliado no debe asumir las consecuencias negativas ante la omisión o falta de pago de los aportes proporcionales por parte del empleador, máxime cuando precisamente ese fue el argumento para que COLPENSIONES reconociera la prestación por actividades de alto riesgo, como quiera que la entidad tuvo en cuenta la totalidad de las actividades desempeñadas al servicio de CRISTALERÍA PELDAR S.A. para el reconocimiento de la pensión.

Que resulta ilógico que por el hecho de que se le haya calificado una pérdida de capacidad laboral de origen común, que no se configure el rango de una exposición real, permanente y efectiva como trabajador, pues a lo largo del tiempo se ha demostrado que una de las mayores exposiciones es la Sílice,

siendo un factor de exposición de agentes químicos, de allí que sea procedente el pago de la mesada adicional de junio, junto con el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si resulta procedente el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional perseguida por el demandante con ocasión a la pensión de alto riesgo que en la actualidad viene percibiendo, ello bajo el entendido que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1281 de 1994, en concordancia con el artículo 15 del Decreto 758 de 1990.

De salir avante lo anterior, se establecerá la fecha de procedencia de la reliquidación pensional, la tasa de reemplazo, mesadas adicionales, pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación.

c. Del caso en concreto:

Previo al pronunciamiento de los problemas jurídicos a dilucidar, sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión los siguientes aspectos:

(i) Que el demandante señor LUIS EDUARDO ÁVILA SOTELO nació el 4 de agosto de 1957 según da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (Fl 18 – PDF 01 DEMANDA).

(ii) Que el demandante señor LUIS EDUARDO ÁVILA SOTELO efectuó cotizaciones por el periodo comprendido entre el 15 de julio de 1974 y el 31 de marzo de 2013 un total de 1873.57 semanas, de las cuales 576.8 fueron cotizadas a alto riesgo por parte de su empleadora CRISTALERÍA PELDAR como da cuenta copia de la historia laboral de COLPENSIONES actualizada al 10 de agosto de 2020 (Fls. 67 a 94 – PDF EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

(iii) Que COLPENSIONES mediante Resoluciones GNR 71413 del 3 de marzo de 2014 y VPB 13784 del 20 de agosto de 2014, inicialmente negó el reconocimiento y pago a favor del aquí demandante señor LUIS EDUARDO ÁVILA SOTELO de una pensión de alto riego (Fls. 24 a 29 – PDF 01 DEMANDA).

(iv) Que a través de Resolución GNR 114621 del 23 de abril de 2015, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez de alto riesgo al actor a partir del 17 de marzo de 2013 en cuantía inicial de $2.809.830. En el mentado Acto Administrativo, dispuso la entidad reconocer la prestación bajo el entendido que el demandante había acreditado un total de 1872 semanas, que para la anualidad 2015 contaba con 57 años de edad y que había logrado certificar que su empleadora CRISTALERÍA PELDAR S.A. había realizado cotizaciones adicionales por alto riesgo por el periodo comprendido entre el 9 de enero de 2002 y el 10 de marzo de 2013 de conformidad con lo establecido en los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003 (Fls. 31 a 36 – PDF 01 DEMANDA).

(v) Que COLPENSIONES luego de petición elevada por el demandante, en Resolución SUB 173057 del 13 de agosto de 2020, negó el reconocimiento de la reliquidación pensional por alto riesgo con el argumento de que no se logró acreditar el tiempo necesario sobre actividades de alto riesgo que conllevase a la reliquidación de la prestación (Fls. 38 a 50 – PDF 01 DEMANDA).

d. De la pensión de la pensión por actividades de alto riesgo:

Para el análisis de la reliquidación perseguida, pertinente resulta inicialmente poner de presente que el artículo 8º del Decreto 1281 de 1994, publicado en

el Diario Oficial No. 41403 del 23 de junio de 1994, dispuso acerca del régimen de transición lo siguiente:

> *"**ARTICULO 8o. REGIMEN DE TRANSICION PARA ACCEDER A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ.** La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.*
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión especial de vejez referida en el inciso anterior a quienes les faltase menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del Indice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
>
> *Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia del presente decreto, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio delo devengado en los dos (2) últimos años.*
>
> *Este régimen de transición no será aplicable cuando el afiliado se acoja voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.*
>
> *Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido le régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, entendido como tal el administrado por el ISS, o cualesquiera otra Caja o Fondo Previsional público o privado."*

En tal sentido, como lo sostuvo la operadora de instancia, para acceder al régimen transicional de la pensión especial por alto riesgo, debía acreditar el demandante los requisitos de (i) 40 a más años de edad o, (ii) 15 años o más de servicios cotizados al 23 de junio de 1994, calenda en que entró en vigencia el mentado Decreto 1281 de 1994.

Así las cosas, el actor atendiendo la edad no era beneficiario del régimen transicional, como quiera que, según se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía al 23 de junio de junio de 1994 contaba con 36 años de edad en la

medida que nació el 4 de agosto de agosto de 1957; no obstante, acreditó el segundo requisito ya que al referido 23 de junio de 1994 contaba con 912.97 como lo advierte la correspondiente historia laboral, esto es, más de 15 años de servicios, tópico que a su vez conlleva a que le sea aplicable en principio el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (Fls. 67 a 94 – PDF EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Ahora, el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 dispone que para acceder a la pensión de vejez los hombres deberán acreditar (i) 60 años de edad y, (ii) un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotizaciones sufragadas en cualquier tiempo.

A su vez, el artículo 15 del mismo decreto establece:

> *"**ARTÍCULO 15. PENSIONES DE VEJEZ ESPECIALES.** La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:*
>
> *a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;*
>
> *b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;*
>
> *c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,*
>
> *d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.*
>
> *PARÁGRAFO 1. Para la aplicación de este artículo, las dependencias de salud ocupacional del ISS calificarán, en cada caso, la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición.*
>
> *PARÁGRAFO 2. La Dirección General del Instituto mediante resolución motivada podrá ampliar y actualizar las causas que originan pensiones*

de vejez especiales previo concepto técnico de la Subdirección de Servicios de Salud o a través de la División de Salud Ocupacional."

Es claro que el artículo 15 del Decreto 758 de 1990, regula un tope de mínimo 750 semanas de actividades de alto riesgo para poder adquirir el régimen transicional, al punto que también resulta poner de presente que el Decreto 2090 de 2003 estipuló unos requisitos para acceder al régimen de transición antes de su entrada en vigencia, es decir, hasta el 28 de julio de 2003, calenda en que se publicó a través de diario oficial No. 45262 del 28 de junio de 2003, puesto que allí en el artículo 6º se establecieron ciertas reglas:

*"**ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.*

***PARÁGRAFO.** Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003."*

En síntesis, para el reconocimiento de la prestación a la luz del régimen transicional, debió el actor haber (i) haber cotizado mínimamente 500 semanas continuas o discontinuas en actividades de alto riesgo antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, (ii) un mínimo de 500 semanas de cotizaciones en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas en cualquier tiempo y, (iii) 60 a más años de edad si es varón que se disminuirá en un año por cada 50 semanas de cotizaciones acreditadas con posterioridad a las primeras 750 semanas que en todo caso no puede ser inferior a los 50 años de edad.

Bajo esta égida, la Sala pone de presente que yace dentro del expediente administrativo del demandante y que fuese allegado por COLPENSIONES,

certificación calendada el 10 de marzo de 2015 que expidiera la empleadora CRISTALERÍA PELDAR S.A., donde la empleadora certificó lo siguiente (Fls. 13 a 14 – PDF 07 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO):

*"**AFILIADO: LUIS EDUARDO ÁVILA SOTELO***

Fecha de Ingreso a la Empresa: Mayo 09 de 1979

Cargos desempeñados

1. Labores varias

Del 09-05-1979 al 08-01-2002

Responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales. Como su nombre lo indica, ejecuta labores varias que deben realizarse en cualquiera de las dependencias de la planta; es un colaborador y ayudante de otras personas en toda clase de trabajos que le sean asignados.

Con que lo realizó: Con las manos, escobas, traperos, papel, movimientos de cajas, etc.

Sitio donde se realiza la labor: En el área de Bodega y Vidrio Plano.

Materiales y Máquinas en ese lugar: Galerías para la ubicación de láminas de vidrio plano, tractor, vogues para recoger retal de vidrio, cajas, papel.

2. Operador Máquinas Quebradoras:

Del 09-01-2002 al 10-03-2013

Responsable por evacuar el vidrio producido por las máquinas de vidrio plano, para lo cual ejecuta las siguientes operaciones: Operar rayador automático, operar quebrador automático, operar el carrusel y la empapeladora. Quebrar manualmente cuando sea necesario. Transportar láminas de vidrio manual o sistema de ventosa colocándolas en el sitio y posición determinada, revisar el buen estado y calidad de la producción, responsable por solicitar la oportuna reparación de los equipos y el cambio de rodajas.

Con qué la realiza: Trabajando con las manos, guantes, delantal de carnaza, polainas, magas de lona, gafas casco y botas de seguridad.

Sitio donde se realiza la labor: Salón de quebrado, en el área de Formación Vidrio Plano.

Materiales y Máquinas en ese lugar: Máquinas formadoras y quebradoras de vidrio, material de trabajo el vidrio, carrusel, carretillas, burros para movimiento de producción.

Para todos los cargos relacionados, la jornada laboral es de 8 horas diarias, con descansos rotativos cada semana y con cambios de turno cada quince (15) días, hasta febrero de 2002 y en adelante, cada 8 días.

La actividad económica de la Empresa es la fabricación de artículos de vidrio.

La anterior información fue obtenida teniendo en cuenta la hoja de vida y la descripción de oficios que tiene la Empresa."

Asimismo, se aprecia de la historia laboral que el demandante acreditó un total de 1872.93 semanas comprendidas entre el 15 de julio de 1974 y el 31 de marzo de 2013, de las cuales 576.85 semanas fueron acreditadas con tarifa de alto riesgo por parte de la empleadora CRISTALERÍA PELDAR S.A. que abarcó el interregno desde el mes de octubre de 2001 hasta el mes de marzo de 2013.

Significa lo anterior que las únicas semanas de alto riesgo fueron debidamente certificadas por la empleadora CRISTALERÍA PELDAR S.A., esto es, la suma de 576.85 semanas, no se acreditaron con anterioridad de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, de allí que el demandante no tenga derecho a ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora, en este punto, la apelación del actor gravita entorno en que las semanas comprendidas entre el 9 de mayo de 1979 y 8 de enero de 2002 debieron ser cotizadas por parte de CRISTALERÍA PELDAR S.A. bajo la égida de alto riesgo, por cuanto la actividad de labores varias comprenden tal aspecto, sumado al hecho que COLPENSIONES cuando reconoció la pensión de vejez, determinó que todos los periodos cotizados por parte de esa empleadora habían constituido una actividad de alto riesgo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido el criterio que en tratándose de actividades de alto riesgo, específicamente en altas temperaturas, no basta con acreditar que los servicios

prestados se llevaron en una empresa calificada en ese tipo de actividades, sino que además debe probarse que el trabajador estuvo expuesto a altas temperaturas, así se pronunció la Alta Corporación en sentencia SL1320-2023, Radicación No. 95260 del 14 de junio de 2023, en la que indicó:

> *"Adicionalmente, cuando el colegiado hizo alusión a que el asalariado permaneciera en un 100% sometido a altas temperaturas, con tal expresión quiso significar que no podía ser una exposición esporádica, sino que debía haber permanencia, lo cual encuentra respaldo en lo dicho por esta Sala en fallo CSJ SL13995-2016, donde se reiteró:*
>
> *En ese orden, si lo que justifica la existencia de un régimen especial en materia de pensión de vejez, es la exposición a condiciones laborales de riesgo extremo, como es el caso de las altas temperaturas, es de sana lógica interpretar que solo en los eventos en que como consecuencia del oficio asignado, el trabajador permanece en el ambiente laboral riesgoso durante el tiempo exigido por la norma legal, será viable el reconocimiento de la pensión especial, pues de no, se estaría en presencia de un trato privilegiado en beneficio de aquellos trabajadores que simplemente laboran en una empresa como la demandada, por el solo prurito de prestar servicios allí, pero que no se vieron expuestos a altas temperaturas en desmedro de todos los demás, que deben cotizar durante un lapso superior."*

En sentencia SL1245-2023, Radicación No. 95775 del 30 de mayo de 2023, la Corporación puntualizó la necesidad del análisis de cada caso en concreto en aras de orientar si las actividades desarrolladas cumplían con los estándares de conllevaras probatoriamente al efectivo riesgo de alto riesgo en el desempeño de las labores:

> *"Evidentemente, el argumento es insuficiente, pues parte de un supuesto que no quedó demostrado en las instancias, y que tampoco acredita ahora en el recurso extraordinario, como lo es que el demandante hubiera estado expuesto a altas temperaturas. Pero, más aún, supone que por el solo hecho de tratarse de una empresa siderúrgica, todos los trabajadores que laboren en ella se ven expuestos a ese riesgo, siendo que, tal como en incontables ocasiones lo ha dicho esta Corporación, ni siquiera el hecho de que la empresa esté calificada como de alto riesgo es suficiente para que surja automáticamente a favor de sus operarios el derecho a la prestación especial de vejez, «[…] ya que no todos los trabajadores se encuentran sometidos al riesgo máximo de la empresa, y por ello es imperativo demostrar individualmente la situación de alto riesgo de cada operario» (CSJ SL3385-2020 y SL1054-2022)."*

Es por ello, que no puede pretenderse en el asunto *sub examine* que el actor estimara que por el hecho de que hubiese laborado al servicio de CRISTALERÍA PELDAR S.A. desde el año 1979 hasta el 2013, automáticamente tuviese que presumirse que estuvo en todo momento expuesto a altas temperaturas, inclusive por haber desempeñado el cargo de Labores Varias desde el año 1979 hasta el mes de agosto enero de 2002 como así lo arguye en el recurso de alzada, pues claro es el postulado jurisprudencial en precisar que la actividad no opera simplemente por el hecho de que la empresa tenga este giro ordinario en sus labores, aspecto que por demás se ha venido analizando en el tiempo en decisiones como la SL1319-2023, Radicación No. 94970 del 15 de mayo de 2023, SL1095-2023, Radicación No. 92114 del 25 de abril de 2023, SL622-2023, Radicación No. 78709 del 28 de marzo de 2023, entre otras.

Otro aspecto de inconformidad expuesto por el demandante, es que aduce que COLPENSIONES aceptó en los actos administrativos proferidos que las cotizaciones de toda la relación laboral con la CRISTALERÍA PELDAR S.A. fueron bajo exposición de alto riesgo, aspecto que no es de recibo, ya que inclusive en la Resolución GNR 114621 del 26 abril de 2015 la entidad refirió que la pensión de vejez a razón de cotizaciones de alto riego se comprendió entre el 9 de enero de 2002 y el 10 de marzo de 2013, lo que denota más aún la falta de acreditación de las 500 semanas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003.

Y si en gracia de discusión no fuese suficiente lo hasta aquí expuesto, teniendo en cuenta lo estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. en lo referente a la libre formación del convencimiento por parte del Juez Laboral, los dichos de la entidad y la certificación laboral, pruebas ya analizadas en precedencia, a juicio de la Sala no resultan ser documentos suficientes para acreditar actividades de alto riesgo con anterioridad al año 2002, situaciones todas que conllevan a que la sentencia de primera instancia sea confirmada en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el recurso de apelación no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **03 2022 00423 01**
Demandante:	MARÍA CRISTINA TROYA MOSQUERA
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado LUIS ALEJANDRO TAPIAS QUINTERO, identificado con cédula de ciudadanía 1.015.436.556 y T.P. 287.154 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 22 de junio de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA CRISTINA TROYA MOSQUERA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare que

estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS hoy COLPENSIONES, hasta marzo de 2004, e igualmente se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó a través de PORVENIR por falta al deber de información.

Consecuencialmente, pretende se condene a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES las cotizaciones, junto con los dividendos y rendimientos financieros, así como los costos generados por concepto de administración. A su vez, se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el régimen que administra, actualice su historia laboral con las cotizaciones transferidas por PORVENIR S.A., y se condene a las demandadas en costas y agencias en derechos, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

En subsidio pretende se declare que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS hoy COLPENSIONES hasta marzo de 2004, e igualmente se declare la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó por medio de PORVENIR S.A. por falta al deber de información.

En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES las sumas que recaudó por concepto de cotizaciones, junto con los dividendos y rendimientos financieros, así como los costos generados por concepto de administración. Se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el régimen que administra y registre en su historia laboral el detalle de las cotizaciones transferidas por PORVENIR S.A. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, más lo *ultra y extra petita* y las costas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de junio de 1966 y desde 1994 estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS hoy COLPENSIONES. Añadiendo que en el año 2004 fue trasladada al régimen de ahorro individual con solidaridad por PORVENIR, sin que se contara con su consentimiento libre y voluntario para dicho traslado, ya que no fue contactada por ningún asesor del fondo privado para asesorarla sobre el

traslado, precisando que no suscribió el formulario de afiliación, el cual solo obtuvo recientemente.

Relató que desde 2004 se encuentra afiliada a PORVENIR sin que se le hayan explicado los riesgos, beneficios, ventajas y desventajas de trasladarse de régimen de pensiones y sin realizar una proyección pensional y las que se le explicaran las modalidades de pensión. Asimismo, expuso que solicito a las encartadas la nulidad o ineficacia de su afiliación al fondo privado y su reactivación en el régimen de prima media, pedimentos que fueron negados. (f. 3 a 21 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que las pretensiones de la demanda atentan de forma directa contra la sostenibilidad financiera del régimen, al tener que recibir el traslado de la actora que por ley está prohibido, a razón de su edad según las disposiciones de la Ley 797 de 2003, luego, no existe obligación de recibir los gastos, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales.

Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 2 a 19 archivo 03).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del *petitum*, aduciendo que la decisión de la gestora de pertenecer al régimen de ahorro individual fue libre y consciente, quien tomó la decisión el 3 de marzo de 2004 de afiliarse a ese fondo por medio del formulario de afiliación N°02000126, luego de habérsele informado con claridad de los criterios pensionales y características de ambos regímenes, tal como lo estipula la Ley 100 de 1993.

Formuló como medios exceptivos los de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 2 a 37 archivo 04).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de junio del 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante MARIA CRISTINA TROYA MOSQUERA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de marzo de 2004, para entender válidamente vinculada a la demandante en régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá trasladar a COLPENSIONES todos los descuentos realizados durante el tiempo de permanencia de la demandante por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales, y el porcentaje destinado para constituir el fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúe la AFP PORVENIR S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante MARIA CRISTINA TROYA MOSQUERA, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.*
>
> *QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, las que se tasan en la suma de DOS MILLONES ($2.000.000) DE PESOS MCTE, a cargo de cada una. (…)"*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó que el problema jurídico a resolver consistía en verificar la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen como consecuencia de la falta de información. Seguidamente, al hacer mención a las pruebas que obran en el plenario, señaló que se podía constatar que el traslado de régimen de la promotora se dio el 3 de marzo de 2004, agregando que, de la declaración rendida por la accionante, no se advierte confesión frente al suministro de una debida información, toda vez que no cumplió con los requisitos exigidos del artículo 191 del C.G.P.

Añadió, que para la fecha del traslado ya existían normas que imponían la obligación de los fondos de brindar una información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de ambos regímenes pensionales, resaltando normas tales como, el numeral 1° artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, además, agrego que la doctrina del precedente vertical emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, fue dando alcance e interpretación a esas normas, así, en sentencia de 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989, se concluyó que la carga de prueba está en cabeza de las administradoras de pensiones y que la firma libre y voluntaria del formulario de afiliación no era suficiente para dar cumplimiento al deber de información; así mismo, los traslados horizontales, las re asesorías y el hecho de no haber retornado en los tiempos establecidos por la ley, no convalidan el vicio de ineficacia que arrastra el acto inicial del traslado de un régimen a otro;

Concluyendo que en el asunto *sub-examine,* no se logró demostrar el cumplimiento al deber de información por parte de PORVENIR S.A., declarando la ineficacia del traslado de la demandante, ordenando a PORVENIR S.A. trasladar todos los emolumentos a COLPENSIONES que son consecuencia de esa decisión, declaró no probadas las excepciones de inobservancia del principio de sostenibilidad financiera y prescripción, y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, manifestó que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro

individual con solidaridad fue completamente válida ya que se trasladó de forma espontánea y libre, lo que corrobora con el prolongado tiempo de permanencia en el fondo privado, además se ciñó a lo expuesto en la Ley 797 2003 dado que la actora ya estaba próxima a la edad de pensión y es un tercero que ha actuado de buena fe por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que

denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro*

pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no*

beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través PORVENIR S.A. el 3 de marzo de 2004, vinculación que se hizo efectiva el 1º de mayo de esa anualidad según certificación expedida por el fondo privado el 10 de diciembre de 2022. (f. 84 y 118 archivo 04). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

La representante legal de la demandada PORVENIR S.A., MONICA ESPERANZA TASCO MUÑOZ en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que adicional al formulario de afiliación no existe otro documento que dé cuenta de la

asesoría brindada a la demandante al momento del traslado de régimen, calenda para la cual no se exigía realizar proyecciones pensionales.

Por otra parte, la demandante MARÍA CRISTINA TROYA MOSQUERA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que no diligenció ni suscribió el formulario de afiliación que dio lugar a su vinculación con PORVENIR, y solo se dio cuenta del traslado tiempo después, por lo que hasta 2021 presentó un derecho de petición para pedir que la devolvieran a COLPENSIONES, fecha en la cual tuvo acceso al formulario concluyendo que la información que allí reposa debió obtenerla del empleador de esa época, agregando en algún momento la llamó un asesor del fondo para decirle que se podía pensionar anticipadamente con un valor adicional.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2004, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia

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

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

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

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

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

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

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que*

en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se

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

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

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

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

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

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

administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

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

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

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

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

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

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

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

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida 22 de junio del 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada PORVENIR S.A. a pagar a COLPENSIONES debidamente indexados al momento de su devolución los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **06 2018 00560 01**
Demandante:	ALVARO LOPEZ ESTEBAN
Demandado:	COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA – OMEGA LTDA.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2022 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALVARO LOPEZ ESTEBAN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA – OMEGA LTDA., con la finalidad que se declare que sostuvo un contrato de trabajo con la demandada, el cual se pactó de manera verbal y estuvo vigente entre el 1º de noviembre de 2001 y el 30 de junio 2018, desempeñando el cargo de conductor y devengando como último salario la suma de $1.517.000.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a la accionada al pago del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima

de servicios, vacaciones y el auxilio de transporte causados del 1º de noviembre de 2001 al 10 de marzo de 2017 sobre un salario de $1.517.000. Igualmente, se condene al pago de las horas extras, los recargos diurnos y nocturnos que se causaron del 1º de noviembre de 2001 al 30 de junio de 2018.

A su vez, se condene al pago de la sanción por no consignación de las cesantías generadas del 1º de noviembre de 2001 al 31 de diciembre de 2017, junto con los aportes al sistema de seguridad social integral por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2012 al 10 de marzo de 2017; más la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones indicó que el 1º de noviembre de 2001 pactó un contrato verbal con la demandada, para desarrollar el cargo de conductor de bus intermunicipal devengando como salario el mínimo mensual legal vigente, el cual finalizó el 30 de junio de 2018. Añadió que la enjuiciada desde el inicio de la relación se abstuvo de pagar los salarios, el auxilio de transporte, las cesantías, los intereses sobre las cesantías, la prima de servicios y las vacaciones causadas entre el 1º de noviembre de 2001 y el 10 de marzo de 2017.

Asimismo, sostuvo que el 11 de marzo de 2017 la demandada decidió formalizar de manera escrita la relación contractual que habían pactado verbalmente desde el 1º de noviembre de 2001, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, empero, estableció como fecha de inicio de labores el 10 de marzo de 2017, siendo su cargo el de conductor del vehículo de número interno 8417, pese a que desde 2001 había conducido los vehículos afiliados a la convocada a juicio identificados con los números 2845, 7045, 5914, 8071, 8045, 8016, 8097 y 10074, el cual corresponde al último vehículo que condujo.

Señaló que el salario acordado el 11 de marzo de 2017 fue de $1.106.575 y el lugar donde desarrollaría sus labores serían las rutas establecidas por la empresa demandada a nivel nacional, narrando que en vigencia de la relación laboral no se le entregó dotación, como tampoco le pagaron horas extras, dominicales, y recargos diurnos y nocturnos, además, enfatizó que su jornada laboral era de 6:00 p.m. a 10:00 a.m.

De otro lado, relató que el 30 de junio de 2018 dio fin a la relación laboral través de renuncia, siendo liquidadas las acreencias causadas del 10 de marzo de 2017 al 30 de junio de 2018, desconociendo la pasiva el contrato pactado de forma verbal desde el 1º de noviembre de 2001 por medio del cual desempeñó el mismo cargo y funciones hasta el fin de la relación, esto es, hasta el 30 de junio de 2018. Finalmente, mencionó que la demandada no pagó aportes al sistema de seguridad social desde el 1º de febrero de 2012 al 10 de marzo de 2017. (f. 4 a 14 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada OMEGA LTDA. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que entre las partes no existió un contrato de trabajo entre el 1º de noviembre de 2001 y el 17 de marzo de 2017. No obstante, aceptó que mantuvo un vínculo laboral con el gestor entre el 11 de marzo de 2017 y el 30 de junio de 2018, en el cual éste desempeñó el cargo de conductor del vehículo con numero interno 8417.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó como pago correspondiente al valor de pensiones, cesantías, riesgos profesionales a favor del trabajador durante el tiempo que prestó sus servicios, inexistencia de la relación laboral, pago total de la obligaciones laborales, prescripción, buena fe, temeridad o mala fe y la genérica o innominada. (f. 83 a 93 archivo 01)

El Juzgado de origen, por auto de 9 de mayo de 2022 dispuso integrar al contradictorio, en calidad de litisconsorte necesario a la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE – OSTI CTA. La cual al

contestar la demanda dijo estar inhibida para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, en tanto ninguna se dirigió en su contra, sin embargo, de encontrarse probado que adeuda alguna suma a razón del vinculo contractual que la unió con el actor, debe declararse prescrita. (archivos 24, 25 y 29)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de diciembre de 2022, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Para arribar a dicha conclusión, la *a quo* refirió que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si entre las partes existió un único contrato de trabajo entre el 1º de noviembre de 2001 y el 30 de junio de 2018. En virtud de lo anterior, precisó que en el trámite procesal no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre del 11 de marzo de 2017 y el 30 de junio de 2018.

Agregó, que la demandada sostuvo que con anterioridad a dicho contrato el gestor estuvo vinculado con esa cooperativa de transporte desde el mes de julio, agosto o septiembre de 2001 en calidad de propietario de un vehículo que afilió a esa cooperativa y que como propietario del automotor condujo el vehículo de forma esporádica, sin cumplir órdenes o directrices de esa encartada, condición de asociado que mantuvo hasta el año 2016, además, refirió que lo afilió al sistema de seguridad social a razón de un beneficio que se da a los asocios por conducto de OSTI y de la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTE, lo que se refleja en la historia laboral del gestor que expidió COLPENSIONES y la certificación que emitió la ARL AXA COLPATRIA.

De otro parte, la Juez de instancia mencionó que obra en el plenario una certificación expedida por OSTI en la que indica que el promotor se desempeñó como conductor de vehículos de transporte intermunicipal en misión para OMEGA, del 1º de septiembre de 2012 al 1º de junio de 2014 recibiendo un

salario de $616.000 bajo total subordinación según las funciones que se indican en ese documento.

Además, relató que el testigo JAIME RUIZ ARANDA indicó que se vinculó con la demandada hacia 1972 y 1974 o 1975 como socio en calidad de propietario de un vehículo afiliado esa empresa, condición en la cual tuvo la potestad de manejar los vehículos y pertenecer a su vez a la junta directiva, aclarando que los socios pueden manejar los vehículos cuando lo desean sin que la cooperativa imparta una directriz, pues cuando no quieren manejar el vehículo envían un conductor o un relevador.

Igualmente, refirió que el actor se vinculó con la demandada en 2001 o 2002 como propietario del 50% de un vehículo, condición en la que permaneció por espacio de dieciocho años aproximadamente, aclarando que en inicio ingresó como conductor y luego como socio, y que en esta última condición fungió como miembro de la junta directiva y detentó la calidad de miembro del consejo administrativo por espacio de 10 años y que también perteneció a la junta de vigilancia, siendo afiliado por parte de la encartada por conducto de OSTI al sistema de seguridad social como beneficio que se adoptó en asamblea para los socios.

Narró que entre los años 2001 y 2017 el actor realizó viajes, pero no de forma permanente, pues es costumbre que los propietarios presenten al conductor a la empresa para celebrar el contrato respectivo, mismo periodo en el que gestor tuvo la facultad de solicitar vales por diferente montos imputables al producido del vehículo.

A su turno, el demandante en su declaración aceptó su condición de socio de la cooperativa demandada desde 2001 a 2016, como propietario de un vehículo afiliado a la misma, además, expuso que fue conductor de la accionada y participó como asociado en asambleas de la cooperativa, sin embargo, indicó que no tiene conocimiento de la afiliación de los asociados al sistema de seguridad social a través de OSTI. Agregó que la demandada por conducto del jefe de rodamiento le asignó las rutas, horarios y destinos como conductor,

actividad por la cual recibió el producido del vehículo como propietario, pero no percibió remuneración.

El testigo FRANCISCO CARVAJAL TORRES dijo que prestó sus servicios como conductor a la demandada desde 2001 hasta 2012, aclaró que hasta 2006 la seguridad la pago OSTI y después fue contratado directamente por la accionada. A su vez refirió que conoció al actor como propietario de vehículos y que como relevador manejó entre otros el vehículos el del demandante. De otro lado, expuso que el actor cubrió rutas nocturnas asignadas por OMEGA.

La falladora de instancia indicó sobre las documentales que aportó el citado testigo y que obran a folios 147 a 193, que las tasas de usos vendidas al actor por el terminal de transporte de Bucaramanga desde mayo de 2003 al 15 de diciembre de 2017, no prueban que haya conducido el vehículo afiliado a OMEGA en ese periodo, más si se tiene en cuenta que el testigo JAIME RUIZ dijo que esa tasas se venden a nombre del propietario del vehículo, para lo cual se debe exhibir la tarjeta de operación y la de propiedad del automotor, además se registra un conductor diferente al demandante como se observa de folios 154 a 163, en cuanto a la certificaciones expedidas por la terminal de San Gil, indicó que no prueban la prestación del servicio; precisando sobre los exámenes de alcoholemia que solo los de 25 y 31 de enero de 2016 coinciden con el registro de conducción del actor de folio 168, y que la afiliación a seguridad social no es prueba del vínculo laboral, ni de las fechas de ingreso y retiro conforme lo ha señalado la CSJ en sentencia No. 32735 de 28 de mayo de 2008.

La *a quo* al referirse nuevamente a la certificación emitida por OSTI, señaló que de la misma se puede establecer que el gestor prestó sus servicios a esa sociedad en misión para OMEGA del 1º de septiembre de 2012 al 1º de junio de 2014, con absoluta dependencia jurídica de éste frente a esa sociedad; sin embargo, no se acreditó la prestación personal del promotor a la demandada en su condición de conductor por el periodo anterior y posterior a los extremos antes referidos, de modo tal, que no se puede concluir que prestó sus servicios de forma continua desde el 1º de noviembre de 2001 al 10 de marzo de 2017,

deficiencia que conlleva a la absolución de la demandada. En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por la encartada, adujo que las acreencias derivadas del vínculo anterior, es decir, del 1º diciembre de 2012 al 1º de junio de 2014 prescribieron, por último condenó en costas al actor.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante presentó recurso de apelación, señalando que se probó en el trámite procesal que la relación que existió entre las partes desde el inicio corresponde a un contrato realidad y que el único y verdadero empleador fue la demandada OMEGA LTDA, quedando claro que el actor operó un vehículo de su propiedad en la calidad de conductor de servicios intermunicipal desde las diferentes terminales del país, todo al servicio y ordenes de dicha demandada, la cual de manera engañosa pretendió desentenderse de sus obligaciones como empleador afiliando al gestor a través de OSTI, entre otras, sociedades para las cuales nunca presto sus servicios el actor. Sin que se pueda pretender que el actor por el hecho de ser dueño del bus pierda sus derechos como trabajador por ser propietario del vehículo. También dijo que de los reportes de la terminal de Bucaramanga se observa que Giovanny Chamorro nunca fue propietario, siempre fue conductor y acompañó al actor en las terminales.

IV. CONSIDERACIONES:

1. Trámite de segunda instancia:

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

2. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si entre el demandante y la demandada OMEGA LTDA, se

constituyó una única y verdadera relación laboral desde el 1º de noviembre de 2001 al 30 de junio de 2018.

3. De la existencia de la relación laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

De la misma, y acorde con el tema objeto de debate que concita la atención de la Sala, imperioso resulta traer a colación lo regulado en el artículo 34 del C.S.T., que señala sobre los contratistas independientes:

> *"ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.*
>
> *1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de*

la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas."

En lo atinente al simple intermediario la norma indica:

ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4479-2020, Radicación No. 81104 del 4 de noviembre de 2020, frente al tema de la simple intermediación adujo:

"***1. La tercerización laboral***

Desde un punto de vista amplio, la tercerización laboral, outsourcing o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.

En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible.

Ha dicho la Corte que la tercerización laboral en Colombia es «un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas», siempre que se funde «en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero». Por tanto, «no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaboralizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades» (CSJ SL467-2019).

2. La tercerización laboral a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST): presupuestos y desviaciones

En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva» (subraya propia).

Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo

su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de ***cooperativas de trabajo asociado****, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas." (Negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, es de destacar que las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados, según lo regulado principalmente, en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015, ello en consonancia con lo referido en el artículo 70 de la Ley 79 de 1988.

El artículo 2.2.8.1.12 *ejusdem,* consagra que las relaciones entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados, por ser de naturaleza cooperativa y solidaria, estarán reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones, y en consecuencia, no se rigen por las disposiciones laborales, máxime que las Cooperativas de Trabajo Asociado han sido creadas con el fin de que los socios cooperados se reúnan libre y autónomamente, y son los mismos asociados quienes organizan las actividades de trabajo, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización.

Lo anterior, por cuanto así mismo determina el referido Decreto, que la contratación que se realice con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado, no puede tener como objeto el disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales, bien porque estas actúen como simples intermediarias en aquella relación contractual ejercida en favor de aquellos terceros o funjan como supuestas empresas de servicios temporales, suministrando personal para ejecutar labores del giro ordinario de aquellas empresas contratantes.

Bajo ese derrotero, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha dejado sentado que en caso de constatarse que la empresa contratante de la C.T.A, realmente fungió como verdadero empleador y que la C.T.A fue una mera intermediaria, ambas deberán responder de forma solidaria sobre el particular en sentencia SL-539, con Radicado 79771 del 12 de febrero del 2020, indicó:

> *"En primer lugar, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, es también una fuente normativa de la cual emerge la prohibición de ocultar relaciones laborales a través de figuras jurídicas empleadas con el único fin de defraudar los derechos laborales de los trabajadores, llámense cooperativas, sociedades comerciales, empresas unipersonales o contratos mercantiles. Cuando surge un pleito, es precisamente este principio medular del derecho del trabajo, el que ofrece respuesta sobre quién es el verdadero empleador o de dónde proviene la subordinación y dirección del trabajo, sobre todo cuando de relaciones triangulares o multipartitas se trata.*
>
> *"En segundo lugar, el juez plural obvió que aún para la época de contratación del demandante e incluso desde su creación, las cooperativas tenían la obligación de operar de manera independiente y autogestionaria en la prestación de servicios a terceros (artículos 4 y 5° de la Ley 79 de 1988). Esto quiere decir que deben contar con autonomía directiva, técnica, financiera, ser poseedoras de los medios de producción y autogestionar los servicios que presten a los usuarios, pues, de lo contrario, serán un simple intermediario o una persona interpuesta que, al carecer de una estructura empresarial,* ***deberán responder solidariamente con la empresa principal****" (Negrillas fuera de texto).*

4. Del caso en concreto:

Acorde con lo expuesto, procede la Sala a verificar la existencia del contrato de trabajo que alega el actor sostuvo con la demandada COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA – OMEGA LTDA., desde el 1º de noviembre de 2001 al 30 de junio de 2018.

Para el efecto obra en el plenario contrato de trabajo, comprobantes de pago, la liquidación de acreencias laborales, carta de renuncia que presento el gestor a la demandada el 27 de junio de 2018, certificación laboral expedida por la encartada el 30 de junio de 2018, que dan cuenta de la existencia del contrato de trabajo a término indefinido pactado entre las partes del 11 de marzo de 2017 al 30 de junio de 2018, en la que el actor desempeñaría el cargo de conductor 8417 y devengaría una asignación salarial de $1.106.575, aspectos sobre los cuales no existe controversia al respecto. (f. 40 a 58 y 94 a 139 archivo 01)

Por su parte, la litisconsorte necesaria OSTI CTA expidió certificación el 6 de septiembre de 2021 en la que indica que el actor estuvo vinculado a esa Cooperativa realizando aportes como trabajador asociado, desempeñando el cargo de conductor de vehículos de transporte intermunicipal de pasajeros en misión para la empresa OMEGA LTDA., del 1º de septiembre de 2012 al 1º de junio de 2014, en la cual relaciona las funciones que desarrollo para esa cooperativa. (f. 22 a 31 archivo 25)

De la misma forma, se recibió el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada OMEGA LTDA, señora VIVIANA FORERO GOMEZ quien dijo no conocer al actor y solo tiene referencia del mismo por la presente demanda; relató que el demandante estuvo vinculado laboralmente con esa demandada de 2017 a 2018 y conocía que hace varios años podían cotizar por medio de OSTIN a OMEGA; igualmente, precisó que el promotor era asociado de la COOPERATIVA OMEGA junto con su hermano, esa condición que se adquiría por tener un vehículo afiliado a esa empresa, por lo que sabe que eran propietarios de un vehículo.

Además, refirió que el actor condujo su vehículo de forma irregular en algunas ocasiones, en calidad de propietario del vehículo, y que no recibió salario ni cumplió una ruta, sin que antes de 2017 existiera un vínculo ni recibiera instrucciones. Posteriormente, expuso que en ese lapso como asociados tenían el beneficio de estar afiliados a seguridad social por intermedio de OMEGA. Reiterando que la relación laboral se dio de 2017 a 2018.

El demandante en el interrogatorio de parte que depuso indicó que fue asociado de la demandada OMEGA de septiembre de 2001 a junio de 2016, y participó en las asambleas de esa cooperativa, a la cual afilió un vehículo de su propiedad con número interno 2845 del cual fue conductor, agregando que no tuvo conocimiento que por el hecho de ser asociado fuera afiliado a seguridad social por acuerdo de asamblea a través de OMEGA o de OSTIN, exponiendo que de 2017 en adelante no le pagaron cesantías, y que no realizó reclamos por la falta de pago de salarios de 2001 a 2016. Que la empresa le asignó rutas por parte del jefe de rodamiento y que recibió producido por el rodamiento del carro, pero no salarios de 2001 a 2018.

El testigo FRANCISCO CARVAJAL TORRES aseveró que laboró para la demandada de 2001 a 2012 como conductor, precisando que pagaba seguridad social hasta 2006 a través de OSTI y en adelante fue contratado directamente por OMEGA. Que conoce al gestor por cuanto le ayudó a vincularse a OMEGA en 2001 y que le consta que era conductor y propietario del vehículo de número 2845, 7046 y el 8045; que él fue relevador del vehículo del actor y que la empresa le asignaba las rutas al gestor.

No le consta si existía un acuerdo entre OMEGA y OSTI para afiliar a los asociados a seguridad social, y que el demandante recibió órdenes de operaciones, quienes les autorizaban los servicios y las rutas a cada conductor, y que estos a su vez pueden ser asociados y que no sabe si al actor le pagaban salarios.

Por su parte, el testigo JAIME RUIZ ARANDA manifestó que fue conductor y es socio de la COOPERATIVA OMEGA; que inició como conductor en 1972 y hacia

1974 o 1975 ingresó como asociado, explicando que el asociado tiene intereses en la empresa por ser una cooperativa a la cual puede afiliar vehículos y a su vez los puede conducir, además puede ser parte de la junta directiva, aclarando que en esa condición de asociado cuando no se desea viajar se puede dejar un relevador.

De otro lado, refirió que conoció al actor cuando ingresó a OMEGA hacia 2001 o 2002 por que él le hizo los exámenes de conducción, acotando que ingresó como propietario en condición de asociado hasta 2017 o 2018; que a los dos años de haber ingresado fue miembro de la junta directiva en el consejo de administración y también en la junta de vigilancia, calidad que mantuvo por espacio de diez años.

Dijo que esa cooperativa le pagaba a una empresa de servicios temporales los aportes a seguridad social, lo cual era un auxilio que la empresa les daba a los asociados, aspecto que se manejaba a través de OSTI. Enfatizó que el actor tuvo varios vehículos de su propiedad y en sociedad, y que viajaba muy poco porque estaba pendiente del vehículo y de llevar a los conductores cuando no son propietarios, aclarando que viajaba cuando quería pues la empresa no lo obligaba, que no sabe si en el caso del actor se levantaban planillas, pues eso depende de quien conduzca el vehículo.

Relató que cuando estaban con OSTIN cobraban el salario por medio de vales, y después adujo que no era salario porque usaban esos dineros para sus gastos y que eso solo lo podían hacer los propietarios. Dijo que él ha asistió al 99% de las asambleas de la cooperativa que se hacen cada año y que el demandante asistió a casi todas las asambleas cuando fue directivo por espacio de diez años. A su vez, mencionó que entre los asambleístas se acordó que la cooperativa les pagaría los aportes a seguridad social como un beneficio por ser asociados, lo cual se hizo por mucho tiempo, agregando que incluso él se benefició de esa decisión.

Que los asociados son responsables del vehículo con los conductores y que el actor recibió el producido del vehículo afiliado, pues éste le manifestó eso en

una oportunidad. Explico que las tasas de uso o el conduce se hacían a nombre del propietario del vehículo por que les pedían la tarjeta de propiedad, que no le consta si actualmente se hace así y que el examen de conducción se hacía para los asociados con el fin de saber si sabían manejar.

Puestas así las cosas, reitera la Sala que no existe controversia en cuanto a la vinculación del demandante con OMEGA LTDA entre el 11 de marzo de 2017 al 30 de junio de 2018. Asimismo, es claro que el actor prestó sus servicios a la cooperativa OSTI CTA como conductor de vehículos de transporte intermunicipal de pasajeros en misión para la empresa OMEGA LTDA., del 1º de septiembre de 2012 al 1º de junio de 2014.

Sin embargo, de las pruebas recaudadas no es posible determinar con certeza que el gestor haya prestado sus servicios de manera subordinada a la demandada del 1º de noviembre de 2001 al 31 de agosto de 2012 y del 2 de junio de 2014 al 10 de marzo de 2017, pues si bien la representante legal de la encartada refirió que el actor estuvo vinculado con esa cooperativa desde 2001 hasta 2016, lo fue en condición de socio, lo cual aceptó el actor; igualmente, mencionó que era potestad del socio llevar acabo la labor de conducción si así lo deseaba, de ese modo, en el caso de marras no se pudo establecer la periodicidad con la que el gestor se desempeñó como conductor en los periodos antes referidos, lo que se acompasa con lo expuesto por el testigo FRANCISCO CARVAJAL TORRES quien refrió que fue conductor en OMEGA de 2001 a 2012 y que además fue relevador del gestor, el cual era propietario.

Situaciones que igualmente fueron ratificadas por el testigo JAIME RUIZ ARANDA, quien además adujo que el actor cuando ingresó a OMEGA fue miembro de la junta directiva por espacio de diez años, calidad que además les permitía beneficiarse de la afiliación a seguridad social, afiliación que por sí sola no da cabida a la existencia de un vínculo de tracto laboral como lo ha expuesto de forma reiterada el órgano de cierre de esta especialidad entre otras en sentencia SL3936-2021, Radicación No. 83205 de 31 de agosto de 2021. Nótese que el mencionado testigo adujo que las tasas de uso se hacían a nombre del propietario del vehículo para lo cual se les pedía la tarjeta de

propiedad, y que podía conducir los vehículos de su propiedad si así lo quería, pero la empresa no le exigía que llevara a cabo esa labor, siendo los mismos propietarios los encargados de referir a los conductores de los buses.

Luego, los reportes expedidos en tal sentido por la terminal de transportes de Bucaramanga y San Gil, no dan cuenta de la prestación personal de servicios por parte del gestor en los periodos echados de menos, quedando así desvirtuada la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., del 1º de noviembre de 2001 al 31 de agosto de 2012 y del 2 de junio de 2014 al 10 de marzo de 2017.

No obstante, considera esta Colegiatura que no sucede lo mismo con el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2012 al 1º de junio de 2014, lapso en que el gestor prestó servicios como conductor a OMEGA LTDA. como trabajador en misión. Al respecto, conviene traer a colación lo reseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL874-2023, Radicación No. 91076 de 25 de abril de 2023, en la que señaló:

> *"Así las cosas, el ser propietario del vehículo automotor vinculado a la empresa de transporte público no desnaturaliza la connotación laboral del contrato de trabajo que surge como consecuencia de la prestación personal de sus servicios a dicha sociedad, dada la presunción de que trata no solo el ya mencionado artículo 15 de la Ley 15 de 1959 sino también el artículo 24 del CST, al que igualmente acudió el Tribunal.*
>
> *(…)*
>
> *De allí que la hermenéutica que hizo el Tribunal, infiriendo del artículo 15 de la Ley 15 de 1959, que la pasiva había contratado al causante como conductor del bus accidentado, no resulta errada, pues, se insiste, la norma obligaba a la pasiva a hacerlo, independientemente de que este de manera simultánea el causante tuviera la calidad de propietario del vehículo.*
>
> *En otras palabras, la contratación directa de un conductor de ese tipo de vehículos, frente a la empresa a la que aquellos estén afiliados, no es optativa, sino obligatoria. Así se precisó en la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 31647"*

Bajo ese escenario, es diáfano que el actor desempeñó el cargo de conductor para OMEGA del 1º de septiembre de 2012 al 1º de junio de 2014, pues como

viene de verse era obligación de esa demandada contratarlo directamente y no a través de un tercero, como lo fue OSTI, el cual solo fue un simple intermediario, lo que de manera indefectible conlleva a tenerla como verdadero empleador, lapso en que OSTI reportó como IBC devengado por el demandante la suma de $650.000 como se avizora del reporte de semanas cotizadas que obra a folio 25 del archivo 01, monto que se tendrá en cuenta como salario devengado en ese periodo. En este punto conviene precisar que en efecto el actor sostuvo dos relaciones laborales con la demandada, esto es, del 1º de septiembre de 2012 al 1º de junio de 2014 y del 11 de marzo de 2017 al 30 de junio de 2018, sin que se deba ahondar en consideraciones como la solidaridad de OSTI pues no fue un tema objeto de debate.

En consecuencia, se revocará la parcialmente la sentencia de primera instancia que absolvió a la demandada de todas las pretensiones elevadas en su contra por el gestor, para en su lugar, declarar que entre el demandante y la demandada COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA – OMEGA LTDA., existió un contrato de trabajo vigente entre el 1º de septiembre de 2012 al 1º de junio de 2014, devengado como salario la suma de $650.000, por las razones antes expuestas.

En lo atinente a las acreencias laborales del primer contrato, debe señalarse que el actor deprecó la existencia de un único contrato de trabajo, lo cual no acreditó, y por el contrario se demostraron dos vinculaciones; en tales eventos, tal como lo ha adoctrinado el órgano de cierre, se deben revisar acreencias laborales de la última vinculación, pues los anteriores contratos se entienden liquidados.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1478-2022, Radicación No. 83183 del 3 de mayo de 2022, señaló:

> *"Ahora, es sabido que cuando se discute la existencia de una sola relación laboral y se prueba un tiempo de servicios inferior al pretendido o varios contratos y no uno, el juez tiene el deber de dictar una condena minus petita que acepte parcialmente las pretensiones de la demanda, esto es, que si el demandante pide más, pero tan solo alcanzó a acreditar parte de lo pedido, debe reconocerse lo probado, conforme a tal normativa (CSJ SL*

17215, 5 dic. 2001; CSJ SL806-2013; CSJ SL9112-2014; CSJ SL1012-2015 y CSJ SL4816-2015), tal como se recordó en la sentencia CSJ SL5595-2019.

"Por tanto, si en virtud de la primacía de la realidad, el juzgador encuentra que el acervo probatorio da cuenta del nexo laboral, y constata que existieron varios contratos de trabajo desarrollados por los periodos allí estipulados, es su deber, al menos, proceder a liquidar el último de los vínculos demostrado.

"Así lo recordó esta Sala en sentencias CSJSL2345-2018 y CSJ SL3215-2018, al reiterar la postura de la corporación al respecto. En efecto, en esta última indicó:

"Sobre este aspecto, la Sala ha sido enfática en señalar que cuando las pretensiones están cimentadas en una relación laboral y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, por lo menos el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes y que aparezca acreditado, pues, si bien el demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.

Así lo determinó la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5165-2017, rad. 45183, cuando indicó que:

[…] recuerda la Corte que ha sido criterio de esta Corporación, que en asuntos como el presente, en que las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes. Es así como, en sentencia de la CSJ, 19 oct. 2006, rad. 27371, en un proceso análogo seguido contra el mismo ISS, se puntualizó:
"[…]

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continúa sostenida por las partes (Resalta la Sala).

El anterior criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias CSJ SL14969-2017, rad. 52813; CSJ SL13444-2017, rad. 50565; y CSJ SL087-2018, rad. 51340.

Por tanto, según el criterio de esta corporación, en eventos como éste, y en virtud de la facultad de fallar minus petita, esto es, por menos de lo pedido, se debía declarar la existencia de los varios contratos ejecutados entre el 2 de mayo de 1994 y el 14 de diciembre de 2013, y por lo menos, evaluar las condenas que pudiesen causarse por el periodo comprendido entre el 21 de enero y el 14 de diciembre de 2013, que corresponde a la última vinculación laboral entre las partes.

Así las cosas, el accionante deprecaba el pago de acreencias causadas con anterioridad a la última vinculación, por ende, no existía controversia frente al pago de prestaciones en el último interregno por lo cual no hay lugar a emitir condena alguna. Ahora bien, en gracia de discusión, se tiene que se propuso la excepción de prescripción por la demandada OMEGA LTDA.; y respecto del contrato de trabajo que sostuvo el demandante con esa encartada del 1º de septiembre de 2012 al 1º de junio de 2014, operó el fenómeno prescriptivo frente a las acreencias que se reclaman en el libelo demandatorio con anterioridad al 8 de agosto de 2015, en tanto el contrato laboral que aquí se declara finalizó el 1º de junio de 2014 y la presente acción de impetró el 8 de agosto de 2018 (f. 1 archivo 01), a excepción de los aportes a seguridad social en pensión sobre los cuales no se impartirá condena por las razones que pasan a explicarse.

Al examinar este Juez Colegiado la apelación que presentó la activa, advierte no le es dable extender el estudio del caso a puntos que no fueron objeto de la alzada como lo atinente al pago de aportes a seguridad social, o cualquier otro emolumento, pues solo le es posible limitar el estudio a los temas planteados en el recurso de apelación y no a aquellos contenidos en escritos anteriores o posteriores, o los alegatos de conclusión o las expresiones vagas y sin sustento o especificidad que se indiquen en la impugnación, según se dijo en sentencias SL5207-2021, Radicación No. 77421 de 17 de noviembre de 2021 y SL3906-2022, Radicación No. 91665 de 16 de noviembre de 2022.

Como corolario de lo anterior, se recovará parcialmente la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia corren a cargo de la accionada OMEGA LTDA.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2022 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada OMEGA LTDA., de las pretensiones elevas en su contra.

Para en su lugar, **DECLARAR** que entre el demandante ALVARO LOPEZ ESTEBAN y la demandada COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA – OMEGA LTDA., existió un contrato de trabajo vigente entre el 1º de septiembre de 2012 y el 1º de junio de 2014 devengado como salario la suma de $650.000, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia corren a cargo de la accionada OMEGA LTDA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **07 2019 00472 01**
Demandante:	ERNESTO SOLER
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado ELKIN FABIÁN CASTILLO CRUZ, identificado con cédula de ciudadanía 80.282.676 y T.P. 261.451 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería en representación de PORVENIR S.A. al profesional del derecho OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, identificado con cédula de ciudadanía 1.017.267.151 y T.P. 380.131 del C. S. de Judicatura, de conformidad con el poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 20 de junio de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el

artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ERNESTO SOLER promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de declararse la anulación por ineficacia de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., ante la omisión del deber profesional de información.

Por consiguiente, se ordene el traslado de su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con la devolución de todos los dineros recibidos con motivo de su afiliación en el régimen privado, tales como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración, o cualquier otro, debiendo asumir PORVENIR S.A. con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por gastos de administración, o cualquier otro que se hubiese generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil.

Que se le condene a PORVENIR S.A. que en caso de habérsele ordenado previamente pensión al momento de proferirse sentencia, a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda y sea incluido en nómina de pensionados por esta última, con la finalidad que no quede desprotegido su derecho pensional, pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que se afilió al sistema general de pensiones en el mes de marzo de 1987 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, con ocasión de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados de pensiones, fue que se trasladó con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. en el mes de marzo de 1997.

Que PORVENIR S.A. a través de un asesor, solamente se limitó a diligenciar un formato preestablecido para la afiliación, sin brindarle una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado.

Expuso que tampoco le fueron entregadas proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en ambos regímenes pensionales, la edad de retorno en los términos de la Ley 797 de 2003, entro otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que dentro del plenario no yace prueba de que efectivamente al demandante al momento de trasladarse con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de PORVENIR S.A., o de que nos encontremos en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, como tampoco nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor; por el contrario, se aprecia que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que la afiliación se llevó a

cabo de manera libre y voluntaria, sin dejar informaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que la afiliación de la demandante ante sus dependencias se llevó a cabo de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses.

Que no obstante, fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de junio de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:*

El señor ERNESTO SOLER con la AFP PORVENIR el 4 de marzo de 1997 contenida en el formulario No. No. 870547.

***SEGUNDO: ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor ERNESTO SOLER, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*

***TERCERO: ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde marzo de 1997, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.*

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

***QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A.*

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

***SÉPTIMO:** se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, ha precisado que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP, lo que igualmente encuentra sustentó en el artículo 1603 del C.C. Seguidamente, adujo que en las

sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso de la gestora, toda vez que su traslado de régimen pensional se realizó en 1999, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

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

En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que PORVENIR S.A., al momento de vincular al demandante le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose de esa manera ineficaz el traslado que realizó la gestora a la AFP PORVENIR S.A., lo que a su vez conlleva la devolución de las sumas producto de dicho retorno, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen que realizo la actora y ordenó la devolución por parte del fondo privado a COLPENSIONES los rubros producto de esa declaratoria. Por último, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que el aquí demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de que

trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En lo que atañe al deber de información, indicó que el mismo solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 771 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el conocimiento vertido en el formulario de afiliación en aras de probar en consentimiento libre, voluntario e informado del afiliado, de allí que las leyes que surgieron entre 1993 y el 2014, no exigían requisito distinto que el mentado formulario de afiliación.

Que teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2241 de 2010, existen unas obligaciones recíprocas, siendo una de ellas informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones y aprovechar las herramientas necesarias para el conocimiento acerca del funcionamiento del sistema pensional, derechos mínimos que se encuentran en cabeza de los afiliados, adicional al hecho que de producirse la ineficacia alegada, existiría una descapitalización, como quiera que en la actualidad las decisiones adoptadas por los despachos judiciales quiebra el principio de la sostenibilidad financiera consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política.

Por último, solicitó la absolución de la condena en costas, argumentando que no incidió en las decisiones del demandante.

PORVENIR S.A por su parte arguyó en su apelación que el traslado de los gastos de administración y primas de seguros previsionales no está llamado a prosperar, toda vez que esos rubros no se encuentran destinados a financiar una pensión, sino que tienen otra finalidad establecida por mandato legal y que fue cumplida en total orden, aunado a que también se trasladaron a las respectivas aseguradoras.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las*

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 4 de marzo de 1997 (Fl. 84 – PDF 01 CUADERNO FÍSICO y fl. 84 – PDF 05 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el aquí demandante señor ERNESTO SOLER en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1997 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue recordar que una asesora de PORVENIR S.A. de entonces le indicó que al trasladarse de régimen pensional podría pensionarse y que el ISS se extinguiría, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc., de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones,

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que alude COLPENSIONES en la alzada, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del*

traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

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

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión del juez de primer grado. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de junio de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **07 2020 00006 01**
Demandante:	IRMA LUCIA TELLEZ CRISTANCHO
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado ELKIN FABIÁN CASTILLO CRUZ, identificado con cédula de ciudadanía 80.282.676 y T.P. 261.451 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 8 de junio de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora IRMA LUCIA TELLEZ CRSITANCHO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., por falta al deber de información y además se declare que debe estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, asimismo se conde a asumir las perdidas en el capital para financiar su pensión, e igualmente, se condene a PORVENIR S.A. a asumir la pensión hasta tanto sea trasladado a COLPENSIONES. Finalmente, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que afilió al sistema de seguridad social en pensiones el 4 de agosto de 1994 y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 26 de febrero de 1999, limitándose el asesor del fondo a diligenciar el formulario de afiliación, sin brindarle información completa clara, veraz, adecuada y suficiente sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, y sin realizar un comparativo de su mesada pensional o explicarle como se liquidaría la pensión en ambos regímenes pensionales, únicamente le dijo que el I.S.S. seria liquidado y su mesada en ese fondo sería superior y obtendría rendimientos.

Añadió que solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación y el traslado de régimen, pedimento que fue negado. Asimismo, refirió que según proyección pensional su mesada en el régimen de prima media sería superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual y que en la actualidad sigue afiliada a PORVENIR S.A. (f. 2 a 36 archivo 01).

Mediante proveído adiado el 2 de diciembre de 2019, la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá, se declaró impedida para conocer el presente asunto, remitiendo las diligencias al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, por auto de 16 de enero de 2020 aceptó el impedimento formulado y avocó conocimiento de las diligencias, admitiendo la demanda por auto de 20 de febrero de 2020. (f. 243 a 248 archivos 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le haya hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como tampoco se evidencia inconformidad alguna por parte de la demandante, al contrario, de las documentales obrantes en el plenario se advierte que se encuentran sujetas a derecho, sin que de las mismas se desprenda constreñimiento alguno. De otra parte, adujo que la gestora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y está inmersa en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como medios exceptivos los que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 3 a 41 archivo 03).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentado que la afiliación de la demandante a ese fondo en el año 1999 gozó de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que esta fue inequívocamente voluntaria, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, decisión que ratificó cunado se afilio a COLPATRIA y cunado retorno nuevamente a ese fondo.

Enlistó como medios exceptivos de mérito los de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (f. 3 a 50 archivo 06)

En su intervención, el MINISTERIO PÚBLICO señaló que el deber de información existe desde el nacimiento de los fondos de pensiones, de modo que es obligación brindar información completa, clara y certera a los trabajadores sobre todo lo relacionado con el traslado de regímenes pensionales. (archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia proferida el 8 de junio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por La señora IRMA LUCÍA TÉLLEZ CRISTANCHO con la AFP PORVENIR el 26 de febrero de 1999 contenida en el formulario No. No. 04450770 y con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 25 de febrero de 2000 contenida en el formulario No. 0389016, con la AFP PORVENIR el 30 de mayo de 2003 contenida en el formulario No. No. 10201111.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora IRMA LUCÍA TÉLLEZ CRISTANCHO dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde febrero de 1999, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.*
>
> *QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la COLPENSIONES y PORVENIR S.A.*

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

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, ha precisado que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1603 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso de la gestora, toda vez que su traslado de régimen pensional se realizó en 1999, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

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

En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que PORVENIR S.A., al momento de vincular a la demandante le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose de esa manera ineficaz el traslado que realizó la gestora a la AFP PORVENIR S.A., lo que a su vez conlleva la devolución de las sumas producto de dicho retorno, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen que realizo la actora y ordenó la

devolución por parte del fondo privado a COLPENSIONES los rubros producto de esa declaratoria. Por último, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto, refirió que dentro del expediente no obra prueba alguna que permita demostrar que se está en presencia a algún del vicio del consentimiento, además, existe una indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., respecto de la responsabilidad en casos de traslado de régimen, dejándola solo en cabeza del fondo privado, lo que quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo en procesos.

Por otro lado, adujo que no puede olvidarse que existen deberes en cabeza de los afiliados conforme lo señala el Decreto 2249 de 2010, entre los que está el de informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, por ende, el silencio de la actora en el transcurso del tiempo se entiende como una decisión consciente de permanecer en el régimen ahorro individual con solidaridad, sin que una aspiración económica pueda ser razón para declarar la ineficacia del traslado, tal como lo ha expuesto esta Corporación.

Por otro lado, refirió que la decisión del *a-quo* quebranta el principio sostenibilidad financiera del sistema pensional, tal como se ha señalado en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y la SU- 130 de 2013, pues nadie puede ser subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados, ya que ello conlleva a la descapitalización del sistema y pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados. De otra parte, señala que la condena en costas no es procedente porque quebranta el inciso 4º del artículo 48 de la Constitución Política y además porque es un tercero ajeno de buena fe.

PORVENIR S.A. en su alzada, manifestó estar inconforme frente al numeral tercero de la sentencia, en lo que atañe a la orden de devolver las sumas de forma indexadas, como quiera que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación,

por el contrario se han generado rendimientos superiores a los que se garantizan en el régimen de prima media teniendo cuenta que allí ni siquiera se garantizan tales rendimientos, por ende, ordenar la indexación de cualquier suma de dinero resulta ser una doble sanción por cuanto ya se le ordenó devolver todos los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los que superan gracias a su gestión la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros de la afiliada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso,

el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar*

información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 26 de febrero de 1999 a PORVENIR S.A., igualmente, se allegó el formulario de afiliación a COLPATRIA el 29 de febrero de 2000 y nuevamente a PORVENIR S.A. el 30 de mayo de 2003, vinculaciones que se hicieron efectivas a partir del 1º de abril de 1999, 1º de abril de 2000 y el 1º de julio de 2003, como se observa del reporte SIAFP (f. 86 a 88, 93 a 94, 96 archivo 06).

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

información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Adicionalmente, en el interrogatorio de parte practicado a la demandante IRMA LUCIA TELLEZ CRSITANCHO, indicó que comenzó a laborar en 1994 y que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., traslado que fue producto de una reunión a la que fueron convocados por parte de los jefes de su empresa, añadiendo que en esa ocasión le dijeron que en el ISS no se iban a pensionar y que en esa entidad se liquidaría, por lo que todos los empleados que estaban en el ISS, incluida ella, se trasladaron a ese fondo, el que según se les indicó sería más estable y obtendrían mejores ingresos a razón de unos rendimientos, consecuencia de ella suscribió el formulario de afiliación. Sobre su traslado a COLPATRIA se dio porque les mencionaron las ventajas de afiliarse a PORVENIR, empero, nuevamente retornó por cuanto había perdido dinero con COLPATRIA.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que alude COLPENSIONES en la alzada, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de

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

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

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

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

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

accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y al no salir avante los argumentos que expuso en la impugnación, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión del juez de primer grado. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de junio de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 10 2019 00721 01**
Demandante:	ROSA ELVIA CONTRERAS ESCAMILLA
Demandado:	PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

El presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primera instancia el 2 de marzo del 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, fue totalmente adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ROSA ELVIA CONTRERAS ESCAMILLA promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A., con el fin que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en calidad de madre dependiente del señor HECTOR LUIS URREA CONTERAS (q.e.p.d.), a partir de 25 de mayo del 2019, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales a los que hubiese lugar. Asimismo, pretende condene al pago de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, junto a la indexación de las sumas adeudadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita* y el pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que es la progenitora de HÉCTOR LUIS URREA CONTRERAS (q.e.p.d.), quien se encontraba afiliado a la AFP PORVENIR; de igual manera, arguyó que su hijo no contrajo nupcias, ni convivio en unión marital de hecho, no procreo hijos, agregando que residía con ella, convirtiéndose en su apoyo económico desde que cumplió la mayoría de edad, el cual era de tal relevancia, toda vez que asumía el 80% de los gastos del hogar, cubriendo necesidades básicas como alimentación y vestuario, por ende, dependía económicamente del causante.

De igual forma, mencionó que su hijo falleció el 25 de mayo del 2019, acreditando para dicha calenda 374 semanas cotizadas en pensión, de la cuales, 156 fueron aportadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al óbito, dejando así causado el derecho a la prestación pensional de sobrevivientes, la cual reclamó a la encartada, pedimento que fue denegado por la entidad el 23 de septiembre del 2019, aduciendo que no se acreditó la dependencia económica hacia su fallecido hijo, aspecto este último que está suficientemente probado. (f. 28 a 37 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Mediante proveído del 21 de octubre del 2022, la *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A., bajo el entendido que dicho escrito se allegó de manera extemporánea. (archivo 12).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de marzo del 2023, resolvió absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por la actora y la condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, la *a quo* señaló que el problema jurídico a resolver consistía en verificar si la demandante, en su condición de madre del señor HECTOR LUIS URREA CONTRERAS, tenía derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión de su fallecimiento, al depender económicamente de él.

En virtud de ello, realizó un recuento del material probatorio aportado al proceso, haciendo especial énfasis en las pruebas decretadas de oficio, las cuales fueron allegadas con la contestación de PORVENIR S.A, el interrogatorio de parte y las pruebas testimoniales. Ante ello, inició referenciando que la normatividad aplicable para resolver el caso en concreto, es la vigente al momento del deceso del causante, lo cual acaeció el 25 de mayo de 2019, por tanto, trajo a colación los artículos 12 y 13 de la Ley 797 del 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, concluyendo que la demandante tendría derecho a la pensión de sobrevivientes, en su condición de madre del afiliado, siempre que hubiese dependido económicamente de éste y que aquel hubiese cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, precisando que en el plenario no se acreditó que existieran otros reclamantes que pudiesen ser beneficiarios de la prestación diferentes a la gestora.

Seguidamente, al acudir al precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción Laboral, refirió que la dependencia económica citada en la norma no tiene que ser total y absoluta, no obstante, la carga probatoria de verificar dicha situación le corresponde a los padres demandantes, mientras el demandado tiene el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas, afirmando que no cualquier ayuda o colaboración que otorguen los hijos a sus progenitores tienen la virtualidad de configurar el requisito de subordinación económica, sino solo aquella que sea relevante, esencial y preponderante para el sostenimiento de la familia, sin desmeritar que el progenitor pueda percibir

rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando no lo convierta en autosuficiente en materia económica.

Así las cosas, la juzgadora de instancia señaló que en el trámite procesal se acreditó la condición de la demandante como madre del señor HECTOR LUIS URREA CONTRERAS (q.e.p.d.), y a la fecha del fallecimiento, esto es, el 25 de mayo del 2019, había acumulado 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, en tanto, alcanzó 148 semanas.

Sobre el requisito de dependencia económica de la actora para con el *de cjus* expuso la Juez de instancia al contrastar el material probatorio recaudado concluyó la juez de instancia que no se había probado, en tanto para la data del fallecimiento de HECTOR LUIS URREA CONTRERAS (q.e.p.d.) quedó demostrado que, la actora recibía una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente la cual para 2019 ascendía a 2023 al salario mínimo, que tenía un bien inmueble registrado a su nombre, por el cual recibía un arriendo de trescientos mil pesos, ascendiendo sus gastos mensuales a $1.203.000, sin que se pudiera establecer el monto dinerario que proporcionaba el causante a su madre para y la periodicidad de esa ayuda, tampoco se demostró el valor de los gastos de la demandante, pus solo se dijo que lo fue en suma de $1.000.000, lo que la hacía independiente y autosuficiente en materia económica. Por lo anterior, adujo que la ayuda económica del occiso no era relevante, esencial y preponderante para el mantenimiento mínimo de la actora a su hogar.

No obstante, refirió que, si en gracia a discusión estuviera acreditada la dependencia económica, el señor HECTOR LUIS URREA CONTRERAS (q.e.p.d) estaba desempleado para la data de su fallecimiento, por lo que no podía estar ayudándole a su señora madre con ninguna suma de dinero. Absolviendo a la demandada PORVENIR S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenando en costas a la promotora.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la sentencia proferida en primera instancia fue totalmente adversa a sus pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si ante el fallecimiento del afiliado causante HÉCTOR LUIS URREA CONTRERAS (q.e.p.d.), procede el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en beneficio de su madre, señora ROSA ELVIA CONTRERAS ESCAMILLA.

En caso afirmativo, se deberá determinar el monto de la pensión correspondiente a la demandante, así como la procedencia de intereses moratorios de las sumas adeudadas.

c. De la pensión de sobrevivientes:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub examine*, es menester precisar que en el trámite procesal se encuentra demostrado que el causante HÉCTOR LUIS URREA CONTRERAS (q.e.p.d.) falleció el 25 de mayo de 2019, y que alcanzó un cúmulo de 374 semanas cotizadas al sistema general de pensiones a través del fondo de pensiones accionado, de las cuales 148.57 semanas lo fueron en los tres años anteriores al deceso. Además, se pudo determinar que la demandante ostenta la condición de madre del afiliado fallecido, hechos que

se corroboran con el registro civil de nacimiento, el registro civil de defunción y la historia laboral del *de cujus* que se yacen en el plenario. (f. 14 y 15 archivo 01 y f. 100 a 110 archivo 06).

De acuerdo a lo expuesto, es del caso memorar que conforme a lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la pensión de sobrevivientes pretendida, debe ser la vigente al momento del deceso del causante, por tanto, al haber fallecido el causante el 25 de mayo del 2019, el presente asunto deberá analizarse bajo la égida del artículos 73 y 74 de Ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que regula la pensión sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Al respecto, el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, señala sobre los requisitos y monto de la prestación objeto de análisis, lo siguiente:

> *"Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad, así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley."*

De esa forma, el artículo 46 *ibidem,* modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, indica en su numeral 2º que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

> *"2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:"*

Adicionalmente, el artículo 74 del mismo compendio normativo, modificado por artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en su literal d), estable al respecto:

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

"[…]

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

De lo expuesto, es diáfano que son dos los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes en casos como el que ocupa la atención de la Sala, esto es, que el afiliado fallecido acredite cincuenta (50) semanas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento y que los padres acrediten la dependencia económica respecto del hijo fallecido, advirtiéndose que en el caso de marras el primero de los presupuestos se encuentra plenamente acreditado, pues el causante alcanzó más de ciento cincuenta y ocho (148) semanas en los tres años anteriores al deceso, superando con creces las cincuenta exigidas por la ley, sin embargo, deberá esta Corporación verificar si se cumple con el requisito de dependencia económica.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL964-2023, Radicación No. 94309 del 8 de marzo de 2023, señaló:

"En punto a la dependencia económica que exige el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para tener por beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los ascendientes del causante, como con acierto lo asentó el Tribunal, de tiempo atrás esta Corporación ha adoctrinado, que ella no implica una sujeción total y absoluta del posible beneficiario a los ingresos económicos que percibía del causante, por manera que no excluye la existencia de distintas fuentes de recursos, propios o provenientes de otras personas, pues no es necesario que se encuentre en estado de pobreza o indigencia (sentencias CSJ SL400-2013 y CSJ SL3630-2014, entre muchas otras). Así quedó definido, además, en el fallo CC C111-2006, que declaró inexequible la expresión «…de forma total y absoluta…» contenida en la versión original de la mencionada disposición.

"Ahora bien, la carga de la prueba de la dependencia económica corresponde a quien la alega, en este caso el padre de la afiliada fallecida, y el convocado deberá desvirtuar esa sujeción material, mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autonomía financiera del progenitor (CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 36026).

"Además, el cumplimiento de la consabida exigencia debe ser verificado en cada caso concreto, por lo que deben valorarse las particularidades de

quienes la alegan, en relación con la contribución que recibían del causante y su incidencia en la atención de sus necesidades básicas, en condiciones de dignidad y suficiencia." (Subrayado por la Sala)

Esa misma Corporación en sentencia SL1273-2023, Radicado No. 93790 de 31 de mayo de 2023, explico sobre la autosuficiencia de los padres y la prueba de lo aportado por el hijo fallecido, que:

"Al margen del carácter fáctico de la acusación, es menester precisar que la subordinación financiera no requiere ser absoluta, pero debe acreditarse que el padre o madre reclamante, recibía una contribución significativa de su hijo fallecido. Esta Sala de la Corte tiene adoctrinado, que la dependencia económica de los padres no está supeditada a la prueba de un nivel de pobreza extrema que roce con la mendicidad, pues el hecho de recibir ingresos de otra fuente no desvirtúa la subordinación, siempre que no los convierta en autosuficientes (CSJ SL1168-2019)."

(…)

"Además esta Corporación ha enseñado, entre otras sentencias CSJ SL18980-2017 y CSJ SL3113-2018 que no resulta trascendental demostrar «[…] a cuánto ascendían los recursos y gastos del causante» y, en la CSJ SL3721-2020, que «[…] para la configuración del derecho a la pensión de sobrevivientes, no es necesario acreditar el monto exacto de lo aportado por el causante»."

Conforme a lo anterior, se deja en evidencia que no todo ingreso económico equivale *per se* a una independencia económica, ya de acuerdo a lo establecido por el Alto Tribunal, no se requiere que el progenitor se encuentre en un estado de indigencia o mendicidad para acreditar dicho requisito, aunado a que no es requisito verificar el monto exacto del aporte del causante.

Así mismo, el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL5027 de 2021, al memorar lo adoctrinado por esa misma Corporación en proveídos CSJ SL14923-2014 y CSJ SL1448-2020, sobre la acreditación de la dependencia económica, dijo lo siguiente:

"De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el

suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario; iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia." (Subrayado fuera de texto)

En cuanto a la valoración de los testimonios en casos como el que ocupa la atención de este Juez Colegiado, conviene traer a colación lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3967-2022, Radicado No. 86641 de 24 de octubre de 2022, en la que se indicó sobre el asunto:

"Por último, se debe resaltar que, en ejercicio de la libertad de estimación probatoria (CSJ SL1982-2020 y CSJ SL3596-2020), así como en uso de las reglas de la sana crítica, para esta Sala se aleja de todo sentido lógico y racional que la petente afirmara en el documento titulado «declaración para acreditar el derecho a la pensión de sobrevivencia- pensión obligatoria» (f.° 155 a 156, ibidem) que su descendiente fallecido le entregaba $2.000.000, monto que supera la totalidad de los ingresos sobre los que cotizaba, pero, a su vez, el causante tuviese que responder por la universidad del hermano menor y cancelar un seguro de vida de su madre, conforme lo dijo el declarante William de Jesús Carmona Gutiérrez (f.° 176 CD min 10:30, cuaderno principal), sin que contara el de cujus con soporte alguno para su necesidades personales, como transporte diario al trabajo, alimentación u otros gastos.

No está de más precisar que resulta innecesario realizar en esta sede del estudio de la declaración para acreditar el derecho a la pensión de sobrevivencia-pensión obligatoria (f.° 155 a 156, ibidem), en armonía con el historial de aportes en Protección S. A. (f.° 16 a 18, cuaderno principal) y lo dicho por el testigo (f.° 176 CD min 10:30, cuaderno principal), pues basta para ello remitirse a lo argumentado en casación; sin que este de más puntualizar que las inconsistencias exaltadas en dicha oportunidad de lo declarado por el señor Carmona Gutiérrez, le resta certeza y credibilidad a su dicho en aras de demostrar la alegada dependencia económica.

Tampoco se puede pasar desapercibido que, aunque el declarante aseveró que en los cuatro meses que cohabitó con la familia del causante observó cómo le compraba el mercado a su familia, también lo es que manifestó que conocía de los hechos, porque el señor Romero Ospina le contaba y que el tiempo restante del año (ocho meses) que no vivía con ellos, vía telefónica su compañero le revelaba sus responsabilidades con el hogar.

Por tanto, aunado a que sus afirmaciones presentaron contradicciones con la declaración propia de la accionante, también lo es que, como se dijo en providencia CSJ SL, 6 mar. 2007, rad. 29422, citada en CSJ SL4713-2021, es deber del juez:

[…] valorar la fuente del conocimiento del testigo y con base en ello deducir incluso la validez que le otorga como medio demostrativo:

La Sala de Casación Civil de la Corte destacó en sentencia de 1° de septiembre de 2003, que "Tales declaraciones (de testigos de oídas), valoradas conforme las reglas de la sana crítica, no merecen credibilidad y, en consecuencia, no crean convencimiento, como quiera que, según lo tiene dicho esta Corporación, en los testimonios de oídas o ex auditu "son mucho mayores las probabilidades de equivocación o de mentira", de donde "está desprovisto de cualquier valor demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas" (G.J. t, CLXVI, pags. 21 y 22)" (Exp. No. 6943).

En consecuencia, analizadas sus aserciones, con las demás pruebas, aquél no brinda total convicción y credibilidad para los fines a lo que fue convocado." (Subrayado por la Sala)

d. Del caso en concreto

Descendiendo al *sub-examine*, y acorde con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., la Sala procede a examinar el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal a efectos de verificar la procedencia de la concesión de la prestación pensional deprecada por parte de progenitora del afiliado fallecido.

En punto de lo anterior, se allegaron al plenario la comunicación dirigida a la actora por parte de la enjuiciada, adiada el 23 de septiembre de 2019 en la que niega la prestación pensional que se depreca por activa, arguyendo que no se acreditó la dependencia económica respecto del afiliado fallecido.

Igualmente, se aporta Informe de Investigación Reclamación Pensión a PORVENIR, en el que se indica además de la causa del deceso del causante, el hecho que era soltero, no tenía hijos y vivía con su madre, a su vez, se relaciona como resumen de gastos mensuales, un total de ingresos de la reclamante de la prestación por monto de $1.131.242, total de gastos del grupo familiar la suma $571.000, y total de ingresos del afiliado $0. En cuanto a la relación de aportantes se dijo que la actora aporta mensualmente $571.000, esto es, el 100% de los gastos del grupo familiar y el afiliado fallecido aportaba mensualmente $500.000 en un porcentaje del 0%, además se indica que la actora tiene una propiedad por la que reciben un canon mensual de $350.000 y una pensión por valor mensual de $781.242, concluyendo el informe que según el certificado de ingresos, endeudamiento y comportamiento de pagos de la reclamante, evidencia que tiene unos ingresos estimados de $3.218.000, por lo que no dependía económicamente del afiliado, en tanto con los ingresos que percibe sufraga los gastos. (f. 16 archivo 01 y f. 56 a 60 archivo 06)

También se allega Resolución expedida por el ISS en la que reconoce pensión de sobrevivientes a la actora con ocasión del deceso de su compañero permanente. (f.70 a 72 archivo 06)

Asimismo, se aportaron declaraciones extra juicio fechadas los días 2, 3 y 4 de octubre de 2019, vertidas por ANA CECILIA MUÑOZ CASTIBLANCO, LUIS ALFONSO CAMACHO MALPICA, JHON DEIVY BUSTOS VILLA y MARTHA ZABALA LEÓN, en las que los dos primeros dijeron conocer al causante hace veinticinco años y que este era soltero, no tenía hijos, ni unión marital de hecho y vivía con su madre, señora ROSA ELVIA CONTRERAS ESCAMILLA, aspectos estos que reiteraron los declarantes JHON DEIVY BUSTOS VILLA y MARTHA ZABALA LEÓN, los que además precisaron que la progenitora del *de cujus* dependía total y económicamente del afiliado para sus gastos y los del hogar. (f. 17 a 27 archivo 01).

Asimismo, se practicó el interrogatorio de parte de la demandante, señora ROSA ELVIA CONTRERAS ESCAMILLA, quien manifestó que el afiliado HECTOR LUIS URREA CONTRERAS al momento del deceso no tenía hijos, era soltero y vivía con ella en Bosa, junto con sus dos hermanos, explicando que uno de ellos era para esa época era mayor de edad y el otro menor de edad, y que el primero se encontraba estudiando en la universidad. De otro lado, refirió que a la fecha del fallecimiento su hijo se encontraba trabajando en BANCAMIA en donde tenía un salario básico de $2.000.000 el cual era variable, sin embargo, más adelante mencionó que para el óbito, su hijo llevaba ocho días sin trabajo y que además estaba estudiando en la universidad.

Igualmente, sostuvo que el afiliado le colaboraba para sus gastos de manutención con $1.000.000, enfatizando que su hijo le colaboraba con el mercado, los servicios, y que a su otro hijo cuando estudiaba en la universidad le colaboraba con lo de los pasajes y a su hijo menor le ayudaba con los uniformes. De igual manera, la demandante informó que para el año 2019 ya recibía una pensión de sobrevivientes de parte de COLPENSIONES, la cual ascendía a un salario mínimo y que es propietaria de un lote por el cual recibe $300.000 de arriendo. Además, expuso que su hijo le entregaba $1.000.000 en efectivo, con lo cual adquiría el mercado; a su vez, mencionó que el *de cujus* estaba pendiente de ella y de un medicamento que debía tomar y que ella tenía un crédito $10.000.000 por el cual pagaba una cuota de $500.000, sin que tuviese otro ingreso adicional.

Relató que el causante a la fecha del deceso se encontraba estudiando sexto semestre de administración de empresas en la CUN y que él mismo pagaba la universidad y que le colaboraba a su otro hijo con los pasajes para ir a la universidad el cual estudia telecomunicaciones. También precisó que sus gastos en la actualidad los sufraga con lo que le sobra de la pensión y que los gastos funerarios de su hijo los cubrió el SOAT de la moto y que ella no era beneficiaria en salud de su hijo por ser pensionada.

Por su parte, la testigo MARTHA ZABALA LEON dijo que conoció a HÉCTOR LUIS URREA CONTRERAS desde que tenía como seis o siete años, porque tenía un negocio frente a uno que tenía la demandante y además vivían casi al frente, acotando que para mayo de 2019 los locales comerciales ya no funcionaban, pues ella y la actora se habían trasladado a otros barrios en Bosa. Narró que el padre de los hijos de la gestora ya había fallecido y que los menores habían recibido una herencia por parte de los abuelos paternos y se fueron a vivir a ese lugar, mencionando la demandante vivía en una casa propia pero no conocía como la adquirieron, y que visitaba a la promotora cuando hacían reuniones en la casa de habitación, o en su casa cada dos o tres meses para celebrar fechas especiales y si no se veían hablaban por celular.

Refirió que para mayo de 2019 la demandante vivía con sus tres hijos, incluido el occiso el cual era el mayor, quien siempre vio por ellos y les ayudaba mucho, acotando que aquel trabajaba en BANCAMÍA como asesor para la calenda de su muerte y que se imaginaba que se ganaba más del mínimo, sin que le consta tal aspecto, igualmente dijo no saber si estaba estudiando, pero si sabía que su hermano si estudiaba y que el afiliado le ayudaba con el transporte y a pagar el estudio.

Agregó que la actora obtenía para 2019 los recursos económicos para suplir sus necesidades de alimento, vestido, salud, etcétera de lo que le ayudaba el hijo, relatando que creía que la demandante tenía un lote arrendando por el cual para 2019 recibía poquito por arriendo, pero no sabe cuánto era, además dijo no saber si recibía algún ingreso adicional como pensión.

En cuanto a la ayuda económica que le brindaba HÉCTOR LUIS a su progenitora, dijo que solo le entregaba $500.000, y que él le decía que a veces le ayudaba a la progenitora con lo que le alcanzaba, porque creía que había comprado una moto, refiriendo que en dos ocasiones vio que le dio ese dinero en 2012, por último, dijo no saber quién pagó los gastos fúnebres y que falleció producto de un accidente en moto.

El testigo JHON DEIVY BUSTOS VILLA dijo conocer a HÉCTOR LUIS URREA CONTRERAS por más de 10 años, el cual falleció en mayo de 2019, añadiendo que conocía que vivía con la demandante y los hermanos. Igualmente, sostuvo que el causante al momento del deceso no se encontraba laborando pues había salido de BANCAMIA no hacía más un mes. A su vez, expuso que HECTOR LUIS se encontraba estudiando administración de empresas en la CUN y que iba en sexto o en séptimo semestre y se estaba en busca de trabajo.

Relató que FIDEL uno de los hermanos del afiliado, estudiaba y trabajaba como técnico en CLARO, pero no estaba seguro y no conocía si la actora percibía ingresos adicionales por concepto de pensiones o arriendos. De igual manera, indicó que para el momento en que falleció el afiliado, se veían por lo menos una vez a la semana en la casa del occiso porque se reunían a estudiar. En cuanto a la ayuda económica que le proporcionaba el causante a la actora, dijo que tenía entendido que sí le ayudaba, pero no presenció cuando le entregaba el dinero, pero refiere conocer que dejaba parte de su sueldo para ayuda en la casa para el arriendo y el mercado, sin especificar el monto. Finalmente, dijo no saber quién costeó los gastos fúnebres de HECTOR LUIS, ni que le ayudara al hermano, esto refiriéndose a FIDEL.

Bajo ese escenario, advierte la Sala que en efecto se acreditó que la actora es la progenitora del afiliado fallecido, el cual contaba con más de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores al óbito, y que no existían otros beneficiarios diferentes a la gestora con derecho a reclamar la pensión de sobrevivientes que aquí se analiza, además, que el causante vivía como su progenitora y dos hermanos de los cuales uno era mayor de edad, estudiaba y laboraba y el otro era menos de edad, como ya se expuso ampliamente.

De otro lado, del acervo probatorio recaudado se pudo determinar que la promotora percibe una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, la que se dijo ascendía a un salario mínimo mensual legal vigente y que percibía un canon de arriendo a razón de un inmueble de su propiedad de $350.000, aspectos que corroboró la activa en

su declaración, debiendo precisarse que si bien sostuvo que el valor del arriendo que recibía era de $300.000, lo cierto es, que la información consignada en el Informe de Investigación de la Reclamación de la Pensión y que se entiende proviene de la misma demandante, se indicó que recibía por ese concepto $350.000. Es decir, que por lo menos mensualmente para la calenda de la muerte del *de cujus,* la actora contaba con unos ingresos por concepto de pensión y arriendo de $828.116 (salario mínimo 2019) y $350.000, respectivamente, obteniendo unos ingresos mensuales netos para 2019 de $1.078.742, después de los descuentos a salud de la pensión que percibe.

Ahora, en cuanto a la ayuda que proporcionaba HECTOR LUIS URREA CONTRERAS a su núcleo familiar, desde la demanda se afirmó que se hacía cargo del 80% de los gastos del hogar, con los cuales se satisfacían lo concerniente a alimentación y vestuario, señalando actora en el interrogatorio de parte que depuso que éste le ayudaba mensualmente con $1.000.000; entre tanto, la testigo MARTHA ZABALA LEON dijo que el causante le daba a la actora como $500.000, y que eso lo vio unas dos veces en el año 2012, agregando que éste le dijo que a veces le ayudaba a la mamá con lo que le alcanzaba, entre tanto, el testigo JHON DEIVY BUSTOS VILLA expuso que el occiso le había dicho que ayudaba en su casa con los gastos del hogar como arriendo y mercado, pero nunca estuvo presente cuando su amigo le entregó el dinero a la demandante.

De esa forma, concluye la Sala que si bien la jurisprudencia ha dicho que no es necesario acreditar el monto exacto de lo aportado por el causante, no puede pasarse por alto que existen evidentes contradicciones al respecto, como viene de verse, pues de un lado se dijo que la ayuda era del 80% de los gastos del hogar, por su parte la actora refirió que le daba $1.000.0000, la testigo MARTHA ZABALA refirió que vio en dos ocasiones que el afiliado le dio a su progenitora $500.000, y que le había dicho que a veces le ayudaba a su progenitora con lo que le alcanzaba; a su vez el testigo JHON BUSTOS si bien dijo que el causante le dijo que ayudaba en su hogar, es un aspecto que

directamente no le consta, y esa ayuda entiende la Sala no podía estar destinada al pago de arriendo, porque los mismos testigos y la actora dijeron que el causante y su familia vivían en una casa de su propiedad, inmueble del cual se dijo que era de los hijos de la actora el cual habían recibido de una herencia del padre de estos.

Adicionalmente, no puede soslayarse que en el Informe de Investigación de la Reclamación se dijo que los ingresos de la actora eran de $ 1.131.242, suma que se acompasa con los ingresos que se concluyó anteriormente, además se dijo que los gastos del grupo familiar eran de $571.000, los cuales la gestora asumía en un 100%, lo que contradice lo expuesto por la activa en el interrogatorio de parte que rindió, en donde dijo que sus gastos mensuales y no los del núcleo familiar eran de $1.000.000, tampoco se allegó evidencia de que en efecto el occiso le colaborar a su hermano FIDEL con los pasajes para ir a estudiar, pues recuérdese que se dijo que éste al igual que el causante también laboraba y estudiaba, por lo que no resulta consonante esa ayuda y si fue de esa forma, pudo ser una ayuda esporádica, como tampoco se probó la ayuda que brindaba el afiliado al hermano menor.

En resumidas cuentas, para la Sala de las probanzas aquí analizadas no se puede determinar, como bien lo concluyó la Juez de instancia, que la actora dependiera económicamente del causante, en tanto, no se probó un monto por lo menos aproximado de la ayuda que este suministraba no solo a su progenitora, sino al grupo familiar completo para su sostenimiento, quedando solo en presunciones las aseveraciones de los testigos y de la misma actora sobre el asunto.

De otra parte, tampoco se puedo establecer la periodicidad del aporte en cuestión, pues recuérdese que uno de los testigos dijo que este había referido que a veces ayudaba a su madre con lo que podía, de modo, que el aporte no era regular y periódico, y menos aún se comprobó por parte de la demandante que esa ayuda fuera significativa, de modo tal, que sin esa ayuda se viera afectada la estabilidad económica de la familia al faltar la ayuda del hijo

fallecido, por el contrario, de lo visto hasta ahora, en el caso de marras se evidencia que la actora era autosuficiente y que en últimas era quien asumía los gastos familiares, iterándose así, que no se acreditó la dependencia económica de la promotora respecto del afiliado fallecido.

En virtud de todo lo anterior, no le queda otro camino a la Sala que confirmar la sentencia de primer grado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Sin **COSTAS** en esta instancia al no haberse causado.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de marzo del 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esa providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **11 2018 00260 01**
Demandante:	MELQUISEDEC PULIDO AHUMADA
Demandados:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 7 de junio de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MELQUISEDEC PULIDO AHUMADA promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRUICULTURA Y DESARROLLO RURAL, a fin de declararse que con el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 1981 y el 2 de febrero de

1995, para un total de 13 años, 4 meses y 19 días, así como que ostentaba la calidad de trabajador oficial, siendo beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1994 -1996, finiquito laboral que ocurrió por decisión unilateral e injustificada del empleador.

Igualmente, se declare que según los factores salariales establecidos en el artículo 124 de la CCT, su último salario promedio ascendió a la suma de $1.144.574.

Por consiguiente, se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, a reconocer y pagar la pensión convencional por despido injusto de que trata el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo a partir del 19 de febrero de 2010, junto con sus incrementos legales y mesadas adicionales de junio y diciembre, estableciendo el salario promedio del último año de servicios incluyendo todos los factores establecidos en el artículo 124 de dicha convención.

Se condene al ente ministerial encartado a que, sobre el salario indexado se establezca la primera mesada en un monto del 76% según lo preceptuado en el parágrafo segundo del artículo 97 convencional y pago de intereses moratorios a partir del 19 de febrero de 2010.

Asimismo, de manera subsidiaria a la cancelación de intereses moratorios, se paguen las sumas adeudadas en forma indexada, junto con lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró para el extinto IDEMA desde el 14 de septiembre de 1981 hasta el 2 de febrero de 1995, esto es, por espacio de 13 años, 4 meses y 19 días.

Que entre el IDEMA y la organización sindical SINTRAIDEMA se suscribió la Convención Colectiva de Trabajo vigente para las anualidades 1994-1996, siendo beneficiario de la misma al momento del finiquito laboral, terminación que sucedió injustificadamente mediante Resolución No. 060 del 2 de febrero de 1995, al igual que ostentó la calidad de trabajador oficial.

Expuso que el IDEMA fue suprimido mediante Decreto 1675 del 27 de junio 1997, siendo LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL quien asumiera todas las obligaciones prestacionales.

Que, según certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas, durante el último año de servicios devengó como factores salariales los referentes a su salario básico, primas semestrales y primas de vacaciones, para un salario promedio de $1.144.574, pero según lo arrojó su liquidación de prestaciones sociales, su salario promedio para liquidación ascendió a la suma de $1.023.038.32.

Expuso que nació el 9 de febrero de 1950 y cumplió 60 años de edad ese mismo día y mes de la anualidad 2010, lo que conllevó a que el 14 de julio de 2017 presentara reclamación administrativa solicitando el pago de la pensión convencional, la cual fue negada a través de oficio del 24 de octubre de 2017 por parte del ente ministerial.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas, arguyendo como medio defensivo el hecho que el Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales, expidió el Decreto 1675 de 1997 que suprimió el IDEMA, precepto que se ejecutó en su integridad y por ende, desapareció del ámbito nacional y legal, por lo que una de las consecuencias de la terminación de su existencia fue la disolución del Sindicato SINTRAIDEMA de conformidad con lo establecido en el artículo 407 del C.S.T.

Que es por ello que se pueda colegir que al vencimiento del término señalado en los artículos 1º y 7º del Decreto 1675 de 1997, el IDEMA quedó clausurado y liquidado definitivamente junto con el Sindicato SINTRAIDEMA.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, cobro de lo debido por inexistencia de la obligación, el acto legislativo restringe el reconocimiento de derechos pensionales, el derecho a la pensión de vejez del actor se consolidó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y la innominada o genérica.

En este punto, pertinente resulta poner de presente que el Juzgado *a-quo*, mediante proveído calendado el 18 de marzo de 2022, vinculó al presente trámite procesal a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARASFICALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, como sucesora procesal de LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, al asumir la primera la función pensional del liquidado INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO – IDEMA, ello de conformidad con lo establecido en los Decretos 1833 de 2016 y 1859 de 2021 (Fls. 394 a 395 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de junio de 2022, dispuso:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la demandada **UGPP** a reconocer y pagar a favor del ciudadano **Melquisedec Pulido Ahumada** una pensión de jubilación convencional a partir del 19 de febrero del 2010, en cuantía igual a tres millones sesenta y nueve mil novecientos noventa y siete pesos m/cte. **($3.069.997)** y en adelante por 14 mesadas anuales con los ajustes legales debidamente indexados de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** la compartibilidad pensional con la que eventualmente aquí se declara y la que actualmente viene percibiendo el*

*ciudadano **Melquisedec Pulido Ahumada** de conformidad con lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: CONDENAR** a la demandada **UGPP** a reconocer y pagar a favor del ciudadano **Melquisedec Pulido Ahumada** el mayor valor resultante si lo hubiere entre la pensión que hoy se declara y la que percibe a partir del 24 de Julio de 2014 a razón de 14 mesadas al año las que se causen con los reajustes legales anuales a los que haya lugar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

***CUARTO: AUTORIZAR a la UGPP** a descontar los aportes del sistema general de seguridad social en salud del retroactivo a que haya lugar de sufragar al demandante **Melquisedec Pulido Ahumada** el cual se deberá cancelar desde el 24 de Julio del 2014.*

***QUINTO: ABSOLVER** a la demandada **UGPP** de las demás pretensiones incoadas en su contra de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

***SEXTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de todas y cada una de las mesadas pensionales causadas y no pagadas con anterioridad al 24 de Julio del 2014, de acuerdo a lo expuesto a la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEPTIMO: CONDENAR** a la demandada en Costas del proceso. Liquídense por secretaría incluyendo la suma de un millón doscientos mil pesos mcte **($1.200.000)**, como valor en que se estiman las agencias en derecho y de conformidad con la normativa esbozada en la parte motiva de esta sentencia.*

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

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* en primer lugar, no ser objeto de reproche la relación laboral que existió entre el aquí demandante y el extinto IDEMA por el periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 1981 y el 2 de febrero de 1985, donde desempeñó como último cargo el de Profesional Especializado.

Seguidamente, expuso que el demandante es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el extinto IDEMA y la organización

sindical SINTRAIDEMA 1994 – 1996, como quiera que teniendo en cuenta el artículo 25 del texto convencional, dichas prerrogativas cobijaban a los trabajadores oficiales.

Que por tal razón, en virtud de lo preceptuado en el artículo 98 convencional, el demandante ostentó los requisitos allí contemplados, poniendo de presente también que en tratándose de la edad, la misma podía acreditarse en cualquier tiempo en la medida en que esta impacta es en el disfrute o goce de la prestación, mas no en su causación y titularidad como así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de allí que el actor hubiese adquirido la fecha de causación del derecho pensional el 2 de febrero de 1995.

Adujo que frente a la extinción del IDEMA, si bien la supresión de cargos o liquidación de entidades constituyen una forma legal de terminación de contratos de trabajo, tal situación no se convierte en una justa causa para relevar a las entidades de obligaciones sancionatorias, en este caso la pensión de jubilación.

Por ello, concluyó no existir duda del derecho pensional a favor del demandante, disfrute que empieza a operar al momento del cumplimiento de la edad de 60 años, esto es, para el caso del demandante a partir del 19 de febrero de 2010. En lo referente a la cuantía de la prestación, definió que teniendo en cuenta el texto convencional, corresponde al 76% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, puntualizando que los factores salariales a tener en cuenta son los regulados en el artículo 24 de la convención.

Que teniendo en cuenta lo anterior y, confrontada la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión de Entidades Liquidadas de LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, la cual relaciona lo devengado por el demandante en el último año de servicios y que una vez promediado, se obtiene la suma de $1.035.469, guarismo este que al ser

indexado entre la fecha del retiro y el cumplimiento de los 60 años de edad del actor, arrojó una monto de $4.039.470, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 76%, arroja un valor de la primera mesada pensional al año 2010 la suma de $3.069.997.

Seguidamente expuso que, en virtud del medio exceptivo de prescripción, este fenómeno operó respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad del 24 de julio de 2014.

Indicó entonces, que en el caso de que el demandante se encuentre percibiendo una pensión de carácter legal de vejez, existiría una compartibilidad pensional según el Acuerdo 029 de 1985, por lo que condenó a la UGPP reconocer y pagar a favor del actor el mayor valor resultante si lo hubiere entre esta prestación y la legal que ya se le hubiese otorgado, autorizando a su vez descontar del retroactivo los correspondientes aportes al sistema de seguridad social en salud.

Negó los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, argumentando que los mismos tan solo se reconocen para las pensiones de orden legal, por lo que no resulta procedente el reconocimiento de esos rubros dentro del presente asunto.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 son procedentes en toda clase de pensiones, sin importar la ley o régimen mediante el cual se haya reconocido la prestación.

Por su parte la UGPP arguyó en su apelación que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión convencional, ya que la misma perdió vigencia en virtud de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, de

allí que el actor debía cumplir con los requisitos pensionales antes de la expedición del mentado acto, por lo que en el asunto de marras deba aplicarse un criterio de causación en cuanto a la edad, y no un criterio de mera exigibilidad conforme a lo definido por la Corte Constitucional.

Al unísono, expuso que debido la data en que el actor cumplió la edad requerida para el reconocimiento prestacional, la norma aplicable no es la convención colectiva, sino la Ley 100 de 1993.

Por último, alegó no ser procedente el pago de costas y agencias en derecho en su contra, pues a razón de su naturaleza jurídica, dicha condena no opera de manera automático, siendo entonces una aplicabilidad de un criterio objetivo donde se determine la constitución de una mala conducta o maniobras dilatorias.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de auscultarse si al promotor de la litis le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de carácter convencional contenida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1994 -1996.

De resultar próspero el anterior aspecto, se establecerá si la prestación se vio afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005, así como si goza de prosperidad el pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de

1993, todo ello atendiendo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

c. Del caso en concreto:

Previo al análisis de fondo del asunto que aquí ocupa a la Sala, sea lo primero indicar que no fueron objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que el demandante nació el 19 de febrero de 1950 como da cuenta el Registro Civil de Nacimiento y la copia de la cédula de ciudadanía (Fls. 17 a 19 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

(ii) Que el demandante laboró al servicio del extinto IDEMA por el periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 1981 y el 2 de febrero de 1995, calenda última en que finalizó su contrato de trabajo según se constata con el Acta de posesión, la Resolución No. 060 del 2 de febrero de 1995, así como la certificación laboral emitida por LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL el 5 de julio de 2000 (Fls. 13, 15 y 270 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

d. De la pensión de carácter convencional:

Ahora bien, el promotor de la litis, como ya se refirió, pretende que se le reconozca y pague la pensión regulada en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1994 -1996 que se suscribiera entre el extinto IDEMA y el Sindicato SINTRAIDEMA, al considerar que cumple con los requisitos allí contenidos.

Para desatar el problema jurídico establecido, es necesario traer a colación lo establecido en el art. 469 del CST:

> "*La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará*

necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto."

Es así que, al revisar el plenario, se aprecia que la Convención Colectiva de Trabajo aportada (Fls. 20 a 80 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO), fue la celebrada por el IDEMA y SINTRAIDEMA, vigente para 1994-1996, la cual contiene la constancia de depósito y en consecuencia es fuente de derecho, además por cumplir con los presupuestos del artículo 467 del C.S.T.

En tal sentido, el artículo 98 convencional regula la pensión en caso de despido injusto, que dispone:

"El trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, que sea despedido sin justa causa después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido."

De la citada disposición convencional se extrae que dos son los requisitos para acceder a la pensión de jubilación que se pretende: (i) haber laborado más de 10 años y menos de 15 años continuos o discontinuos en el IDEMA y, (ii) haber sido despedido de manera injusta.

Al respecto se tiene que, como ya se hizo mención, obra el Acta de Posesión, la certificación emanada por el Ministerio de calenda 5 de julio de 2000 y la Resolución No. 060 del 2 de febrero de 1995, que dan cuenta que el actor laboró al servicio del extinto IDEMA por el periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 1981 y el 2 de febrero de 1995, esto es, por espacio de 13 años, 4 meses y 19 días.

Bajo este escenario, la Sala puntualiza que teniendo en cuenta la defensa de la encartada al sostener que la finalización del vínculo laboral con el demandante

fue legal, su argumento se cae de peso, en la medida que, conforme lo ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares, siendo uno de ellos el expuesto en la sentencia SL5183-2019, Radicación No. 68972 del 27 de noviembre de 2019, donde expuso:

> "[…] *esta Sala de la Corte, de manera reiterada ha sostenido, que si bien la terminación del contrato laboral de los trabajadores oficiales con ocasión a la clausura o liquidación de la entidad, como consecuencia de una orden del legislador es legal, no implica que la desvinculación del trabajador esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas por el artículo 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945*".

Así pues, se acreditó el segundo de los requisitos para lograr la pensión que se pretende, siendo la edad un requisito únicamente aplicable para la exigibilidad de la prestación, posición que fue igualmente expuesta en la precitada providencia y en la sentencia SL3150-2019, incluso en otras como lo son la SL4538-2018, Radicación No. 55317 del 10 de octubre de 2018, SL4473-2021, Radicación No. 81387 del 28 de febrero de 2021, SL060-2022, Radicación No. 82717 del 24 de enero de 2022, por lo que, como ha manifestado la Alta Corporación, tampoco es viable afirmar que dicha Convención Colectiva de Trabajo solo produjo efectos jurídicos hasta la fecha de liquidación de la entidad, pues en el presente caso la pensión se causó el 19 de febrero de 2010, calenda última en que el actor cumplió 60 años de edad.

Así las cosas, en efecto le asiste derecho al demandante, al reconocimiento y pago de la pensión bajo estudio, advirtiéndose que el monto fulminado en primera instancia luce acertado, pues aplicó una tasa de reemplazo del 76% conforme lo dispone el Parágrafo 2º del artículo 97 de la convención que reza: *"El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será el equivalente al setenta y seis por ciento (76%) del promedio del salario percibido por el Trabajador durante el último año de servicio"*, junto con el último salario devengado por el actor en el último año de servicios teniendo en cuenta los factores de que trata el artículo 124 convencional, salario que se corrobora

según lo certificado por el ente ministerial como da cuenta la certificación expedida el 27 de marzo de 2018, el cual, luego de ser promediado ascendió a la suma de $1.035.469, aspectos todos que se acompasan con las normas y jurisprudencia que rigen la materia, además de este haberse indexado debidamente desde el año 1995 hasta el año 2010, anualidad última en la cual se hizo exigible el derecho, pues se itera que, como da cuenta tanto el Registro Civil de Nacimiento como la cédula de ciudadanía, el demandante cumplió 60 años de edad el 19 de febrero de 2010.

Por otro lado, como lo afirmó el operador de instancia el derecho pensional convencional no se vio afectado por lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que la demandante cumplió los requisitos de causación, como se vio, el 2 de febrero de 1995, teniendo en cuenta el tiempo de servicios y la modalidad del despido, razón por la que se concluye que a la fecha de vigencia de la reforma constitucional, esto es, el 29 de julio de 2005, el actor tenía un derecho adquirido que debe ser respetado tal como lo contempla la norma constitucional objeto de estudio, situación por la que se confirmará la decisión bajo estudio en lo referente al reconocimiento de las 14 mesadas anuales, toda vez que al cumplirse con los presupuestos antes de la entrada en vigencia del referido Acto legislativo, ciertamente no se afectó por este y sus restricciones.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., en el asunto de marras el demandante presentó reclamación administrativa en los términos de que tarta el artículo 6º del referido Estatuto Procesal del Trabajo el 14 de julio de 2017, la cual fue objeto de respuesta en su momento por parte de LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRUICULTURA Y DESARROLLO RURAL el 24 de octubre de la misma anualidad, presentándose la demanda el 15 de mayo de 2018 conforme lo acredita el Acta individual de reparto.

Así las cosas, en atención del término trienal de prescripción, hay prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 14 de julio de 2014; no obstante, si

bien el *a-quo* determinó que las mesadas pensionales se pagarían desde el 24 de julio de 2014, este último aspecto se mantendrá incólume en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunta a favor de la entidad pensional.

En cuanto a los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe señalarse que habrá de confirmarse lo estimado en primer grado, como quiera que estos no resultan de aplicación frente a pensiones convencionales. Así, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1228-2023, Radicación No. 95857 del 17 de mayo de 2023, ha referido que *"No hay lugar a los intereses moratorios reclamados, toda vez que estos no proceden cuando se trata de pensiones de raigambre convencional (CSJ SL3240-2021, CSJ SL3239-2022)"*.

En el grado jurisdiccional de consulta, se advierte igualmente que la prestación aquí reconocida tiene el carácter de compartible con la pensión de orden legal que eventualmente le llegare a ser reconocida, ello por cuanto dicho efecto legal se habilitó respecto de las pensiones extralegales de conformidad con el Acuerdo 029 de 1985, norma que después también se reprodujo en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que, para todos los efectos legales, se autoriza a la UGPP (teniendo en cuenta la contingencia pensional que asumió del extinto IDEMA), para que en caso de que el demandante disfrute de una pensión de orden legal, sólo proceda a reconocer el mayor valor a que hubiere lugar entre las dos pensiones e igualmente a descontar los valores que corresponda en su caso y, así mismo, realizar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud, motivo este por el que se adicionará la decisión de primer grado.

En este punto, pertinente resulte disponer que del retroactivo generado se autoriza a la UGPP que descuente los respectivos aportes en salud.

Por último, es menester que la Sala ponga de presente que si bien el último cargo desempeñado por el demandante fue el de Profesional Especializado 3019-19, el cual le fue finalizado mediante la Resolución No. 060 del 2 de

febrero de 1995, daría en principio en el análisis probatorio llevado a cabo por esta Sala que el actor ostentara la calidad de empleado público.

No obstante, en un asunto de similares contornos fácticos analizados por la Alta Corporación, especialmente el mismo cargo aquí analizado de un trabajador al servicio del IDEMA, en sentencia 27899 del 31 de mayo de 2007 se puntualizó:

> *"Para examinar los cargos, es necesario tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, legislación con carácter permanente, según el art. 162 de la Ley 446 de 1998, resultan viables los planteamientos jurídicos esgrimidos, con independencia de las alusiones fácticas que sean incompatibles con las acusaciones.*
>
> *"No es tema de controversia que el "IDEMA" fue una Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura, denominado, a partir del 22 de junio de 1994, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, conforme al Decreto 1279 de 1994.*
>
> *"Bajo ese supuesto, por regla general, los servidores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales, según lo establece el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 que dice: "…Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".*
>
> *"En estas condiciones, y siendo aspecto discutido, el de la naturaleza jurídica de la vinculación de la actora a su empleadora el IDEMA, debe partirse, como lo señala el censor, de la regla general de ser trabajadores oficiales quienes se desempeñan en ese tipo de entidades, empresas industriales y comerciales del Estado, correspondía a la demandada acreditar la excepción prevista en la normatividad transcrita.*
>
> *"Sin embargo, así la entidad no procedió, puesto que del texto de la sentencia impugnada se desprende, como lo resalta la acusación, que no aparece la prueba de sus estatutos y el Tribunal, para fijar la categoría que correspondía a la demandante, se valió de la reseña contenida en la copia de un fallo emitido por esa misma Corporación (folio 125 cuaderno principal), respecto al Acuerdo 010 de 1993 y al Decreto 2001 de igual año, que, dijo, era el "Estatuto Interno del IDEMA", conforme con el cual "los profesionales especializados eran empleados públicos" (folio 277 cuaderno principal). De modo que la falta de aportación de los estatutos*

respectivos, impedía al juzgador tener por demostrada la reseñada excepción, respecto al tipo de vinculación.

En torno al punto hay que precisar que en tratándose de aquellos Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, como el invocado por el ad quem, que no tienen alcance general, toda vez que únicamente se contraen a una determinada entidad, deben probarse o demostrarse su existencia dentro del proceso por quienes quieran beneficiarse de ellos. Así se explicó en sentencia de 2 de Septiembre de 2004 Rad. 23388:

"Sin embargo, cumple advertir que las aludidas disposiciones, que en realidad el Tribunal no tomó en consideración, para los efectos del recurso extraordinario no pueden ser consideradas como normas sustanciales nacionales, pues, pese a que se trata de Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, corresponden a actos administrativos que no tienen el alcance general de las disposiciones a las que alude el numeral 1º del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuanto al establecer la planta de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, se circunscriben a regular cuestiones de índole administrativa que atañen exclusivamente a esa dependencia, de suerte que no son de obligatoria observancia, aparte de que no declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas concretas.

"Sobre el particular, conviene reiterar lo que, sobre normas análogas a las denunciadas por las recurrentes, ha explicado esta Sala de la Corte:

"Precisa, entonces, que la Corte reitere aquí su entendimiento de que cuando el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil hace referencia a las normas jurídicas de alcance nacional, indica no sólo las normas de alcance local, aquellas circunscritas en sus efectos a determinado territorio, sino que también apunta a aquellas normas que no trascienden el caso singular aun cuando tengan origen en el órgano o entidad competente para dictar normas de carácter general.

"Un ejemplo, por excelencia, de esta clase de normas se presenta en el decreto del ejecutivo que se limita a aprobar los estatutos de una entidad descentralizada, así sea ésta del orden nacional, pues, como lo ha observado la Corte reiteradamente, no se trata de 'normas de obligatoria observancia para todos los habitantes del país, ni de conocimiento presunto por las autoridades jurisdiccionales, característicos de la ley, sino apenas de reglamentos operantes dentro de la vida interna de la entidad respectiva, que sólo obligan a las personas vinculadas con ella y cuya existencia debe ser comprobada en juicio por quien las aduzca en su favor" (Sentencia del 7 de junio de 1984, Sección Segunda de la Sala de Casación Laboral. Radicación 10474).

"Y precisamente por tratarse de un ordenamiento de tal naturaleza, el ataque así planteado resulta también inestimable frente a la técnica de casación, toda vez que, el desconocimiento o la infracción de esta clase

de normas por parte del sentenciador de instancia no puede estructurar la causal primera de casación laboral, puesto que no se trata de una norma sustancial de carácter laboral…" (Sentencia de noviembre 25 de 1993. Sección Primera 6092).

"Pero aún si se entendiese que era viable denunciar la violación de las aludidas normas por la vía de puro derecho, cabe advertir que lo que en ellas se establece no puede servir de fundamento para establecer la condición de trabajadoras oficiales de las demandantes, por cuanto que de tiempo atrás ha explicado esta Sala que la naturaleza del vínculo jurídico que une a una persona con la entidad oficial a la que le presta sus servicios no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la de una de ellas, como lo sería en este caso la clasificación efectuada en los decretos que contemplan la planta de personal del Ministerio demandado y, en tratándose de los trabajadores oficiales, ha sido igualmente explícita al precisar que "determinar si la labor o actividad del sector público está relacionada directa o indirectamente con las obras públicas, a fin de calificar si se trata o no de un trabajador oficial, es cuestión de hechos y no legal, y por lo mismo en cada caso debe ser probada procesalmente…"

"Así, se reitera que resultaba imperativa la prueba de los estatutos del IDEMA, con la finalidad de analizar el supuesto de hecho aducido desde la respuesta a la demanda, concerniente a la condición de empleada pública de ACOSTA PADILLA, en contra de la regla general establecida en el artículo 5 del DL 3135 de 1968.

"De otra parte, como también lo señala el censor, el tema de la naturaleza jurídica de un vínculo laboral oficial no se determina por actos como el nombramiento del servidor, su posesión, o la liquidación de los haberes laborales; tampoco por la denominación que le otorgue la empleadora, sino que, tal cual se indicó, es la ley la que define el punto, de acuerdo con la clasificación de la respectiva entidad contratante. De ahí que no podía el sentenciador, sin transgredir el citado artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, concluir que aquellos actos hechos o circunstancias, son definitivos al momento de establecer la condición o clasificación del servidor público. Ese no es el mandato legal.

"Lo anterior resulta suficiente para reiterar, que el Tribunal incurrió en los yerros que le endilga la censura, en cuanto definió que la demandante AURA INÉS ACOSTA PADILLA era empleada pública, sin el soporte legal, ni probatorio que correspondía al caso. Se quebrantará, por lo tanto, la decisión acusada, que confirmó la absolutoria proferida por el quo."

Por tal razón, palmario resulta entonces que el cargo ostentado por el actor en el asunto de marras ni si quiera fue refutado, situaciones todas que conllevan

a colegir la confirmación de la sentencia de primera instancia en atención de los argumentos expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de junio de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **14 2020 00356 01**
Demandante:	MARIO FERNANDO PINZÓN BOHÓRQUEZ
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada LORENA PAOLA CASTILLO SORIANO, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.505.290 y T.P. 404.442 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MARIO FERNANDO PINZÓN BOHÓRQUEZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia de traslado realizada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la referida PORVENIR S.A. en el mes de junio de 1995. Asimismo, se declare válidamente afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes realizados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con los rendimientos y demás sumas causadas, ordenado a su vez a COLPENSIONES, contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas provenientes del régimen privado, al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

Subsidiariamente, pretende se declare la nulidad del traslado que realizara con destino de Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de PORVENIR S.A.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que en el mes de junio de 1979 se afilió al sistema general de pensiones por intermedio del extinto ISS en calidad de trabajador dependiente, trasladándose con destino del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el mes de junio de 1995 a través de la AFP HORIZONTE hoy en día PORVENIR S.A.

Que la afiliación al régimen privado no estuvo precedida de una asesoría realmente informada por cuanto no fue completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, como quiera que en ningún momento fue informado y contextualizado respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen

de Ahorro Individual con Solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este régimen y, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que, de las pruebas acreditadas al plenario, así como de los fundamentos fácticos y jurídicos mencionados en la demanda, evidente resulta que el demandante no acreditó los supuestos legales para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 1995, como quiera que se encontraba dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003.

Asimismo, refirió que el traslado de régimen del demandante no ocurrió con relación de los actos de relacionamiento.

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

PORVENIR S.A. expuso en su contestación la afiliación del demandante a sus dependencias estuvo precedida de una información completa, clara, veraz y oportuna, la cual tuvo como propósito brindarle al actor información tendiente a que tuviera elementos de juicio suficientes para tomar la decisión de realizar

traslado de régimen pensional, de conformidad con lo estatuido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de febrero de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante señor **MARIO FERNANDO PINZÓN BOHÓRQUEZ**, del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por **COLPENSIONES**.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, donde se encuentra afiliado el demandante, a trasladar a **COLPENSIONES**, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros previsionales de garantía de pensión mínima, mismos que deben retornarse a COLPENSIONES debidamente indexados.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a **COLPENSIONES**, registrar en la historia laboral del demandante, los aportes que realizaron en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR S.A**.*
>
> *"**CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas de la acción a las entidades demandadas."*

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia expresó que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencias SL 1688 de 2019, SL 4811 de 2020, SL 145 de 2021 y SL 587 de 2021, ha enfatizado que se genera la ineficacia del traslado ante la falta al deber de información por parte de los fondos de pensiones, con antelación al acto de

traslado, lo que no se suple con la suscripción del formulario de afiliación, pues a lo sumo ese documento da cuenta de un consentimiento libre de vicios, pero no informado; deber que ya existía desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, coligió que dentro del asunto de marras no se logró acreditar por parte de la AFP una debida asesoría y buen consejo al momento del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, el mismo no confesó situación alguna respecto de la debida asesoría deprecada por la demandada, por lo que declaró la ineficacia del traslado.

Por consiguiente, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar con destino de COLPENSIONES todos los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, mismos que deben retornar debidamente indexados y que deben asumir de sus propias utilidades, como quiera que el acto jurídico de traslado fue ineficaz, por tanto esos rubros deben ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que la anterior obligación en igual sentido recae sobre las AFP donde se produjo la migración de régimen y aquellas donde estuvo vinculado el demandante sobre el tiempo de permanencia en estas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación. Indicó en su alzada revocar la sentencia en su integridad, bajo el entendido que, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también esta alta

Corporación ha mencionado que tal procedente no se puede aplicar de manera indiscriminada a todos los asuntos ante el incumplimiento del deber de información.

En tal sentido, se aprecia en el asunto de marras que el demandante realizó su traslado de una manera voluntaria e informada de conformidad con la normatividad vigente, máxime si suscribió libre y espontánea el formulario de afiliación.

Frente a la devolución de los rendimientos, adujo que al haberse declarado la ineficacia del traslado, ello implicaría que los recursos que se trasladen bajo este concepto deben corresponder a los que se hubiesen generado en la reserva del ISS hoy COLPENSIONES, y no los que se hubieran girado en sus reservas, pues evidente resulta que los rendimientos ocasionados en el Régimen de Ahorro Individual fueron superiores a los del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inclusive llevando una buena administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor.

Que tampoco debe proceder la devolución de los emolumentos indexados, toda vez que se estaría incurriendo en una doble condena, ni mucho menos debe prosperar condena alguna a razón de costas procesales.

COLPENSIONES por su parte también solicitó la revocatoria de la sentencia de primer grado en su totalidad, argumentando la relatividad jurídica, entendida esta en que, como entidad es un tercero ajeno de los actos jurídicos celebrados entre el demandante y PORVENIR S.A., de allí que no pueda ser favorecida ni perjudicado con la declaratoria del traslado, adicional a que se está afectando el equilibrio financiero de conformidad con los preceptos del artículo 48 de la Constitución Política.

Expuso que el actor en la actualidad se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 para poder retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las

consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro*

pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 21 de junio de 1995 (Fl. 51 – PDF 14 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de*

información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, el aquí demandante señor MARIO FERNANDO PINZÓN BOHÓRQUEZ en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1995 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, como advertirle las características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

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

cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las

circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del*

traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse y demás rubros apelados según la alzada de PORVENIR S.A., más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos

por lo que la decisión de primera instancia habrá de adicionarse y modificarse la orden emitida en primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las apelantes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como quiera que no gozaron de prosperidad los recursos de alzada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primer grado proferida por el Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada a esa administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de cada una de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de

$500.000 para cada demandada y a favor la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **14 2021 00109 01**
Demandante:	NORMA BARRIOS MENESES
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada SHARIK ALEJANDRA MATÉUS DÍAZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.010.240.279 y T.P. 403.454 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería en representación de COLPENSIONES a la profesional del derecho PAOLA ALEJANDRA MORENO VÁSQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.030.536.323 y T.P. 217.803 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NORMA BARRIOS MENESES promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A. el 21 de noviembre de 1997 y la afiliación que efectuó a PORVENIR S.A. el 22 de junio de 1999, por incumplimiento al deber de información lo que generó un error de hecho que vició su consentimiento. Asimismo, se declare que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Consecuencialmente, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a registrar en sus sistemas de información que las afiliaciones que realizó en el régimen que administran estuvieron viciadas de nulidad por error de hecho. A su vez, se condene a esas demandadas a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que obren en su cuenta individual de ahorro, junto con los rendimientos financieros y se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en esa administradora y actualizar su historia laboral teniendo en cuenta las cotizaciones que realizo en el régimen de ahorro individual con solidaridad a través de los fondos privados accionados, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de octubre de 1969, y laboró para la FUNDACION CIRE desde el 15 de septiembre de 1994 al 31 de marzo de 2000, sin embargo, su afiliación al régimen de prima media con prestación definida data del 11 de enero de 1995 donde alcanzó 141.14 semanas y que posteriormente, el 21 de noviembre de 1997 fue afiliada a PROTECCIÓN S.A. la cual fue producto de un traslado masivo de los trabajadores de la empresa para la cual laboraba, sin que el asesor del fondo privado les explicara las características, ventajas, desventajas, beneficios y

condiciones que le conllevaría el traslado de régimen pensional, misma situación que se presentó en su traslado a PORVENIR el 22 de junio de 1999.

Relató que los fondos privados no realizaron una proyección de su escenario pensional, aunado a que no le informaron sobre la posibilidad de retornar al régimen de ahorro individual antes de estar a menos de diez años de la edad de pensión. Añadió que a razón de una asesoría que contrató por cuenta propia se percató que su mejor opción de pensión es el régimen de prima media con prestación definida, por lo que solicitó a los fondos privados demandados que procedieran anular su afiliación a esas administradoras por la falta de asesoría y que procedieran a trasladar sus aportes a COLPENSIONES, entidad a la que solicitó su activación en el régimen que administra, pedimento que no ha sido resuelto por las encartadas. Finalmente, sostuvo que PORVENIR S.A. le proyectó una mesada pensional el 14 de octubre de 2020 de $877.803, suma irrisoria frente a la que obtendría en COLPENSIONES.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó demanda indicando que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido y eficaz, recordando que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general y la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, solo nació a partir del inciso 4º del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, carga que pretende imponer la actora para fecha del traslado de régimen, enfatizando que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada la afiliación, después de recibir asesoría verbal amplia y suficiente.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 10).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del petitum, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y

de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento de la actora, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto, traslado de aportes y la innominada o genérica. (archivo 11)

COLPENSIONES refirió que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad al haber suscrito de manera voluntaria, sin que pueda dejarse de lado que al momento de efectuarse la afiliación al RAIS, no se encontraba inmersa en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época en que efectúo el traslado de régimen pensional y por ende es válido conforme lo indica la normatividad, en tanto que la suscripción del formulario denota aceptación de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Impetró las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48

de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 12)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora NORMA BARRIOS MENESES del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra vinculada actualmente la demandante, a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima, los cuales deben retornarse debidamente indexados. Debiendo igualmente PROTECCIÓN S.A. hacia donde se verificó la migración de régimen reintegrar a COLPENSIONES los valores que cobró por aquellos conceptos y durante el tiempo en que permaneció la demanda allí afiliada en las mismas condiciones, es decir, debidamente indexados.*
>
> *TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.*
>
> *"CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas."*

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia comenzó por precisar que según la jurisprudencia el presente asunto debía resolverse bajo el régimen de las ineficacias y no de las nulidades como lo solicita la parte actora, igualmente, señaló que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencias SL 1688 de 2019, SL 4811 de 2020 y SL 557 de 2021, ha enfatizado que se genera la ineficacia del traslado ante la falta al deber de información por parte de los fondos de pensiones, con antelación al acto de traslado, lo que no se suple con la suscripción del formulario de afiliación, pues a lo sumo ese documento da cuenta de un consentimiento libre

de vicios, pero no informado; deber que ya existía desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, coligió que dentro del asunto de marras no se logró acreditar por parte de la AFP una debida asesoría y buen consejo al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., máxime si se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, la misma no confesó situación alguna respecto de la debida asesoría deprecada por las demandadas, por lo que declaró la ineficacia del traslado, incluidos el traslado horizontal realizado ante PORVENIR S.A.

Por consiguiente, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar con destino de COLPENSIONES todos los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, mismos que deben retornar debidamente indexados y que deben asumir de sus propias utilidades, como quiera que el acto jurídico de traslado fue ineficaz, por tanto esos rubros deben ingresar al régimen de prima media con prestación definida como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, obligación que recae en igual sentido sobre las AFP de donde se produjo la migración de régimen sobre el tiempo de permanencia en ese fondo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Expuso en su alzada encontrar inconformidad atinente a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional y la devolución de las sumas a las cuales se le condena en forma indexada, bajo el entendido que de conformidad con lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que el traslado a PROTECCIÓN se llevó a cabo de forma libre y voluntaria y sin presiones dando cabal cumplimiento a la normas que rigen el traslado de régimen, agregando que brindó de forma verbal la debida asesoría, siendo muestra de ello la suscripción del formulario de afiliación el cual era el único

documento exigible al momento del traslado, aunado a que la actora se trasladó a ese fondo de pensiones.

En cuanto a la orden de devolver los gastos de administración indexados, dijo que se trata de un descuento autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, rubros que ya no se encuentran en su poder en tanto fueron usados para producir frutos y rendimientos a favor de la actora, luego los incrementos en la cuenta de ahorro de ésta fueron producto de su buena gestión. Asimismo, relató que parte de esas sumas se usaron para cubrir los riesgos de invalidez y muerte durante el tiempo que ha estado afiliada a ese fondo, de modo que la devolución de los gastos de administración conlleva a un enriquecimiento sin causa de parte de COLPENSIONES, y se pasan por alto las restituciones mutuas, por lo que solicita se revoquen las condenas por gastos de administración e indexación de las condenas.

COLPENSIONES por su parte argumentó que debe revocarse la sentencia de primer grado, como quiera que como entidad pensional es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante y las AFP encartadas, de allí que no pueda verse perjudicada de la decisión, lo que conllevaría a afectar el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, a lo que se suma que la gestora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado.

Que en caso de que proceda la ineficacia, las AFP deberán pagar los perjuicios económicos generados al retornarse el demandante nuevamente al régimen de prima media con prestación definida teniendo en cuenta la teoría del daño.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 20 de noviembre de 1997, y el traslado horizontal que realizó a PORVENIR S.A. el 22 de junio de 1999 en la cual se encuentra vinculada en la actualidad, traslado inicial que se hizo efectivo a partir del 1º de enero de 1988, según se colige con el reporte SIAFP (f. 27, 29 archivo 11 y f. 59 archivo 10).

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

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada PROTECCIÓN, quien señaló que ese fondo solo cuenta con el formulario de afiliación y que la información correspondiente a las características y condiciones de los regímenes pensionales se dio de forma verbal al momento de la afiliación, calenda para la cual no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales.

La representante legal de la demandada PORVENIR, en su declaración refirió frente al traslado horizontal que realizó la actora, que solo cuenta con el formulario de afiliación el cual da cuenta de la asesoría que le brindó verbalmente en el que informó sobre las características y condiciones de los regímenes pensionales, acotando igualmente que para esa época no existía obligación de realizar proyecciones pensionales.

Entre tanto, la aquí demandante señora NORMA BARRIOS MENESES en el interrogatorio de parte a ella practicado mencionó que el asesor de

PROTECCIÓN se presentó en su lugar de trabajo y que por disposición de su empleador a través del jefe de personal les dijo que debían afiliarse a ese fondo, lo cual en últimas era una condición para continuar con el trabajo, razón por la cual suscribió el formulario de afiliación, documento que ya había sido diligenciado previamente por el asesor el cual no les dio mayor información; de la misma forma, refirió que recibió extractos pero no tenía claridad sobre la información allí consignada y que su afiliación a COLPATRIA se dio en similares condiciones a las de PROTECCIÓN sin que el asesor le diera más información.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

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

de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales,*

sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la Juez de primer grado, debiendo además señalarse que la condena por perjuicios que reclama COLPENSIONES en su alzada, no es factible en tanto no fue un asunto debatido en el trámite procesal. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las apelantes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como quiera que no gozaron de prosperidad los recursos de alzada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de marzo de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrente COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000, a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán

ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **15 2021 00617 01**
Demandante:	JOSE ERNEY CORONADO LEON
Demandados:	UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

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

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSE ERNEY CORONADO LEON promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP, a fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional consagrada en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el I.S.S. y SINTRASEGURIDADSOCIAL 2001 – 2004, y se declare que la demandada debe reconocer y pagar dicha pensión desde el 30 de mayo de 2008, cuando cumplió el tiempo de servicio.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la encartada a liquidar y pagar la pensión convencional en aplicación del artículo 98 de la citada CCT, teniendo en cuenta el promedio mensual de lo percibido en los últimos tres (3) años de servicio y la totalidad de factores salariales percibidos, se condene a indexar la base salarial de los años 2005, 2006 y 2007 al momento de liquidar la primera mesada pensional. Se condene a la demandada a pagarle las diferencias adeudadas entre la pensión convencional y la legal desde la fecha de exigibilidad de la pensión convencional, junto con la indexación de cada una de las mesadas adeudadas y las adicionales, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que prestó sus servicios ininterrumpidamente al Instituto de Seguro Social - Seccional Huila, desde el 14 de mayo de 1988 hasta el 25 de junio de 2003, para un total de 5.442 días, desempeñando el cargo de celador, código 4097 - Grado 13 en la Unidad Médica Clínica Federico Lleras Acosta de la Seccional Huila, precisando que ostentó la calidad de trabajador oficial y beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL 2001 - 2004.

De otra parte, agregó que mediante Decreto Ley 1750 de 2003 se escindió el Instituto de Seguros Sociales, por lo que quedó automáticamente incorporado y sin solución de continuidad en la planta de personal de la extinta E.S.E. Policarpa Salavarrieta, en donde desempeñó en el mismo cargo de celador desde el 26 de junio de 2003 al 30 de mayo de 2008, es decir, un total de 1.775 días. En esa medida la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en liquidación le reconoció la pensión legal de jubilación mediante la Resolución 000301 de 27 de junio de 2008, en cuantía inicial de $750.932.

En otro giro, refirió que la UGPP asumió el pasivo de las obligaciones pensionales del ISS en su calidad de empleador y la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en virtud de la sustitución patronal, por tanto, el 8 de julio de 2021 solicitó a esa entidad el reconocimiento de la pensión convencional, conforme lo reglado en el artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL por considerar que cumple con los requisitos allí

dispuestos, pedimento que fue negado por la pasiva mediante oficio No. 1430 Radicado 2021143002083161 de 19 de julio de 2021, aduciendo que no procede un nuevo estudio de la pensión al haberle sido otorgada la pensión legal de jubilación, mediante la Resolución 000301 de fecha 27 de junio de 2008, por la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA, agotando así la reclamación administrativa. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que no procede el reconocimiento de la pensión deprecada por el promotor, por cuanto ya reconoció una pensión de jubilación en atención a los tiempos sobre los que pretende el reconocimiento de la pensión que demanda con fundamento en la convención colectiva de trabajo suscrita entre el extinto ISS y sus trabajadores.

Formuló como excepciones las que denominó como prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios o indexación y buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales. (archivo 13)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022, condenó a la demandada UGPP a reconocer y pagar al actor a partir del 1º de junio de 2008 la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo 98 de la C.C.T. celebrada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004, en suma inicial de $782.535, subrogando o reemplazando la pensión de carácter legal que venía siendo reconocida por la entidad en monto de $750.932. Ordenando pagar las diferencias que se han venido causando entre la pensión legal y la convencional.

Adicionalmente, dispuso que las diferencias que se generaron entre la pensión legal y la convencional y que no encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, y que corresponden a la mesada catorce (14) por la compartibilidad presentada entre la pensión convencional y la pensión legal reconocida por

COLPENSIONES, y que no que están prescritas, refiere a la causada en junio de 2019 y subsiguientes, las cuales debe pagar la demandada debidamente indexadas al momento de su pago con inclusión en nómina, reiterando que la mesada catorce es el mayor valor a cargo de la UGPP. Por otra parte, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 8 de junio de 2018 y condenó en costas a la accionada.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia comenzó por indicar que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si era factible sustituir la pensión legal que le fue reconocida al actor por la pensión convencional que reclama, por ser más favorable y en esa medida se paguen las diferencias que se han causado entre una y otra.

En virtud de lo anterior, sostuvo que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución 301 de 27 de junio de 2008 por parte de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en monto inicial de $750.932. Además, precisó que al demandante 13 de julio de 2013 el I.S.S. hoy Colpensiones le reconoció una pensión de carácter legal en suma de $1.140.368. y que la pensión legal que viene reconociendo Colpensiones es compartida con la convencional conforme con el acuerdo 049 de 1990 según los artículos 17 y 18.

Seguidamente, hizo alusión al artículo 98 de la C.C.T. y al Acto Legislativo 01 de 2005, para referirse a la vigencia del acuerdo convencional que se solicita aplicar al caso en concreto, para lo cual hizo alusión a la sentencia CSJ-SL3635-2020 que analiza lo atinente a la vigencia de las Convenciones Colectivas, en especial la que aquí se estudia, concluyendo que las vigencia de los acuerdos convencionales se da hasta cuando las partes lo pactan, incluso más allá del 31 de julio de 2010, lo que sucede con el citado artículo 98 dado que se acordó su vigencia incluso hasta 2017.

Así las cosas, adujo que el actor acreditaba los presupuestos exigidos por la norma convencional, que exige haber sido trabajador del ISS, acreditar la edad de 55 años para los hombres y 20 años de servicios a dicha entidad, precisando que el actor laboró al servicio del ISS del 14 de mayo de 1988 al 25 de julio de 2003 en el ISS Seccional Huila y del 26 de julio de 2003 al 30 de mayo de 2008 en la

ESE Policarpa Salavarrieta, producto de una escisión del ISS, con lo que se acredita que el demandante laboró más de veinte años al servicio del ISS, tal como lo acepto la referida ESE en la Resolución 301 de 2008 mediante la cual le reconoció la pensión de jubilación, además indicó que cumplió la edad de 55 años el 10 de mayo de 2007, pues nació el mismo día y mes de 1952, y los veinte años de servicios el 14 de mayo de 2008, al haber ingresado el 14 de mayo de 1988, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 98 de la C.C.T. para acceder a la pensión de jubilación.

A continuación, al realizar las operaciones aritméticas para obtener el monto de la mesada pensional conforme lo indicado en el citado artículo 98, que refiere al 100% del promedio de lo devengado en los últimos tres años laborados, es decir, del 31 de mayo de 2005 a 31 de mayo de 2008 según los certificados CETIL, y poniendo de presente que si bien en el interrogatorio de parte el actor dijo que prestó sus servicios de forma continua, en algunos periodos no obra salario, así las cosas, al establecer el promedio tuvo en cuenta los salarios, prima de servicios, auxilio de alimentación, unos viáticos que son factor salarial y la prima de vacaciones obteniendo un promedio para el año 2005 de $829.899, en 2006 el promedio fue de $777.428, para 2007 de $526.882 y para 2008 de $811.889, y al actualizar esos salarios a 2005 arroja $1.018.665, en 2006 de $858.452 y para 2007 de $556.865 y para 2008 de $811.889, lo que arroja una primera mesada de $782.535 que es superior a la prestación de carácter legal que le fue reconocida en suma de $752.932.

En otro giro, sobre la excepción de prescripción declaró prescritas las diferencias por concepto de mesadas causadas con anterioridad al 8 de julio de 2018, en tanto, presentó reclamación administrativa el 8 de julio de 2021. Ordenando pagar las diferencias que no están afectadas por el fenómeno prescriptivo.

De otro lado, menciono los artículos 16 y 18 del Acuerdo 049 de 1990 indicando que al actor se le reconoció una pensión legal de acuerdo a las cotizaciones que efectuó a través de su empleador y que tenía el carácter de compartida, sucediendo lo mismo con la pensión convencional que se estudia, enfatizando que al demandante se le reconoció por parte de Colpensiones una pensión legal a partir del 13 de julio de 2013 en suma de $1.140.368, que es superior a la pensión de jubilación que venía percibiendo de $904.113 y a la que le correspondería por

esta sentencia de $942.162, entonces se subroga en forma total el empleador pues no hay mayor valor entre el valor que venía reconociendo y el que reconoció Colpensiones por lo que quedaría liberada la UGPP.

Sin embargo, al reconocerse la pensión convencional a partir del 14 de mayo de 2008 y según los dispuestos en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, la pensión de jubilación se reconoció a razón de catorce mesadas, pero la que reconoció Colpensiones lo fue por trece mesadas, luego, el mayor valor a cargo de la UGPP consiste en el valor de la mesada catorce, la cual ha venido pagando de manera incompleta pues ha sido en un valor inferior, por lo que debe pagar la diferencia causada por mesada catorce que se paga en junio de cada año, correspondiente a la de 2019, pues reconoció $1.158.544 y debía haber pagado con base en esta sentencia $1.207.300, es decir, adeuda una diferencia por concepto de mesada catorce para 2019 de $48.757, para 2020 de $50.610, a 2021 de $52.425 y para 2022 de $54.315, debiendo seguir reconociendo el mayor valor a razón de la mesada catorce y como la ha venido pagando, pero en un mayor valor, diferencias que debe indexar al momento del pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada UGPP la apeló. Argumentó en su alzada que al demandante la E.S.E. Policarpa Salavarrieta mediante Resolución 301 de 27 de junio de 2008 le reconoció una pensión de jubilación en cuantía inicial de $750.932, posteriormente, a través de la Resolución RDP 034114 de 15 de septiembre de 2016, la UGPP reajustó la mesada pensional por mayor valor a cargo de la que reconoció Colpensiones con la Resolución 227272 de 4 de septiembre 2013, las cuales se ajustan a la normatividad aplicable al caso; por lo que se debe revocar la sentencia, en tanto, no es posible aplicar el principio de favorabilidad al actor ya que no cumple con los requisitos de la convención colectiva de trabajo para acceder a la pensión de jubilación dispuesta en el artículo 98 de la C.C.T.

Lo anterior, como quiera que no es posible extender las reglas de interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005 frente a Convenciones Colectivas como la del I.S.S., la cual no estaba vigente para la fecha en que fue expedido el Acto Legislativo, según lo explicó la Corte constitucional en sentencia SU-555 de 2014,

por lo que esa convención perdió vigor el 31 de octubre de 2004, de modo que, son derechos adquiridos los causados hasta ese momento, sin que sea posible prorrogar el acuerdo convencional a razón de las prórrogas automáticas, según se expuso en sentencias C-314 de 2004 y SU-060 de 2001, enfatizando que la convención estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, por tanto, no se puede aplicar el principio de favorabilidad al actor en el presente caso pues no cumple con los requisitos de la convención, por lo que solicita no se acceda al pago de la mesada catorce pues ese aspecto ya se resolvió en las respectivas Resoluciones. Por último, solicita no se emita condena en costas pues dijo haber actuado conforme la normatividad aplicable al caso.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá entrar a dilucidar los siguientes problemas jurídicos; i) determinar si el demandante cumple con los requisitos contemplados en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo objeto de reproche para acceder a la pensión extralegal por parte de la encartada UGPP y si su valor es superior a la pensión legal que viene percibiendo, en caso positivo, se debe verificar ii) si esa pensión convencional es compartible con la pensión legal que recibe en la actualidad y si el mayor valor a pagar alude a la mesada catorce.

c. Del caso en concreto:

Previo a desatar los anteriores problemas jurídicos, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que al demandante, señor JOSE ERNEY CORONADO LEON, la ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN mediante Resolución No. 000301 de 27 de junio de 2008 le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación conforme lo dispuesto en el régimen de transición según lo dispuesto en el Decreto 1653 de 1977, en cuantía inicial de $750.932, a partir del momento

en que acreditara el retiro efectivo, lo cual sucedió a partir del 1º de julio de 2008 según se indica en Resolución RPD 034114 de 2016, dado que prestó sus servicios del 14 de mayo de 1988 al 25 de junio de 2003 al I.S.S. SECCIONAL HUILA y del 26 de junio de 2003 al 30 de mayo de 2008 en la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA, acreditando así más de veinte años de servicios y la edad de 55 años, pensión que sería compartida con la de vejez a cargo de COLPENSIONES, quedando a cargo del empleador que reconoció la de jubilación el mayor valor si a ello hubiere lugar. (f. 5 a 7 archivo 02 y archivo RDP 034114.pdf de la carpeta *15AnexoCorreo20220511ExpAdvoCC19184945*).

Adicionalmente, se encuentra que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 227272 de 4 de septiembre de 2013, reconoció una pensión de vejez de carácter compartida al promotor a partir del 1º de septiembre de 2013 en suma inicial de $1.133.111; la cual fue reliquidada a través de Resolución GNR 117095 de 24 de abril de 2015 elevando la cuantía a $1.140.368 con efectividad a partir del 13 de julio de 2013, mismo acto administrativo que negó el pago de la mesada catorce que fue suspendida a partir del año 2014, según acción de tutela y solicitud elevada por el gestor.

Mesada adicional que finalmente fue reconocida por la UGPP a través de Resolución RDP 034114 de 15 de septiembre de 2016, en la que se dijo que la mesada catorce (14) estaría a cargo de FOPEP en un 100% del valor equivalente a la mesada pensional que venía recibiendo antes de la compartibilidad si la pensión se causó con posterioridad a 31 de julio de 2011 en COLPENSIONES. (f. 1 a 20 archivo denominado *Coronado León José Erney.pdf* de la carpeta *15AnexoCorreo20220511ExpAdvoCC19184945*).

Igualmente, obra en el plenario copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL en el mes de octubre de 2001, la cual cuenta con constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo conforme lo reglado en el artículo 469 del C.S.T. (f. 165 a 235 archivo 02).

d. Requisitos del artículo 98 de la C.C.T. suscrita entre el extinto ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL - 2001-2004, para acceder a la pensión extralegal:

Pretende el demandante se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, vigente entre 2001-2004, disposición convencional que reza:

> "*El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de los percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:*
>
> *(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual percibido en los dos últimos años de servicio.*
> *(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
> *(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*
>
> *Para estos efectos se tendrá en cuenta los siguientes factores de remuneración:*
>
> *a. Asignación básica mensual*
> *b. Prima de servicios y vacaciones*
> *c. Auxilio de alimentación y transporte*
> *d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
> *e. Valor del trabajo en dominicales y feriados*
>
> *No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.*
>
> *PARÁGRAFO 1: El Instituto de oficio o a solicitud de parte interesada a través de sus dependencias de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial hará los estudios técnicos que se requieran para determinar ambientes de especial peligrosidad a la salud de los Trabajadores oficiales y tomará las medidas necesarias para corregir y prevenir los riesgos, modificando si fuere necesario los parámetros señalados en materia de pensiones de jubilación por las normas establecidas en la Convención vigente.*
>
> *PARÁGRAFO 2: Fondo de Reservas para el pago de Pensiones para los Trabajadores del ISS. El Instituto constituirá durante el primer año de vigencia de la presente Convención un fondo para el pago de pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivientes actuales y futuras.*

Este fondo se manejará como una cuenta especial en la que se consignarán las apropiaciones presupuestales anuales respectivas y los correspondientes rendimientos financieros, los cuales harán parte de dichos fondos.

PARÁGRAFO 3: Quienes hayan cumplido o cumplan los requisitos de tiempos de servicios y edad a treinta y uno de diciembre de 2001, su pensión se liquidará con las reglas previstas en el artículo 95 de la Convención vigente a treinta y uno de octubre de 2001 (Respecto a Derechos Adquiridos) Las personas a quienes se les aplique esta disposición podrán continuar desempeñando su cargo hasta la fecha que lo estimen pertinente.

PARÁGRAFO 4: El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el ISS y Sintraseguridadsocial, donde se constató, que el reconocimiento y pago de las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación".

En cuanto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, el artículo 2° de dicha disposición convencional, señala que la misma regirá por un término de tres años contados desde 1º de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004. De modo que, si bien la citada convención trae consigo la fecha en que entrará en vigor y el plazo de duración, también lo es, que en el citado texto convencional no se pactó lo relativo a las modalidades de su prórroga, desahucio o denuncia. Por lo que se debe dar aplicación al artículo 478 del CST, que indica:

"*A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contaran desde la fecha señalada para su terminación.*"

Siendo ello así y pese a que la convención colectiva indicaba que vencía el 31 de octubre de 2004, lo cierto es, que de acuerdo a la norma en cita continua vigente, toda vez que no se demostró que las partes que la suscribieron o alguna de ellas haya manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, o que se haya efectuado la denuncia en los términos del artículo 479 del CST, o que exista otro acuerdo convencional que lo haya reemplazado

en su totalidad, entendiéndose bajo ese escenario que se ha venido prorrogando por periodos sucesivos de 6 meses.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que el parágrafo transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, señaló sobre la vigencia de las pensiones establecidas en convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, lo siguiente:

> ***"Parágrafo transitorio 3º.*** *Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".*

Precepto legal del que se extrae que, en tratándose de pensiones contenidas en convenciones colectivas de trabajo, las mismas perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a dicha data tengan un derecho adquirido.

Ahora bien, en un asunto de similares contextos fácticos, esto es, en lo concerniente a la interpretación del texto convencional con vigencia 2001-2004 celebrado entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL y el análisis de beneficios convencionales en virtud de la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en decisión SL3635-2020, Radicación No. 74271 del 16 de septiembre de 2020, realizó un estudio pormenorizado en el que se cambió de postura doctrinaria en sede de casación, concluyendo en resumidas cuentas que si existían acuerdos convencionales celebrados antes de la entrada en vigencia del mentado Acto Legislativo 01 de 2005, entendiéndose también este último aspecto, es decir, las que se prorrogaron automáticamente en el tiempo, mantenían vigencia incluso con posterioridad al 31 de julio de 2010, luego, gozaban de validez y aplicación. Así lo asentó:

> *"Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse,*

pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cobija los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.° y 3.° del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

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

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

c) *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se*

mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

Así las cosas, para el asunto de marras la Corte dentro de la misma decisión y frente a la literalidad del texto convencional objeto de estudio, en especial lo atinente a los artículos 2º y 98 convencionales, que versan sobre la aplicación en el tiempo y la forma de acceder al derecho a la pensión de jubilación extralegal, analizó lo siguiente:

"Tal como se refirió en los antecedentes, la accionante propugna por el derecho pensional consagrado en la convención colectiva de trabajo cuya vigencia general se estableció de 2001 a 2004, y previó, respecto de algunas cláusulas, otra más amplia según lo acordado en los artículos 2.° y 98, entre otros, así:

Por su parte, el artículo 2.°, prevé que el acuerdo colectivo:

Tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.

A su vez, el artículo 98 consagra la pensión de jubilación solicitada, bajo las siguientes reglas:

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

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

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

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

(…).

De la literalidad de las citadas cláusulas se extrae que en materia jubilatoria las partes previeron una vigencia posterior a aquella establecida de forma

general, tal como lo determinó esta Sala en sentencia CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 39808, que reiteró la CSJ SL, 14 sep. 2010, rad. 35588, en la que señaló:

Ahora bien, el Tribunal incurrió en otro yerro fáctico derivado de la errónea apreciación de la Convención Colectiva 2001-2004, al no darse cuenta que ésta tuvo vigencia para los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E.s, (sic) más allá del 31 de octubre de 2004.

Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha.

(…)

Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.
(…)

Este razonamiento está acorde con el criterio sostenido por la Sala en sentencia de 14 de septiembre de 2010, rad. N° 35588 donde en un caso similar al presente y analizando la misma Convención, sostuvo:

"Armonizando estas dos disposiciones (artículo 2 y 98), ejercicio que el Tribunal, pese a que valoró la convención colectiva, no hizo, pues apreció de manera parcial el artículo segundo, se concluye que el derecho a la pensión de jubilación consagrado en el artículo 98, se hallaba vigente para quienes ostentaran la condición de trabajadores oficiales para el 21 de enero de 2005, fecha en la que la actora cumplió con los requisitos exigidos en esa norma, esto es, 20 años de servicio y 50 años de edad". (Resaltado fuera de texto original).

Asimismo, en sentencia CSJ SL1409-2015, frente a este preciso asunto, la Corporación indicó:

En punto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, la misma se hizo extensiva a los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E. y según su artículo 2, su vigencia tendría "una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente". Frente a ello, podría decirse que algunas cláusulas de esa convención lleva (sic) al convencimiento de que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017. Asimismo, importa resaltar que no obra en el expediente una convención colectiva de trabajo celebrada con posterioridad a la mencionada anteriormente (Resaltado fuera del texto).

En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la

enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia. *(Subrayado por la Sala).*

En ese contexto, debe entonces la Sala establecer si la accionante acredita las condiciones y requisitos exigidos en el artículo 98 convencional para obtener el reconocimiento de la prestación pensional, para lo cual ha de recordarse que son hechos indiscutidos en casación, que ingresó al Instituto de Seguros Sociales el 16 de septiembre de 1993 de modo que cumplió 20 años a su servicio el mismo día mes de 2013, y que nació el 25 de junio de 1961 y cumplió 50 años de edad en la misma fecha de 2011.

Entonces, de acuerdo con los postulados convencionales consagrados en el artículo 98 bajo análisis, según los cuales se requieren 20 años de servicios continuos o discontinuos al ISS y 50 años de edad si es mujer, la accionante tiene derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los tres últimos años de servicio, tal como lo establece el numeral (ii) transcrito en precedencia."

En tal sentido, palmario resulta que en atención del cambio jurisprudencial y el estudio de las prerrogativas convencionales en mención para la pensión de jubilación, se puede concluir que la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 se extendió hasta la anualidad 2017, contrario a lo aducido por la apelante en su alzada; de allí que la Sala proceda a analizar el derecho pensional del demandante en los precisos términos del *petitum*, esto es, que se le reconozca la prestación aplicando una tasa de reemplazo del 100% del promedio de lo percibido durante los últimos tres años de servicios, ello en atención a que sostiene que acredita los 20 años de servicios que exige el acuerdo convencional para acceder a la pensión de jubilación que allí se enlista.

Puestas así las cosas, en atención del inciso 1º del artículo 98 convencional, en lo que respecta a la edad, según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía el demandante, el mismo nació el 10 de mayo de 1952, cumpliendo así 55 años de edad el mismo día y mes de la anualidad 2007, por lo que en principio debe aplicarse lo reglado en el numeral 2º del mismo artículo convencional toda vez que ostentó la edad entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016. (f. 3 archivo 02)

Otro aspecto relevante a analizar es el tiempo de servicios como trabajador oficial, es menester memorar que el aquí demandante presto servicios al I.S.S. SECCIONAL HUILA del 14 de mayo de 1988 al 25 de junio de 2003 y a la E.S.E.

POLICARPA SALAVARRIETA del 26 de junio de 2003 al 30 de mayo de 2008, es decir, por más de veinte años, según se indica en Resolución No. 000301 de 27 de junio de 2008.

Ahora bien, afirma el demandante que tales servicios los prestó en el cargo de Celador, código 4097, Grado 13, en la Unidad Médica Clínica Federico Lleras Acosta de la seccional Huila, cargo que manifiesta continuó desempeñando después de que se dio la escisión que lo incorporó a la planta de personal de la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA a partir del 26 de junio de 2003, en virtud de la escisión del I.S.S., ordenada en el Decreto Ley 1730 de 2003. Por su parte, la demandada al contestar los hechos segundo y quinto del escrito inaugural que contienen los supuestos facticos que hacen referencia al cargo del actor en el I.S.S. y en la E.S.E., dijo no constarle o no ser cierto.

Dicho esto, advierte la Sala que la única información que obra en el informativo a efectos de corroborar lo atinente al cargo del demandante en esas entidades, alude a lo que se indica en la Resolución No. 000301 de 27 de junio de 2008 en la que la E.S.E. le reconoció a éste la pensión de jubilación, la que en su literalidad señala *"Que JOSÉ ERNEY CORONADO LEON, con Cédula de Ciudadanía N° 19.184.945 de Bogotá, D.C. (Cundinamarca), Celador, Código 4097, Grado 13, jornada laboral 8 horas de la UM-Clínica Federico Lleras Acosta de Neiva Huila, que solicitó a la ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACION, el reconocimiento de la pensión de jubilación, según petición según escrito corres con radicado R/4002-2008 del 16 de abril de 2008."*

Ahora, si bien no hay duda de que el cargo de celador alude a un trabajador oficial, tal como se ha indicado de manera reiterada por la jurisprudencia, entre otras, en sentencias SL2615-2022 Radicación n.º 90770 de 26 de julio de 2022 y CSJ SL, 29 jun. 2011, rad. 36668; no puede obviarse que no es claro para esta Colegiatura si durante todo el tiempo en que el demandante prestó sus servicios al I.S.S. SECCIONAL HUILA y a la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA lo fue como Celador, pues de la referida resolución lo que se entiende es que por lo menos era el último cargo que tenía en la E.S.E., sin que exista algún medio de prueba que permita tener total certeza sobre el cargo desempeñado para el I.S.S., pues la resolución solo hace referencia a los extremos temporales de la vinculación laboral, pero no del cargo desempeñado.

Y es que si bien, en el trámite procesal se recibió el interrogatorio de parte del demandante, lo cierto es, que sobre el cargo que desempeñó en esos años de servicio para esas entidades nada dijo, aunado a que el *a quo* tampoco pudo sustraer mayor información sobre la falta de reporte de ingresos en algunos periodos entre 2005 y 2008, de acuerdo a los formatos CETIL, siendo evidente la orfandad probatoria al respecto, evento que conllevaría a la absolución de las pretensiones de la demanda.

No obstante, si en gracia de discusión se arribara a la conclusión de que el cargo del gestor del 14 de mayo de 1988 al 25 de junio de 2003 y del 26 de junio de 2003 al 30 de mayo de 2008, siempre fue como celador, ello conllevaría ineludiblemente a determinar que efecto acreditó más de veinte años de servicios, como trabajador oficial, presupuesto que daría viabilidad a la pensión convencional como viene de verse. La cual, solo se estudiaría a partir del 1º de julio de 2008, pues como se estableció al inicio esa fue la fecha a partir de la cual se dio el retiro efectivo del servicio, aunado a que no se tiene información de salarios para junio de 2008 en el formato Cetil.

Bajo ese hipotético escenario, es decir, entendiendo que el actor alcanzó los veinte años de servicios como trabajador oficial. Otro requisito a analizar es si gozaba de la calidad de afiliado a la organización sindical que suscribió el acuerdo convencional del cual pretende beneficiarse, aspecto que tampoco se probó en el plenario, empero, no puede obviarse que el artículo 3º de la Convención, señala que son beneficiarios de la misma quienes sin ser afiliados al sindicato quienes no renuncien a los beneficios de la convención, reconociéndose además la representación mayoritaria del sindicato, lo que posibilitaría aplicar el artículo 98 de la convención al gestor. Lo que se acompasa con lo expuesto en sentencia SL4159 de2022, en la que se dijo sobre el asunto:

> *"En efecto, de conformidad con los artículos 470 a 472 del CST y lo explicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 28 nov. de 1994, rad. 6962; CSJ SL8431-2014 y CSJ SL2186-2019, en reclamaciones como la presente, debe hallarse demostrado, además del contrato laboral, la titularidad del derecho extralegal de forma directa o por extensión, ya sea porque: i) la trabajadora era afiliada del sindicato; ii) la organización sindical era mayoritaria o, iii) la convención era omnicomprensiva."*

Siendo viable avanzar con el análisis de la pensión, sobre el supuesto hasta aquí explicado, es conveniente traer a colación lo reseñado por el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad en sentencia SL2615 de 2022, Radicación No. 90770 de 26 de julio de 2022, en la que dijo sobre la acumulación de tiempos a diferentes entidades, respecto al monto de la prestación, lo siguiente:

> *"La censura radica su inconformidad en que los tiempos acumulados por José Eduardo Reyes Cantor fueron servidos en dos entidades públicas diferentes, hecho que no tuvo en cuenta el juzgador, y que implicaba desconocer el sentido cabal del artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, que buscaba la total extinción del ISS. Lo anterior, sin desconocer los periodos de trabajo indicados en precedencia, tanto para ese instituto, como para la citada empresa social del Estado, de manera que, a pesar de que el trabajador acreditó los requisitos para acceder a la pensión convencional, la sumatoria de esos tiempos en distintos entes estatales impedía que se le reconociera el «100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos dos años de servicios» (artículo 98 convencional), por lo que debía acatarse que el artículo 101 ibidem, dispone:*
>
> *ARTICULO (sic) 101. ACUMULACIÓN DE TIEMPO DE SERVICIOS*
>
> *Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá (sic) acumularse para el computo del tiempo requerido para poder tener a pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades.*
>
> *En este caso la cuantía de la pensión será del 75% del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituye salario.*
>
> *Respecto del cargo formulado por la vía directa, que acusa la interpretación errónea de los artículos 1 y 17 del Decreto 1750 de 2003, la Sala considera que esa intelección errada no tuvo lugar, pues lo que busca la entidad recurrente es que de estas se entienda que, al crear nuevas entidades para suplir los efectos de la escisión del ISS, los tiempos acumulables para pensión, si fueron servidos en distintas entidades del Estado, dan pie a la aplicación del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, con la correspondiente disminución del porcentaje sobre la base de cálculo de la mesada inicial.*
>
> *Para explicar por qué no se presentó la denunciada violación legal directa, véase el contenido del artículo 1 del mencionado decreto: «ARTÍCULO 1o. ESCISIÓN. Escíndese del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las Clínicas y todos los Centros de Atención Ambulatoria».*
>
> *Pues bien, el Tribunal no hizo intelección alguna de ese contenido, ya que en principio mencionó solo que el decreto en comento ordenó la escisión del ISS y la creación de unas nuevas empresas sociales del Estado, lo que no es más que atenerse al contenido del epígrafe del decreto, sin darle al artículo un*

alcance distinto del que surge de su propio tenor literal. Ni siquiera elucubró sobre la palabra escisión, cuya definición académica trajo a cuento la recurrente, pero del que no demostró cómo es que esa noción tomada del diccionario podría incidir en el sentido del fallo criticado. Por ende, como el juzgador, en estricto sentido, no aplicó el primer artículo de la norma en cita, no lo interpretó con error.

(…)

En todo caso, si se prescindiera de los extravíos argumentativos del embate, la Sala debe indicar que, en este caso particular y concreto, aún si se diera crédito al alcance novedoso que propone el extremo recurrente, se encontraría que la sumatoria de tiempos en dos entidades diferentes no afectaba al pretensor para el exclusivo efecto de estructurar su derecho pensional en las condiciones dispuestas en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, porque cumplió con exceso los 20 años de servicios exclusivamente a favor de ISS, de manera que, en tal evento, y como se explicará a espacio más adelante, los tiempos laborados para la ESE no le modifican la estructuración de su derecho a una pensión convencional pagadera conforme a la regla convencional citada líneas arriba.

En efecto, desde la artista del cargo fáctico, la razón le asiste al opositor, pues el texto del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 (f.º 60, reverso) hace referencia a una posibilidad que no requirió el accionante, pues no precisó de «acumular» tiempos de servicios prestados para varias entidades de derecho público, ya que entre el 27 de febrero de 1976 y el 25 de junio de 2003 transcurrieron más de 20 años, exclusivamente laborados al servicio del ISS, de manera que, si bien terminó sus días como trabajador oficial al servicio de otro ente estatal, ese tiempo adicional, laborado hasta el 30 de diciembre de 2003, ya no era necesario para adquirir su derecho pensional, de modo que su acumulación deviene irrelevante para los efectos de ajustar lo necesario para obtener la pensión jubilatoria.

Debe tenerse en cuenta que la cláusula 101 tiene por objeto permitirles adquirir la pensión de jubilación a los laborantes que prestaron servicios en «las demás entidades de derecho público», es decir, a quienes no les era suficiente con el tiempo servido al ISS, pero como el trabajador Reyes Cantor cumplió más de 20 años de labor para ese instituto, no requería de esa adición, de manera que el entendimiento que el Tribunal le dio a la cláusula es razonable.

Por otra parte, no se discute que los servicios de los últimos meses, en la ESE Policarpa Salavarrieta, le generan a esta última empleadora una obligación de cofinanciación, luego, es verdad que el monto de la pensión debe distribuirse en proporción al tiempo laborado en cada entidad, pero ello no implica que se le deba desconocer al trabajador todo su esfuerzo por generar la prestación de jubilación, menos aún, cuando el requisito temporal lo cumplió con creces y lo relacionado con la proporción de la financiación del derecho no fue objeto de debate en casación. En apoyo de lo expuesto, véase lo dicho en la providencia CSJ SL579-2022:

En efecto, conforme al texto del artículo 101, ibidem, causada dicha prestación y, por tanto, se resalta, adquirido el derecho por parte del servidor, «[su monto] se [distribuiría] en proporción al tiempo laborado en

cada una de tales entidades [para referirse a aquellas en las que se prestó el servicio público]», afirmación que no deja margen de duda en que la intención de las partes fue acordar la coparticipación de otros empleadores en la financiación de la pensión de marras, cuyo pago estaría a cargo del ISS.

En ese sentido, el Tribunal no cometió ningún error al confirmar la sentencia de primer grado, pues valoró sin equívoco notorio el contenido de la convención colectiva de trabajo y menos se equivocó al evaluar lo ordenado en la Resolución 0000196 de 2004, que en sus consideraciones y decisión sí desconoció el hecho de que los 20 años de servicios al ISS fueron cumplidos en su integridad a favor de este último, al punto que superaron los 27 años continuos de labor como trabajador oficial, de modo que no se necesitaba acudir al mandato convencional de acumulación de tiempo de servicios para «poder tener derecho a pensión».” (Subrayado por la Sala).

De ese modo, la Sala al aplicar lo indicado por esa Corporación entiende que si bien es viable acumular tiempos de servicios para alcanzar la prestación aquí deprecada, en ese caso la cuantía de la pensión no sería sobre el 100% de lo percibido en los últimos tres años, como lo reclama el actor de acuerdo a lo establecido en el numeral ii) del artículo 98 de la Convención, sino lo dispuesto en el artículo 101 del mismo compendio convencional, que indica que la misma se tasa sobre el 75% de los devengado en el último año de servicios, con la inclusión en ambos casos de los factores salariales establecidos en el artículo 98 de la convención, como viene de verse.

De ese modo, al efectuar las operaciones aritméticas del caso con el 75% del último año de servicios, se obtiene al 1º de julio de 2008 el siguiente valor de mesada:

Cálculo Ultimo Año de Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
2007	180	61,330	64,82	1,057	$ 924.540,83	$ 977.152,08	$ 5.862.912,46
2008	150	64,820	64,82	1,000	$ 944.504,40	$ 944.504,40	$ 4.722.522,00
Total días	**330**			**Total devengado actualizado a:**		**2008**	**$ 10.585.434,46**
Total semanas	**47,14**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 962.312,22**
Total Años	**0,92**					**Porcentaje aplicado**	**75%**
						Primera mesada	**$ 721.734,17**
				Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año		**2008**	**$ 461.500,00**

Tabla Mesada Pensional			
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**
01/01/08	31/12/08	5,69%	$ 721.734,00
01/01/09	31/12/09	7,67%	$ 777.091,00
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 792.633,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 817.759,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 848.261,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 868.959,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 885.817,00

Dicho esto, es claro para la Sala que además de que no acreditó en el plenario la calidad de trabajador oficial durante los veinte años de servicios, lo cual es un requisito *sine qua non* para acceder a la pensión convencional que se depreca, conforme se ha dicho reiteradamente, entre otras, en sentencia SL3170-2022, Radicación No. 91073 del 6 de septiembre de 2022.

En caso de accederse a la prestación pensional en el escenario aquí planteado, no sería más favorable a la que le fue reconocida por el empleador, pues recuérdese que fue en suma de $750.932 y la que se obtiene en atención a la convención se determina en suma de $721.734, monto que sigue siendo inferior a la que reconoció el ISS hoy Colpensiones en Resolución GNR 227272 de 2013, a partir del 1º de septiembre de 2013 en suma inicial de $1.133.111; la cual fue reliquidada a través de Resolución GNR 117095 de 2015 en $1.140.368 a partir del 13 de julio de 2013, como ya se expuso.

En resumidas cuentas, además de no acreditar el demandante que los 20 años de servicios los realizó en su calidad de trabajador oficial, aspecto que se analiza con detención dado el grado jurisdiccional que se estudia, y que se concluyó que la pensión convencional del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 suscrita entre el ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL, no le es más favorable que la que le fue reconocida por ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN mediante Resolución No. 000301 de 27 de junio de 2008, la cual fue posteriormente sustituida por la que le reconoció COLPENSIONES como ya se indicó, esa situación conllevar a revocar la sentencia de primer grado, al no existir mayor valor a cargo de la demandada, pues tampoco existiría un mayor valor a razón de la mesada catorce como lo dedujo el Juez de instancia, mesada que por demás finalmente fue restituida por la encartada al actor, según Resolución RDP034114 de 2016.

Coralario de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado por las razones aquí expuestas, lo que compele a que no se avance con el estudio del segundo problema jurídico que se planteó.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia serán a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia serán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **20 2017 00799 01**
Demandante:	JOHN EDIXON CONTENTO CASTIBLANCO
Demandado:	EMPRESA TELEPERFORMANCE COLOMBIA S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se aprecia que el profesional del derecho de la parte demandada, doctor JUAN SEBASTIÁN VELANDIA PÁRRAGA, presentó escrito de renuncia al poder conferido en los términos del artículo 76 del C.G.P. Por tal razón, el mismo se ACEPTA como quiera que cumple con los requisitos de que trata la norma en comento.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOHN EDIXON CONTENTO CASTIBLANCO formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad EMPRESA TELEPERFORMANCE COLOMBIA S.A.S., a fin que se la condene al reintegro al cargo que venía desempeñando o a un cargo de similar naturaleza, con el consecuente pago de acreencias laborales y del Sistema Integral de Seguridad Social, más los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la remisión a medicina laboral para establecer la PCL y el resarcimiento de los perjuicios materiales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que desde el 24 de agosto de 2015 ingresó a laborar en el cargo de asesor de servicios como agente de *Microsoft Answer Desk*, para la accionada EMPRESA TELEPERFORMANCE COLOMBIA S.A.S., inicialmente mediante un contrato de trabajo a término fijo, el cual se prorrogó en reiteradas oportunidades; que el 30 de diciembre de 2015 sintió un fuerte dolor en su hombro y cuello, por lo que el 19 de enero de 2016 asistió a urgencias, diagnosticándose la disfuncionalidad referida clínicamente bajo el código M542, expidiéndose incapacidades que se extendieron hasta el 4 de febrero de 2017, correspondiendo el último diagnóstico el de síndrome de manguito rotatorio.

Que el 6 de febrero de 2017, tras reintegrarse de una incapacidad médica, fue citado a descargos al incurrir en una prohibición en tanto configuró su cuenta de *Outlook* en su ordenador de trabajo, lo cual vulneraba la información de los

clientes; frente a ello, expuso que la instalación la realizó de manera inconsciente por encontrarse bajo los efectos de un medicamento, aunado a ello que utilizaba el correo para enviar incapacidades. Pese a ello, la accionada dio por terminado el contrato de trabajo, sin contar con autorización del Ministerio del Trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada AUDIFARMA S.A. dentro del término legalmente concedido contestó la demanda, señalando que el contrato de trabajo finiquitó con justa causa; pese a ello por vía de tutela se ordenó el reintegro, lo que fue acatado desde el 17 de mayo de 2017, encontrándose el contrato vigente. Refiere que, para el mes de enero de 2017, el actor no tenía ninguna restricción laboral ni recomendación médica.

Que el actor reconoció en la diligencia de descargo haber cometido la falta, la cual se pactó como grave, aunado a ello que no acreditó ni puso en conocimiento de la empresa, el sentirse confundido a causa de la ingesta de medicamentos; así mismo, que se le garantizó el debido proceso.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago, cobro de lo no debido, temeridad de la demanda, mala fe del demandante y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de octubre de 2022, declaró ineficaz la terminación del contrato de trabajo del 7 de febrero de 2017 por infringir lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y declaró que entre el señor JOHN EDIXON CONTENTO CASTIBLANCO y la EMPRESA TELEPERFORMANCE COLOMBIA S.A.S. existe un contrato de trabajo termino fijo desde el 24 de agosto de 2015 y se encuentra vigente en virtud de la orden de reintegro ordenado en fallo de tutela desde el 17 de marzo del año 2017.

Para tal efecto el *a-quo* señaló que, para la fecha del despido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral determinaba que, para ser acreedor de la estabilidad laboral reforzada, se requería una pérdida de la capacidad laboral de carácter moderada entre el 15% y el 25%, criterio morigerado por la Corte Constitucional. Señala que de manera oficiosa se decretó prueba pericial a efectos de determinar la PCL, siendo así establecida por la Junta Regional de Calificación en el 31,15%, por lo cual el despido se torna en ineficaz al no haberse obtenido la autorización ante el Ministerio del Trabajo, más aún cuando la patología se venía padeciendo desde el año 2015, esto es, desde antes de la fecha de estructuración.

En lo atinente a la justa causa alegada por la accionada, señaló que en el documento denominado "*políticas de seguridad*", no se prohíbe la configuración de correos electrónicos en el equipo de trabajo, y solo exige el cuidado y buen uso de las claves personales de acceso, prohibiendo su permiso de uso a terceras personas. De igual manera que el uso sin la correspondiente licencia, se consignó como una prohibición del trabajador, no obstante, el *software* denominado *Outlook*, si contenía licencia, por lo cual no se subsume la causal endilgada;

finalmente, tampoco se avizora que haya divulgado información ni incumplido la confidencialidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación. Sustentó la misma en que se pasó por alto que el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, estableció como fecha de estructuración de la PCL el 8 de agosto de 2020, fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo acaecido en febrero de 2017, sin que el hecho de acudir a citas médicas desde el año 2015, impliquen que ostentara una condición de discapacidad; aunado a ello, que los testigos no tienen los conocimientos a efectos de acreditar que el accionante tuviese alguna limitación en la prestación del servicio.

De otra parte, señala que el *a-quo* basó el fallo en un anexo el contrato de trabajo de políticas de seguridad, pasando por alto que el instalar un correo electrónico si trasgrede la limitación de uso de software, al no contar con autorización del empleador. Así mismo, en cuanto a la cláusula de la confidencialidad, no es justificable que el actor haya instalado el correo para enviarse enlaces o temas relacionados con su trabajo.

Finalmente, que en las cláusulas 5ª y 8ª del contrato de trabajo, el accionante se comprometió al buen uso de los medios tecnológicos, por lo cual no le era dable hacer la instalación de un correo electrónico personal.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si la accionante es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada; en caso afirmativo si se acreditó o no la justa causa endilgada por la sociedad empleadora.

4.3 Estabilidad laboral reforzada:

Sea lo primero indicar que no es objeto de reproche en esta instancia que entre las partes existe como vinculante un contrato de trabajo vigente desde el 24 de agosto de 2015; así mismo, que la accionada decidió dar por terminado el contrato de trabajo el 7 de febrero de 2017, aduciendo que el trabajador incurrió en justa causa; no obstante, fue reintegrado desde el 17 de febrero de 2017, en cumplimiento de un fallo de tutela, que amparó provisionalmente los derechos fundamentales del trabajador, ordenando su reinstalación.

Una vez determinado lo anterior, se debe señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1154-2023, Radicación No. 93093 del 10 de mayo de 2023, recoge los criterios que había esbozado a efectos de establecer

los criterios para determinar si el trabajador ostenta la condición de discapacidad, señalando:

> *"De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:*
>
> *"(i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
> *"(ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.*
>
> *"En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».*
>
> *"[…]*
>
> *"Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:*
>
> *"[…] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*
>
> *"[…]*
>
> *"Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar*

para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador.

"[…]

"En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

"a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

"b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

"c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

"[…]

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad

que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

En ese orden de ideas procede, la Sala a analizar si en el presente evento, se configuran los elementos que concurren en el concepto de discapacidad, evento que es el objeto de protección en la Ley 361 de 1997.

Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que las labores que desarrollaba el actor para la fecha del despido se relacionaban con soporte técnico a través de chat. Así mismo, en el dictamen pericial, se establece frente al factor contextual *"laboraba en un puesto de trabajo con dos pantallas de computador, debía dar soporte técnico a clientes de Microsoft, a través de un chat, los clientes contactaban y debía dar instrucciones o realizar acceso remoto al computador para revisión y soporte técnico del equipo. Solo realiza llamadas telefónicas cuando contacta al cliente con el cual está chateando*".

De otra parte, se advierte que la decisión del despido se adoptó el 7 de febrero de 2017 (Fl. 214 PDF 01 Demanda Anexos), aportándose la historia clínica, en la cual se evidencia como hecho más próximo al despido la atención del 4 de febrero de 2017 (Fls. 167-170 PDF 03HistoriaMedicaComplejoSur). En la misma se da cuenta

de una consulta por "*gastritis aguda",* la cual no se relaciona con la patología que aduce le implicaba barreras en el cumplimiento de sus funciones.

Previamente a tal data, el día 28 de enero de 2017, acude a atención médica, en la cual se señala "*paciente conocido en manejo de larga data consistente en dolor y limitación funcional, manejado como trastorno del manguito rotador*"; así mismo, refiere respecto de las extremidades superiores *"limitación funcional y dolor a nivel de miembro superior izquierdo",* de igual manera establece una incapacidad durante 7 días (Fl. 165).

Ahora bien, tal compromiso de la extremidad por dolor y limitación del movimiento, se documenta a lo largo de la historia clínica, con atenciones médicas entre el 30 de enero de 2016 y el 14 de enero de 2017. Se adjuntó además, recomendación de medicina laboral de la accionada del 21 de diciembre de 2016, en la cual se recomiendan pausas activas y limitar actividades o suspenderlas en eventos de *"mucho dolor o dificultad"* (Fl. 124)

De otra parte, se decretó como prueba de oficio el dictamen pericial de la Junta de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, mismo que fuera expedido el 25 de septiembre de 2020, en el cual se arriban a las siguientes conclusiones:

> *"Resumen de información clínica:*
>
> *"Paciente evaluada(o) en la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el día 20 de Febrero de 2020, refiere que el 30 diciembre de 2015, en la noche después de trabajar, salió a una Reunión con unos amigos, cuando se dirigía hacia su casa estando en la calle inicio dolor agudo en región cervical derecha que limito el movimiento del mismo, así estuvo 3 días hasta el 1 de*

enero. Ingreso a trabajar el 2 de enero, había tomado analgésico, podía mover algo el cuello, pero el dolor continuaba irradiado a hombro izquierdo decidió consultar de urgencias, le ordenaron analgésicos. El 3 de enero cuando se fue a levantar al break sintió dolor muy severo nuevamente en región cervicobraquial izquierda y hombro intenso, manejo con analgésicos, pero desde esa época ha presentado dolor constante, iniciaron incapacidades en el año 2016, le daban analgésicos. Tomaron RMN de hombro izquierdo el 15/6/2017 la cual reportó bursitis subacromio.- subdeltoidea. Aprox en junio o julio de 2017 recibió trauma en región cérvico braquial izquierdo severo, que produjo dolor y edema intenso, posterior a este trauma al poco tiempo inicio temblor en mano izquierda, debilidad y dolor marcado, espasmos en los dedos.

Así se debe acotar en primera medida, que el incidente que ocasiona el temblor en mano izquierda, debilidad, dolor marcado y espasmos en dedos, deviene de un hecho acaecido con posterioridad al despido (junio o julio de 2017), por lo cual, no es factible estimar ese diagnóstico específico a efectos de determinar si acredita la condición de discapacidad para el 7 de febrero de 2017.

El dictamen pericial, además expone como síntomas padecidos entre el 2016 y la fecha del despido, "*dolor en la región lumbar irradiado hombro izquierdo y cuello con limitación para la movilización".* De igual manera, concluye:

"*Revisados los antecedentes obrantes al expediente, se encuentra que el presente caso se trata de paciente de 34 años con Dx(s) Síndrome de Manguito de Hombro Izquierdo, Cervicalgia.*

En la revisión de la historia clínica se encuentra que inicia síntomas de dolor en región cervical aprox en diciembre de 2015, se encuentra consulta del 19/1/2016 anotan cuadro de 18 días de dolor en región cervical lado izquierdo, que aumenta con los movimientos, y dolor en región de MSI. Realizaron manejo de dolor. Fue valorado por ortopedia, realizan diagnóstico de Cervicalgia. Presento también dolor en hombro izquierdo por lo cual

tomaron ecografía de hombro que fue reportada normal. Continuo consultando durante el año 2016 por dolor en hombro izquierdo. Tomaron RMG y NC de MMDD el 7/5/2016 reportada normal. Ecografía de hombro izquierdo el 16/6/2016+ reportada normal.

Continua con múltiples consultas durante el año 2017 por dolor en hombro y región dorsal, le realizaron manejo analgésico, evoluciona con limitación de movimiento articular. Tomaron RMN de hombro el 15/6/2017 que reportó bursitis subdeltoidea y subacromial. Se encuentra consulta de fisiatría del 31/10/2018 en la que se registra que presenta contractura muscular de trapecio izquierdo, movimiento de hombros derecho completo. limitación de movimiento de hombro izquierdo en flexión y abducción.
Dx. Bursitis subacromio deltoidea de hombro izquierdo

En relación con las deficiencias, de acuerdo con la historia clínica obrante al expediente, se califica según lo establecido en el Decreto 1507 de 2014, otorgando puntaje por dolor somático secundario a Bursitis de hombro izquierdo con restricción de movimiento, por dermatitis en cuero cabelludo y por dolor a nivel cervical.

Finalmente, el dictamen establece "Deficiencia por disestesia secundaria a neuropatía periférica o lesión de médula espinal y dolor crónico somático" y "Deficiencia por alteración de miembro superior izquierdo"; a lo que otorga en total 16%; aunado a ello establece "*Restricciones del rol laboral*" en 10%.

Así las cosas, estima la Sala que en el presente evento se acredita que el accionante para el momento del despido ostentaba la condición de discapacidad; ello en tanto, se cumplen los presupuestos jurisprudencialmente expuestos; esto es (i) se verifica la ocurrencia de una deficiencia física a largo plazo, la cual venía padeciendo desde el año 2016; (ii) la misma implicó una barrera de tipo actitudinal, que le menoscaba el ejercicio de la labor, lo cual incluso fue documentado en las recomendaciones de medicina laboral, de limitar y suspender

la labor en eventos de dolor; y (iii) tal situación, era de pleno conocimiento de la empleadora, lo cual se advierte de la múltiples incapacidades aportadas al plenario.

De otra parte, se cumple el estándar probatorio establecido por la Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en tanto (i) se demostró el *"factor humano"*, pues como viene de verse, está acreditada la existencia de una deficiencia física de mediano o largo plazo; (ii) de igual manera, la patología implicaba una barrera para el desempeño de funciones en igualdad de condiciones; siendo así evidente, que la patología, repercute directamente sobre la función atinente al manejo de atención al cliente a través de chat y en jornadas de trabajo que implican el uso de las extremidades en las herramientas informáticas.

Así las cosas, no es de recibo lo referido por el recurrente en cuanto a la no existencia de la condición de discapacidad para la fecha del despido; de otra parte, si bien la fecha de estructuración en el dictamen pericial se fija en el 8 de agosto de 2020, lo cierto es que la misma corresponde a la PCL considerada en su integridad hasta esa anualidad, y que contiene eventos acaecidos con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo y que conllevaron a un total del 31.15%; sin embargo, tal como se analizó en anterioridad, para el año 2017 el actor ya presentaba una deficiencia física que limitaba a largo plazo el desempeño de sus funciones, y le implicaban una barrera de tipo actitudinal.

Así las cosas, no se revocará la decisión de primer grado en este puntual aspecto.

4.4 Justa causa:

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia analizada SL1154-2023, Radicación No. 93093 del 10 de mayo de 2023, es clara en señalar que *"el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables".*

Así las cosas, aduce el recurrente que si se configuró la justa causa que le fuere endilgada al trabajador, para lo cual se tiene que la misiva de terminación señala:

> *"Dentro de sus funciones está brindar soporte técnico a los clientes, el cual se ofrece por medio de su línea de atención asignada. Por instrucciones y políticas de la compañía, con el fin de garantizar la seguridad de la información de los clientes, usted debe hacer uso exclusivo de las herramientas proporcionadas por la compañía, estando prohibida la aplicación Outlook para asociar correos personales. La razón de lo anterior, es impedir que con otro tipo de herramienta se almacene información confidencial del cliente.*
>
> *"Pese a esto, el día 25 de enero de 2017 usted cometió una falta grave, pues a pesar de la prohibición arriba descrita y conocida por usted, de forma unilateral y sin autorización de la empresa, usted realizó la configuración de un correo electrónico personal (Outlook) a una de las herramientas de correo de nuestros equipos de producción, incumpliendo gravemente las instrucciones entregadas por la compañía y poniendo en grave riesgo la información financiera del cliente.*
>
> *"Sin embargo, a pesar de tener conocimiento sobre el manejo que se debe dar a las herramientas de trabajo, según la cual está totalmente prohibido utilizar la aplicación Outlook para asociar correos personales, usted tomó la decisión*

unilateral de realizar dicha conducta, poniendo en riesgo la seguridad de la información de nuestros clientes y de la compañía.

"[…]

"Su conducta constituye una falta grave, ya que afectó el desarrollo normal de la operación en cuanto a la realización de sus actividades laborales como asesor. Con ello, usted omitió las instrucciones por parte de la compañía al hacer un mal uso de las herramientas de trabajo (Outlook), la cual no está autorizada para realizar anotaciones de ningún tipo acerca del cliente, a pesar que usted conoce que dicha conducta se encuentra prohibida. Ahora bien, usted debió abstenerse de hacer uso de su correo electrónico personal y debió anotar datos en notas de soporte las de ASD, sin embargo, usted de manera arbitraria y descuidada tomó la decisión de incurrir en una de las prohibiciones de la empresa que pusieron en riesgo la seguridad de la información del cliente y de nuestra Compañía".

Así las cosas, es clara la carta de despido al establecer la conducta que a juicio del empleador se constituyó en falta grave, cual es hacer caso omiso a la prohibición de configurar un correo electrónico personal de Outlook en las herramientas de correo de los equipos de producción.

Ahora, debe acotar la Sala que la conducta endilgada fue aceptada por el trabajador, en tanto, al rendir descargos aceptó que "*asocié una cuenta de correo personal a la aplicación Outlook en el computador de trabajo";* de igual manera, el trabajador acepta que el uso de correos personales no está permitido dentro de la operación, y aunado a ello el accionante justifica la conducta en que "*no fue por mala intención, era para enviarme enlaces de soporte, porque en el de producción no nos deja enviar enlaces, y en la máquina en la que lo hice si deja abrir los enlaces, la máquina de prueba entonces me la enviaba a mi correo con ese fin"*

En igual sentido, al interrogarle sobre las directrices de la empresa para proteger y salvaguarda información, señaló que se encontraban las de "*no copiar información del cliente, no utilizar aplicativos como Word, Excel, no guardar información de ningún tipo de los clientes, no utilizar correos electrónicos".*

De tal manera, que es claro que el accionante instaló su cuenta de correo personal en la aplicación Outlook en el equipo de trabajo, y además que dicha conducta estaba prohibida por el empleador a efectos de salvaguardar la información de los clientes. Debe detallarse, que el trabajador en la diligencia de descargos expresamente reconoce que cometió una falta consistente en *"colocar una cuenta de correo de Outlook en el escritorio del computador de la compañía asignado a mi función, eso no se puede hacer".*

Ahora, el *a-quo* señaló que en las *"políticas de seguridad"*, no se prohíbe expresamente la configuración de correos electrónicos en el equipo de trabajo, al exigir por el contrario el cuidado y buen uso de las claves personales de acceso, que se use software con licencia y que se guarde la confidencialidad.

No obstante, pese a que dicho documento en efecto no relaciona la conducta endilgada, lo cierto es que el trabajador reconoció conocer de la expresa prohibición de instalar correos electrónicos personales de la aplicación Outlook en el equipo de trabajo que le fuera asignado, e incluso, relacionó que tal medida propende por garantizar la seguridad de la información y no acatarla expone datos que pueden considerarse sensibles y causar perjuicios a la empleadora, por lo cual, *a contrario sensu* de lo concluido por el *a-quo*, estima la Sala que la conducta

endilgada está plenamente acreditada, e implica un grave incumplimiento a las funciones asignadas.

Ello en tanto, en el contrato de trabajo se consignó la obligación del buen uso del equipo informático como de la seguridad de la información, y se estableció que es falta grave incumplir tales obligaciones, lo cual, como viene de verse, fue expresamente aceptado por el trabajador.

Así las cosas, si bien no se habla del correo electrónico personal en el otrosí del contrato de trabajo, lo cierto es que la prohibición está plenamente acreditada, el trabajador era conocedor de ella y su directa relación con la salvaguarda de la información.

No debe perderse de vista, que es claro el trabajador en reconocer que además de estar prohibido el uso de correo personal, tal medida la adoptó el empleador como mecanismo para salvaguardar la confidencialidad, incluso en los descargos el accionante afrente a la afectación que genera la conducta cometida, señaló que *"se pone en riesgo la información privada de clientes de la compañía"*, e incluso refirió que mediante su correo personal envió información relacionada con "*enlaces, soportes, fabricantes de pc"*.

No debe soslayarse que, en la cláusula tercera del contrato de trabajo, se pactó:

> *"TERCERA.- CLAUSULA DE CONFIDENCIALIDAD.- EL EMPLEADO, se obliga a guardar absoluta confidencialidad y reserva sobre la información de EL EMPLEADOR. Para efectos de la interpretación de esta obligación, se entenderá como información confidencial, la relacionada con el giro ordinario*

del negocio realizado, por tal razón EL EMPLEADO, asume el compromiso, de tomar todas las precauciones necesarias para garantizar que la información confidencial de EL EMPLEADOR, no sea conocida ni divulgada por la competencia y por terceros ajenos al mismo.

"Esta obligación de confidencialidad, se extiende a la información de los asuntos confidenciales de los clientes de EL EMPLEADOR, que llegaren a conocimiento de EL EMPLEADO, en razón o con ocasión de sus funciones.

"PARÁGRAFO. - En desarrollo de esta obligación, EL EMPLEADO, se compromete a poner en conocimiento de EL EMPLEADOR, toda conducta ejercida por sus compañeros de trabajo, que violen o amenacen el carácter confidencial de EL EMPLEADOR o sus clientes. El incumplimiento de esta obligación se tendrá como falta grave que faculta a EL EMPLEADOR, a dar por terminado el contrato de trabajo.

De tal manera que, si bien el accionante ostentaba la condición de discapacidad, el empleador desvirtuó que el despido se haya basado móviles discriminatorios, ello al acreditarse que incurrió en la falta grave endilgada, motivo que impele a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de todas las pretensiones.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar absolver de todas las pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **21 2022 00231 01**
Demandante:	ANA GUISELLA GRIJALBA MARMOL
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada con cédula de ciudadanía 1.129.580.577 y T.P. 219.992 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a SHRIK ALEJANDRA MATÉUS DÍAZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.010.240.279 y T.P. 403.554 del C. S. de la Judicatura, en atención de los términos del poder otorgado.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 9 de junio del 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ANA GUISELLA GRIJALBA MARMOL promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad de declararse la ineficacia del traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR S.A. en 1996, así como la ineficacia de la afiliación a PROTECCIÓN S.A. que llevó a cabo en 2002, igualmente se le tenga como afiliada del régimen de prima media con prestación definida y se ordene devolver todos los rubros producto de su regreso a ese régimen.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes que efectuó, junto con sus rendimientos, bono pensional y cuotas de administración, se condene en costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 13 de enero de 1969 y estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 9 de junio de 1992 hasta el 31 de mayo de 1996, añadiendo que a mediados de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., sin que los asesores de ese fondo le brindaran información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, y sin que se le realizara un estudio sobre su situación particular, solo se le hablo de los beneficios del cambio de régimen.

Precisó que se trasladó nuevamente a mediados de 2002 a PROTECCIÓN S.A.; la cual realizo una simulación pensional en la que le ofrece una mesada de $2.537.432, mientras que en el régimen de prima media lo sería de $8.717.140, y que al año 2026 alcanzaría aproximadamente 1492 semanas. Igualmente, adujo que radico solicitud ante COLPENSIONES el 3 de febrero de 2022 a

efectos de agotar la reclamación administrativa, la cual fue negada por la entidad en esa misma calenda. (f. 6 a 14 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se evidencia prueba alguna de la inducción al error a la actora por parte de la AFP o de algún vicio en el consentimiento, así como tampoco se observa por parte del demandante nota de protesto que permita inferir su inconformidad respecto a la vinculación a ese régimen, además, las documéntales aportadas se encuentran sujetas a derecho, por lo que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Aunado a ello, indicó que la gestora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado del artículo 2 de la Ley 797 del 2003.

Propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (folios 3 a 38 archivo 08).

PORVENIR S.A. contesto con oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que el traslado de régimen pensional de la demandante estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Así mismo, no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia del traslado que realizó la actora al RAIS, dado que durante el tiempo de vinculación a ese régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones del mismo.

Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la

obligación y buena fe. (f. 3 a 26 archivo 09 y archivo 13)

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

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (archivos 10 y 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de junio del 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ANA GUISELLA GRIJALBA MÁRMOL al régimen de ahorro individual el 29 de mayo de 1996, con fecha de efectividad el 01 de julio de la misma anualidad, por intermedio de PORVENIR S.A., quedando por la ineficacia también el traslado realizado a PROTECCION S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora ANA GUISELLA GRIJALBA MÁRMOL por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el nacimiento del acto ineficaz y durante el tiempo de permanencia de la demandante con dicho fondo con cargo a sus propios recursos y utilidades.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCION S.A. -ultimo fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante- a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ANA GUISELLA GRIJALBA MÁRMOL.

Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., y COLPENSIONES conforme a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de $200.000 a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. para cada una.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente."

Para arribar a dicha conclusión, operadora judicial de instancia indicó que los literales b) y e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establecen que la afiliación a un régimen pensional será válida siempre y cuando esta sea libre y voluntaria, enfatizando que este último aspecto alude a que se conozcan las consecuencias de la decisión del traslado, el cual no puede estimarse satisfecho por la simple expresión genérica de los formatos de afiliación, aspectos estos

que ha referido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Continuando con el análisis de las pretensiones de la demanda, dijo que desde el nacimiento de los fondos de pensiones existe el deber de información y que cuando un afiliado alega no haber recibido la información suficiente, ello conlleva a que la carga de la prueba quede en cabeza de los fondos de pensiones privado, en tanto son ellos los obligados a demostrar el cabal cumplimiento de la información suministrada, lo cual no se convalida con el formulario de afiliación, los traslados horizontales, las re asesorías posteriores como la que recibió la gestora.

Por todo lo anterior, la Juez de instancia determinó que este deber no había sido cumplido por PORVENIR S.A. en 1996, por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de ese fondo, además, ordenó al fondo devolver a COLPENSIONES las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, junto con sus rendimientos y los dineros destinados a cubrir la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexados. De otro lado, declaró no probada la excepción de descapitalización del sistema y prescripción, y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló, Al respecto, solicita se revoquen las condenas impuestas en su contra, señalando que la jurisprudencia sobre ineficacia de traslado por falta al deber de información, ha expuesto que esa línea se aplica de manera diferenciada según los supuestos facticos del caso, lo cual no suceden en el que convoca a las partes, como quiera que la actora se trasladó al RAIS de forma valida y acorde con las cargas impuestas a los fondos para el momento del traslado, por lo que no se pueden exigir condiciones que fueron impuestas posteriormente, pues ello desconocería el principio de retroactividad de la ley y de seguridad jurídica, aunado a que la decisión de traslado de la demandante fue voluntaria,

suscribiendo el respectivo formulario de afiliación, sin que nunca hubiese objetado su permanencia en los fondos privados.

De otro parte, señaló que la orden de devolución de los rendimientos no es coherente con la declaración de ineficacia, luego, en ese orden los frutos producto de la gestión que realizó tampoco se generaron, además los rendimientos son sumas privativas del RAIS, de modo que, deben operar las restituciones mutuas conforme lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, pues de otro modo, se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

En cuanto a los seguros previsionales expuso fueron trasladados a las aseguradoras estando cubierta la demandante durante toda su filiación frente a las contingencias de sobrevivencia e invalidez, por ende, son dineros que igualmente cumplieron su finalidad por tanto, no es posible su devolución, porque ya no están en su poder, reiterando que no es procedente la condena por gastos de administración y sumas previsionales, como quiera son sumas superiores a las que pudo recibir en COLPENSIONES, producto de la profesional gestión que llevó a cabo. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas pues dijo concurrir al proceso en ejercicio de su derecho de defensa, y conforme lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, agregando que no le era dable rechazar la voluntad de afiliación de la actora.

COLPENSIONES en su alzada indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado descrita en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003. Además, indicó que no obra prueba en el plenario que demuestre que se están en presencia de algún vicio de consentimiento pues la demandante en el interrogatorio de parte señaló que no fue coaccionada para vinculación al fondo privado y realizo diferentes traslados horizontales, entendiendo con ello el funcionamiento del régimen de ahorro individual y la rentabilidad de los fondos, siendo suficientemente ilustrada sobre el particular.

Además, sostuvo que en sentencias C1024 2004, SU 062 del 2010, SU 130 de 2013, la Corte Constitucional ha dicho que nadie puede subsidiarse de los recursos ahorrados por otros afiliados, por lo que la declaración de ineficacia del traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general

de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Seguidamente, adujo que en caso de confirmarse la decisión solicita se condiciones el cumplimiento de la sentencia, a la total devolución de los emolumentos ordenados a los fondos privados, sin descuento alguno por concepto de seguros previsionales y se actualicen los datos de la demandante en las respectivas bases de datos. Por último, solicita no se le condene en costas, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa daño con un contrato entre dos partes ajenas a esa entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente

a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través PORVENIR S.A. 29 de mayo de 1996 y la afiliación a PROTECCIÓN S.A. el 1º de junio de 2002, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de julio de 1996 y el 1º de junio de 2002, según el reporte SIAFP. (f. 27 archivo 09 y f. 34 y 62 archivo 10).

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

información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, la representante legal de PORVENIR S.A. en el interrogatorio de parte que rindió, expuso dijo que adicional al formulario de afiliación a ese fondo no existe otro documento que dé cuenta de la asesoría que brindo a la actora al momento de la afiliación, dado que no se exigía nada diferente.

A su turno, la demandante señora ANA GUISELLA GRIJALBA MARMOL en el interrogatorio de parte a ella practicado, refirió que estando al servicio de la empresa ENTEL se acercó una asesora de PORVENIR la cual le indicó que el ISS iba a desparecer y que en ese fondo obtendría una mesada superior y de manera anticipada, para lo cual solo debía trasladarse a esa administradora, agregando que su traslado a PROTECCIÓN se dio por que el asesor le ofreció una atención más personalizada, y que solo hasta el año 2019 se dio cuenta que su mesada en el fondo privado sería inferior a la que le reconocería COLPENSIONES.

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

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

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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la juzgadora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que PORVENIR S.A., no probó el

cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, sobre los cuales las apelantes hacen alusión, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración al principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, el cual trae a colación COLPENSIONES en su apelación, conviene recordar que la Corte Suprema de

Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presentan PORVENIR y COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse

que el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esas accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de los emolumentos que dispuso en la sentencia de primer grado junto, con la indexación allí dispuesta, por lo habrá de confirmarse en su integridad la sentencia confutada.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de junio del 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2021 00265 01**
Demandante:	JHON FELIPE GONZÁLEZ BARRIOS
Demandado:	SCOTIABANK COLPATRIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JHON FELIPE GONZÁLEZ BARRIOS promovió demanda ordinaria laboral en contra de la entidad financiera SCOTIABANK COLPATRIA S.A., a fin de declararse que con la encartada existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 6 de octubre de 2010 y el 23 de junio de 2017, calenda última en que finalizó el vínculo de manera unilateral y sin justa causa por la pasiva.

Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las primas de servicios causadas y no canceladas teniendo en cuenta el salario

realmente devengado, misma situación en lo que atañe a los intereses a las cesantías y vacaciones.

Asimismo, se condene a la pasiva al reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., sanción por la no consignación de las cesantías en los términos de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social en pensión, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que con la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 6 de octubre de 2010 y el 21 de junio de 2017 donde desempeñó el cargo de Ejecutivo de Cuentas, el cual culminó a razón de un retiro voluntario, situación que conllevó a que le fuera cancelada una indemnización como da cuenta la liquidación de prestaciones sociales.

Que el contrato de trabajo prevé en la cláusula octava que los denominados "concursos" no constituyen salario, por el contrario, lo que se le cancelaba por este concepto no cumplía con la naturaleza de pago ocasional y de mera liberalidad, sino que su finalidad era remunerarlo con ocasión del servicio prestado, rubro que percibió durante todo el tiempo en que perduró la relación laboral en forma constante.

Expuso que el pago a razón de concurso se cancelaba de manera mensual, y variaba teniendo en cuenta el cumplimiento de metas y venta de productos, de allí que percibiera la correspondiente comisión, pero a pesar de ello la encartada en ningún dicho rubro como pago constitutivo de salario.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SCOTIABANK COLPATRIA S.A. contestó la demanda manifestando que en efecto se suscribió contrato de trabajo con el demandante por el periodo comprendido entre el 6 de octubre de 2010 y el 21 de junio de 2017, calenda para la cual el actor presentó de manera libre y voluntaria la carta de renuncia.

Indicó a su vez no existir lugar a reliquidación alguna en los términos señalados por el demandante, toda vez que durante el periodo en que estuvo vigente la relación laboral, se le canceló la totalidad de conceptos tales como la liquidación de acreencias laborales, prestaciones sociales y vacaciones con base en el salario efectivamente devengado, sin que a la fecha se le adeuda concepto alguno.

Mencionó que el salario del demandante estaba compuesto por una parte fija y una variable, esta última correspondiente a las comisiones sobre las ventas que realizó el actor en su rol de Asesor y posteriormente como Ejecutivo y que en los documentos que reposan en el plenario se denominan como remuneración variable, lo que implicaba que su remuneración por las ventas y la labor se encontraran remunerada sobre dicho concepto, el cual tuvo todos los efectos salariales de conformidad con la normatividad laboral.

Expuso que, respecto de los premios entregados en el marco de los concursos, los mismos jamás tuvieron por finalidad retribuir el servicio, por la potísima razón que las ventas que el ejecutivo generara en desarrollo de sus funciones se encontraban plenamente retribuidas en el salario ordinario, fijo y variable, por manera que el hecho de que el trabajador ganara un concurso no implicaba una remuneración adicional, pues ello llevaría al absurdo de pagar dos veces el mismo servicio.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de noviembre de 2022 dispuso absolver a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, inicialmente refirió el *a-quo* no existir controversia que entre las partes efectivamente existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 6 de octubre de 2010 y el 21 de junio de 2017, el cual finalizó como consecuencia de la renuncia voluntaria que presentara el demandante en calidad de trabajador, desempeñando como último cargo el de Ejecutivo de Pymes Zona II, con una retribución salarial mensual al momento del finiquito laboral en la suma de $3.035.400.

Seguidamente, expuso que en tratándose de los emolumentos de concurso que pretende el actor constituyan factor salarial y de conformidad con lo dispuestos en los artículos 127 y 128 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta el interrogatorio de parte del demandante y lo expuesto por la testigo DIANA MARCELA RONCANCIO, se logró establecer que el salario del actor estaba compuesto por un factor fijo y uno variable denominado comisiones, en el que se tenía en cuenta los productos financieros puestos en el mercado por el actor, así como que, tanto el factor variable como las comisiones fueron tenidas en cuenta como factor salarial para la liquidación de las acreencias salariales.

Que en la cláusula octava del contrato de trabajo se estipuló lo referente a los pagos a razón de concursos alegados por el demandante y, que si bien se aprecia de los desprendibles de nómina que el actor devengó sumas variables por diversos concursos, los mismos no eran de carácter habitual o periódico,

como tampoco permanente o con periodicidad constante, sino que por el contrario, eran ocasionales, aspectos por los que no se asemejaban a un pago constitutivo de salario atendiendo los preceptos legales y jurisprudenciales.

Adicionalmente, mencionó que al demandante nunca le fueron desconocidas las comisiones percibidas a razón de su labor, de ahí que no pueda estimar que la figura de concursos la percibiera a razón de comisiones, tan es así que dentro del contrato de trabajo las partes acordaron su exclusión salarial, situación que conllevó a absolver sobre las súplicas expuestas en el petitum, más aún si se demostró que al actor le fueron pagadas en su totalidad las acreencias laborales adeudadas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que los pagos levados a cabo en virtud de concursos son constitutivos de salario dado el carácter habitual y periódico en que se cancelaban, por cuanto eran pagados en la mayoría de meses del año, al igual que en todo momento giraron en torno de un trabajo directo relacionado directamente con el objeto de la labor contratada, y si bien cambió su denominación en algunas ocasiones fue por el cambio del cargo desempeñado.

Que teniendo en cuenta lo anterior, también debe proceder el pago de la sanción por la no consignación del total de cesantías en el correspondiente fondo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. **Trámite de segunda instancia:**

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal, si los emolumentos devengados por el demandante dentro de la relación laboral que ostentó con la encartada SCOTIABANK COLPATRIA S.A. denominados "*concursos"*, constituyeron factor salarial.

De salir avante lo anterior, deberá determinarse si las pretensiones de carácter condenatorio gozan de prosperidad, tales como la reliquidación de primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, al igual que se analizará la condena a razón de la sanción por la no consignación de las cesantías en los términos de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

c. Del contrato de trabajo:

Previo a la resolución de los problemas jurídicos referenciados en precedencia, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que ente el aquí demandante señor JHON FELIPE GONZÁLEZ BARRIOS y SCOTIABANKCOLPATRIA, existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 6 de octubre de 2010 y el 21 de junio de 2017, el cual finalizó con ocasión de la renuncia presentada por el mismo actor, siendo el último cargo desempeñado por el trabajador el de Ejecutivo Pyme Zona 2, prueba de ello lo son las documentales atinentes a la copia del contrato de trabajo, la carta del finiquito laboral, liquidación de prestaciones sociales y la certificación laboral expedida por la entidad financiera demandada (Fls. 34

a 38, 39, 60 – PDF DEMANDA Y ANEXOS y fls. 83, 84 y 85 a 89 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA COLPATRIA).

d. Del pago denominado concurso como constitutivo de factor salarial:

El actor sostiene en su defensa que a pesar que se consignó con la demandada dentro del contrato de trabajo que los pagos a razón de concurso no constituían salario, los mismos sí tenían connotación salarial en la medida que se cancelaron en forma periódica durante todo el contrato de trabajo.

Por su parte, la encartada expone como medio defensivo el hecho de que, con la suscripción del vínculo contractual se dejó por sentado que esa figura con constituiría salario, máxime si se tiene en cuenta que el señor JHON FELIPE GONZÁLEZ BARRIOS en todo momento percibió comisiones las cuales se le cancelaron en legal orden.

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

A su vez, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que

reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituyen salario, serán excluidos.

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

> *"CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO*
>
> *"Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.*
>
> *"Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior,* ***que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido.*** *De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.*
>
> *"[…]*
>
> *"LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES*

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

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

"Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

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

"[…]

"LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

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

Tal decisión jurisprudencial emanada por el órgano de cierre, se ha venido reiterando en distintas decisiones como la SL1576-2023, Radicación No.

96599 del 5 de julio de 2023, SL1557-2023, Radicación No. 93571 del 4 de julio de 2023, SL1509-2023, Radicación No. 92079 del 27 de junio de 2023, entre otras.

Bajo este escenario, pertinente también resulta poner de presente que la cláusula octava del contrato de trabajo en lo que atañe a los pagos a razón de concursos, dispuso:

> *"**OCTAVA. – PAGOS NO SALARIALES**: Las partes acuerdan que todo beneficio o auxilio individual, ya sea en dinero o en especie, tales como medios de comunicación (celular, beeper u otros); pago de seguros por vehículos, medicina prepagada, o debida, o de cualquier otra naturaleza, bonos o premios, o primas de vacaciones, mitad de año, de diciembre, o navidad, o de antigüedad o similares, cualquiera que sea su denominación: vestuario, alimentación, tiquetes de sodexo o sus equivalentes, transporte, incentivos, premios, **concursos**, participaciones cualquiera que sea su origen y denominación, no constituye salario para ningún efecto laboral, ni de liquidación o reliquidación del factor prestacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990."*

Significa entonces que la jurisprudencia ha enfatizado que en tratándose de pagos, independientemente la catalogación que inclusive las partes le consignen en pactos u otros acuerdos, aquellos que perciba el trabajador con ocasión de la contraprestación de su servicio no pierden su esencia de constituir salario.

En tal sentido, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del demandante señor JHON FELIPE GONZÁLEZ BARRIOS, quien manifestó que laboró al servicio del banco desde el mes de octubre de 2010 hasta el mes de junio de 2017, donde desempeñó distintos cargos tales como el de Asesor Comercial, Ejecutivo de Banca Personal y finalizó con el cargo de Ejecutivo Pyme, último donde su labor en todo momento fue comercial y, por consiguiente, vinculado a una relación de cumplimiento de metas.

Que su salario estaba compuesto por el básico y un salario variable de comisiones, consistente en concursos de tarjetas de crédito, concursos de créditos hipotecarios, concursos de créditos de vehículo, concursos de captación, concursos de colocación de créditos, concursos de colocación de acreencias para recaudar tarjetas débito y crédito en establecimientos de comercio, entre otros.

Expuso que todo lo que ejecutó con relación a comisiones le fue pagado por la pasiva, pero no se tuvieron en cuenta a efectos de cómputo de acreencias laborales ni seguridad social lo atinente a los concursos. Que en el mes de junio de 2017 presentó su carta de renuncia al banco, al igual que dentro del contrato de trabajo pactado con la entidad financiera se dispuso que los conceptos de concursos no constituyeron factor salarial, como tampoco presentó dentro de la vigencia del contrato de trabajo reclamación alguna solicitando tal figura como pago constitutivo de salario.

Mencionó que las sumas que percibió a título de comisiones no fueron tenidas en cuenta para efectos de liquidación de prestaciones sociales. Que las comisiones estaban atadas a los concursos, por ende, dichos concursos también eran metas, tan es así que el banco manejaba una libreta de pago por comisiones, la cual contenía un pequeño porcentaje a razón de concursos.

Que la figura de concursos la percibía mes a mes, sin que fuera posible ganar un concurso sin cumplir las metas, iterando que el concurso se pagaba de manera mensual, pues estaban atados a un producto en específico.

La testigo DIANA MARCELA RONCANCIO GARNICA manifestó que en la actualidad es Profesional de la entidad financiera demandada en la Vicepresidencia de Recursos Humanos, laborando al servicio de la encartada desde hace 8 años.

Que el demandante era ejecutivo comercial del banco, así como que ella trabaja en la parte de comisiones, especialmente en un área donde se recupera toda la información de metas y ejecuciones de los banqueros en sus diferentes productos o diferentes cargos, con la finalidad de poder calcular si se comisiona o no dentro del mes respectivo.

Indicó que el sueldo del demandante era variable, compuesto por metas y ejecuciones, atado a un porcentaje mínimo de metas, las cuales de no cumplirse no podía comisionar.

En lo referente a los concursos, no hacían parte del salario como quiera que se enviaban por otro concepto por cuanto en el detalle del pago no estaba dentro de toda la bolsa de remuneración variable, precisando que algunos concursos eran consecutivos, pero dependiendo de la necesidad del mercado, sin que estuviesen obligados los trabajadores a ganar o no dichos concursos.

Recalcó que para ganar la comisión no era necesario ganar los concurso, pues eran situaciones diferentes en la medida que la comisión iba compuesta de varios indicadores que estaban dispuestos para todos los cargos, mientras que el concurso tenía una meta o un tope que si se lograba podía percibirse, pero sin que fuese obligación ya que no estaban atadas, sino que se calculaban de manera diferente por tratarse de un incentivo adicional.

Que los concursos iban dirigidos a la parte comercial, inclusive a los ejecutivos, los cuales podían ganarse inclusive todos los meses siempre y cuando cumplieran con las metas establecidas, puntualizando que los concursos eran dependiendo las campañas que la entidad financiera estipulara.

De otra parte, yace documental acreditada por la parte demandante denominada *"Detalle Resumen de Nómina Oct 2010 – Jun 2018"*, que no fue tachada por la entidad financiera encartada, la cual consigna la relación de

pagos realizada al actor por parte de SCOTIBANK COLPATRIA S.A., especialmente lo que gravita en torno a los denominado concursos y que se discriminan junto con el respectivo pago de la siguiente forma (Fls. 41 a 59 – PDF 01 DEMANDA ANEXOS):

AÑO 2010		
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2010	$ 20.000,00
Concurso Banca Seguros	25/11/2010	$ 31.720,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2010	$ 100.000,00
Concurso Banca Seguros	25/12/2010	$ 124.440,00

AÑO 2011		
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO
Concurso Banca Seguros	25/01/2011	$ 24.400,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2011	$ 117.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/02/2011	$ 72.000,00
Concurso Banca Seguros	25/02/2011	$ 79.580,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2011	$ 37.000,00
Concurso Banca Seguros	14/04/2011	$ 52.700,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/04/2011	$ 60.000,00
Concurso Banca Seguros	25/04/2011	$ 59.700,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2011	$ 125.000,00
Concurso Banca Seguros	25/05/2011	$ 83.300,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2011	$ 127.000,00
Concurso Banca Seguros	25/06/2011	$ 52.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2011	$ 149.000,00
Concurso Banca Seguros	25/07/2011	$ 138.800,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2011	$ 158.000,00
Concurso Banca Seguros	25/08/2011	$ 68.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2011	$ 134.000,00
Concurso Banca Seguros	25/09/2011	$ 121.300,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2011	$ 235.000,00
Concurso Banca Seguros	25/10/2011	$ 110.600,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2011	$ 358.000,00
Concurso Banca Seguros	25/11/2011	$ 118.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2011	$ 319.000,00
Concurso Banca Seguros	25/10/2011	$ 95.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2011	$ 142.000,00

AÑO 2012		
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2012	$ 100.000,00
Concurso Banca Seguros	25/01/2012	$ 128.800,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/02/2012	$ 27.000,00
Concurso Banca Seguros	25/02/2012	$ 186.800,00
Concurso Banca Seguros	25/03/2012	$ 171.300,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2012	$ 172.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2012	$ 143.000,00
Concurso Banca Seguros	25/04/2012	$ 103.300,00
Concurso Banca Seguros	25/05/2012	$ 110.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2012	$ 169.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2012	$ 12.400,00
Concurso Banca Seguros	25/06/2012	$ 131.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2012	$ 161.000,00
Concurso Banca Seguros	25/07/2012	$ 249.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2012	$ 118.000,00
Concurso Banca Seguros	25/08/2012	$ 177.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2012	$ 197.000,00
Concurso Banca Seguros	26/09/2012	$ 179.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2012	$ 332.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/11/2012	$ -
Concurso Banca Seguros	14/11/2012	$ 140.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2012	$ 163.000,00
Concurso Banca Seguros	25/11/2012	$ 235.000,00
Concurso Banca Seguros	25/12/2012	$ 169.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2012	$ 174.000,00

AÑO 2013		
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2013	$ 121.000,00
Concurso Banca Seguros	25/01/2013	$ 171.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/02/2013	$ 83.000,00
Concurso Banca Seguros	25/02/2013	$ 218.300,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2013	$ 40.000,00
Concurso Banca Seguros	25/03/2013	$ 121.600,00
Concurso Banca Seguros	25/04/2013	$ 195.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2013	$ 231.000,00
Concurso de Vehículo	25/05/2013	$ 70.000,00
Concurso Mac	25/05/2013	$ 200.000,00
Concurso Banca Seguros	25/05/2013	$ 203.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2013	$ 389.000,00
Concurso Banca Seguros	25/06/2013	$ 190.300,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2013	$ 260.000,00
Concurso Banca Seguros	25/07/2013	$ 158.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2013	$ 335.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2013	$ 250.000,00
Concurso Banca Seguros	25/08/2013	$ 282.600,00
Concurso Banca Seguros	25/09/2013	$ 20.330,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2013	$ 302.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2013	$ 188.000,00
Concurso Banca Seguros	25/10/2013	$ 208.800,00
Concurso Banca Seguros	25/11/2013	$ 18.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2013	$ 45.000,00
Concurso Hipotecario	25/11/2013	$ 420.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/12/2013	$ 200.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2013	$ 45.000,00
Concurso consumo	25/12/2013	$ 100.000,00

AÑO 2014		
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2014	$ 36.000,00
Concurso de Vehículos	25/01/2014	$ 100.000,00
Concurso consumo	25/01/2014	$ 350.000,00
Concurso Hipotecario	25/01/2014	$ 965.650,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/02/2014	$ 650.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/02/2014	$ 44.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2014	$ 75.000,00
Concurso Banca Seguros	25/03/2014	$ 83.500,00
Concurso Hipotecario	25/03/2014	$ 347.777,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/04/2014	$ 120.000,00
Concurso de Vehículos	25/04/2014	$ 190.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2014	$ 214.000,00
Concurso Hipotecario	25/04/2014	$ 2.625.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2014	$ 39.000,00
Concurso de Vehículos	25/05/2014	$ 175.000,00
Concurso Hipotecario	25/05/2014	$ 519.429,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2014	$ 50.000,00
Concurso de Vehículos	25/06/2014	$ 490.000,00
Concurso Hipotecario	25/06/2014	$ 1.143.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2014	$ 65.000,00
Concurso Hipotecario	25/07/2014	$ 174.415,00
Concurso de Vehículos	25/07/2014	$ 205.000,00
Concurso Hipotecario	25/08/2014	$ 60.289,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2014	$ 70.000,00
Concurso de Vehículos	25/08/2014	$ 250.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/09/2014	$ 401.355,00
Concurso Hipotecario	25/09/2014	$ 293.191,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2014	$ 1.075.000,00
Concurso de Vehículos	25/10/2014	$ 70.700,00
Concurso Hipotecario	25/10/2014	$ 432.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2014	$ 1.120.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2014	$ 391.860,00
Concurso Hipotecario	25/11/2014	$ 532.590,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2014	$ 427.128,00
Concurso Hipotecario	25/12/2014	$ 611.744,00

AÑO 2015		
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2015	$ 1.060.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/02/2015	$ 205.020,00
Concurso de Vehículos	25/03/2015	$ 176.188,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2015	$ 305.005,00
Concurso Hipotecario	25/03/2015	$ 714.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2015	$ 195.840,00
Concurso de Vehículos	25/04/2015	$ 418.000,00
Concurso Hipotecario	25/04/2015	$ 904.163,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2015	$ 1.050.000,00
Concurso Hipotecario	25/05/2015	$ 1.098.326,00
Concurso pasivo	14/06/2015	$ 500.000,00
Concurso de Vehículos	25/06/2015	$ 286.500,00
Concurso Hipotecario	25/06/2015	$ 636.290,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2015	$ 1.050.000,00
Concurso pasivo	14/07/2015	$ 250.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2015	$ 50.000,00
Concurso de Vehículos	25/07/2015	$ 247.500,00
Concurso Consumo	25/08/2015	$ 54.430,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2015	$ 1.050.000,00
Concurso de Vehículos	25/09/2015	$ 60.900,00
Concurso Hipotecario	25/09/2015	$ 330.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2015	$ 372.011,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2016	$ 416.244,00
Concurso de Vehículos	25/10/2015	$ 700.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2015	$ 981.111,00
Concurso Consumo	25/12/2015	$ 105.000,00
Concurso Hipotecario	25/12/2015	$ 145.437,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2015	$ 884.736,00

AÑO 2016		
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2016	$ 789.736,00
Concurso Hipotecario	25/01/2016	$ 3.537.000,00
Concurso Consumo	25/02/2016	$ 110.000,00
Concurso Hipotecario	25/03/2016	$ 573.169,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2016	$ 923.234,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2016	$ 25.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2016	$ 90.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2016	$ 185.844,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2016	$ 429.000,00
Concurso Hipotecario	25/06/2016	$ 172.500,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2016	$ 1.060.000,00
Concurso Consumo	25/07/2016	$ 235.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2016	$ 1.275.000,00
Concurso de Vehículos	25/08/2016	$ 230.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2016	$ 789.704,00
Concurso Hipotecario	25/08/2016	$ 1.155.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2016	$ 60.000,00
Concurso Consumo	25/09/2016	$ 370.397,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2016	$ 1.070.000,00
Concurso Hipotecario	14/11/2016	$ 186.800,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2016	$ 3.000,00
Concurso de Vehículos	25/11/2016	$ 150.000,00
Concurso Hipotecario	25/11/2016	$ 549.254,00
Concurso Pasivo	25/12/2016	$ 700.000,00

AÑO 2017		
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO
Concurso de Vehículos	25/01/2017	$ 166.000,00
Concurso Banca Seguros	25/01/2017	$ 303.000,00
Concurso Pasivo	25/01/2017	$ 700.000,00
Concurso Cartera Pyme	14/04/2017	$ 100.000,00
Concurso de Vehículos	14/04/2017	$ 250.000,00
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2017	$ 140.000,00
Concurso Cartera Pyme	25/04/2017	$ 600.000,00

En tal sentido, aprecia la Sala que contrario a lo argumentado por el operador de instancia, los pagos realizados a favor del demandante y bajo la denominación de "*concursos"*, se cancelaron en forma periódica o consuetudinaria durante la mayoría de meses de todas las anualidades de la relación laboral; tan es así, que el pago de concursos tuvo distintas formas de apremio como lo era el Concurso Tarjeta de Oficinas, Concurso Hipotecario,

Concurso Consumo, Concurso de Vehículos, Concurso Banca Seguros Concurso Mac y Concurso Cartera Pyme con onerosas cancelaciones mensuales.

Por tal razón, resulta palmario que el pago a razón de concursos se dio con ocasión ineludible a la contraprestación personal del servicio del demandante, pues nótese que si bien la testigo DIANA MARCELA RONCANCIO GARNICA, quien trabaja en la Vicepresidencia de Recursos Humanos de la entidad financiera, precisó que los pagos de concursos no se tenían en cuenta para connotaciones salariales, como sí se hacía con las comisiones atendibles a metas o ejecuciones, lo cierto es que también expuso que en efecto se constituían dependiendo la necesidad del mercado, aspecto último del que se evidencia la realización de la actividad de gestión para el cumplimiento de metas que conllevaban a la asignación de determinado monto dinerario por el concepto de concursos, el cual se itera se dio casi la totalidad de meses en que perduró el contrato de trabajo.

Es por ello que, a juicio de la Sala, quedó demostrado que, con ocasión del cumplimiento de algunos indicadores, entendidos estos como cumplimiento de metas, que el actor podía adquirir el pago de cada concurso mensualmente, situación que se reitera en todo momento se derivaba de la contraprestación personal del servicio, puesto que no yace prueba que los concursos se hubiesen cancelado al señor JHON FELIPE GONZÁLEZ BARRIOS con destinación diferente.

Otro aspecto a puntualizar, es que, en virtud de la jurisprudencia trazada, por regla general los ingresos percibidos por los trabajadores constituyen salario, siendo carga probatoria del empleador demostrar lo contrario, talante último que SCOTIABANK COLPATRIA S.A. no logró desvirtuar, ya que no acreditó prueba fehaciente que los concursos fuesen percibidos por el actor como consecuencia de una destinación ajena a la prestación del servicio.

Tampoco puede avalarse el argumento del *a-quo* al decidir la absolución del *sub examine*, donde manifestó que a pesar de que existieron pagos de concursos, no podían entenderse ante una connotación salarial por cuanto su denominación varió y así no podía entenderse un pago periódico, toda vez que teniendo en cuenta los argumentos hasta aquí expuestos, en todo momento los concursos se percibieron con ocasión de las reiterativas comisiones que acreditó el demandante a lo largo del contrato de trabajo, lo que conlleva a que la sentencia de primera instancia se revoque, para en su lugar analizarse las condenas perseguidas por el actor en el recurso de alzada.

e. De la reliquidación salarial a razón de los concursos dejados de cancelar:

Como ya se enfatizó, la relación laboral del demandante con la encartada abarcó el periodo comprendido entre el 6 de octubre de 2010 y el 21 de junio de 2017, interregno durante el cual ostentó a razón de concursos diferentes pagos mensuales, de allí que, realizando los cálculos correspondientes, esto es, sumando todos los pagos por concepto de concursos en las respectivas anualidades y promediándolos entre 12, fue que se obtuvo la reliquidación salarial en los siguientes términos:

AÑO 2010			
CLASE DE CONCURSO	**FECHA DE PAGO**	**VALOR DEVENGADO**	**VALOR PROMEDIADO EN 12**
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2010	$ 20.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/11/2010	$ 31.720,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2010	$ 100.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/12/2010	$ 124.440,00	
TOTAL ANUALIDAD AÑO 2010		**$ 276.160,00**	**$ 23.013,33**

AÑO 2011			
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO	VALOR PROMEDIADO EN 12
Concurso Banca Seguros	25/01/2011	$ 24.400,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2011	$ 117.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/02/2011	$ 72.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/02/2011	$ 79.580,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2011	$ 37.000,00	
Concurso Banca Seguros	14/04/2011	$ 52.700,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/04/2011	$ 60.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/04/2011	$ 59.700,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2011	$ 125.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/05/2011	$ 83.300,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2011	$ 127.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/06/2011	$ 52.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2011	$ 149.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/07/2011	$ 138.800,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2011	$ 158.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/08/2011	$ 68.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2011	$ 134.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/09/2011	$ 121.300,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2011	$ 235.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/10/2011	$ 110.600,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2011	$ 358.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/11/2011	$ 118.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2011	$ 319.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/11/2011	$ 95.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2011	$ 142.000,00	
TOTAL ANUALIDAD AÑO 2011		**$ 3.037.880,00**	**$ 253.156,67**

AÑO 2012			
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO	VALOR PROMEDIADO EN 12
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2012	$ 100.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/01/2012	$ 128.800,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/02/2012	$ 27.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/02/2012	$ 186.800,00	
Concurso Banca Seguros	25/03/2012	$ 171.300,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2012	$ 172.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2012	$ 143.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/04/2012	$ 103.300,00	
Concurso Banca Seguros	25/05/2012	$ 110.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2012	$ 169.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2012	$ 12.400,00	
Concurso Banca Seguros	25/06/2012	$ 131.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2012	$ 161.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/07/2012	$ 249.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2012	$ 118.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/08/2012	$ 177.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2012	$ 197.000,00	
Concurso Banca Seguros	26/09/2012	$ 179.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2012	$ 332.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/11/2012	$ -	
Concurso Banca Seguros	14/11/2012	$ 140.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2012	$ 163.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/11/2012	$ 235.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/12/2012	$ 169.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2012	$ 174.000,00	
TOTAL ANUALIDAD AÑO 2012		**$ 3.750.100,00**	**$ 312.508,33**

AÑO 2013			
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO	VALOR PROMEDIADO EN 12
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2013	$ 121.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/01/2013	$ 171.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/02/2013	$ 83.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/02/2013	$ 218.300,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2013	$ 40.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/03/2013	$ 121.600,00	
Concurso Banca Seguros	25/04/2013	$ 195.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2013	$ 231.000,00	
Concurso de Vehículo	25/05/2013	$ 70.000,00	
Concurso Mac	25/05/2013	$ 200.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/05/2013	$ 203.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2013	$ 389.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/06/2013	$ 190.300,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2013	$ 260.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/07/2013	$ 158.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2013	$ 335.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2013	$ 250.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/08/2013	$ 282.600,00	
Concurso Banca Seguros	25/09/2013	$ 20.330,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2013	$ 302.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2013	$ 188.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/10/2013	$ 208.800,00	
Concurso Banca Seguros	25/11/2013	$ 18.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2013	$ 45.000,00	
Concurso Hipotecario	25/11/2013	$ 420.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/12/2013	$ 200.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2013	$ 45.000,00	
Concurso consumo	25/12/2013	$ 100.000,00	
TOTAL ANUALIDAD AÑO 2013		**$ 5.068.430,00**	**$ 422.369,17**

AÑO 2014			
CLASE DE CONCURSO	**FECHA DE PAGO**	**VALOR DEVENGADO**	**VALOR PROMEDIADO EN 12**
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2014	$ 36.000,00	
Concurso de Vehículos	25/01/2014	$ 100.000,00	
Concurso consumo	25/01/2014	$ 350.000,00	
Concurso Hipotecario	25/01/2014	$ 965.650,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/02/2014	$ 650.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/02/2014	$ 44.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2014	$ 75.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/03/2014	$ 83.500,00	
Concurso Hipotecario	25/03/2014	$ 347.777,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/04/2014	$ 120.000,00	
Concurso de Vehículos	25/04/2014	$ 190.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2014	$ 214.000,00	
Concurso Hipotecario	25/04/2014	$ 2.625.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2014	$ 39.000,00	
Concurso de Vehículos	25/05/2014	$ 175.000,00	
Concurso Hipotecario	25/05/2014	$ 519.429,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2014	$ 50.000,00	
Concurso de Vehículos	25/06/2014	$ 490.000,00	
Concurso Hipotecario	25/06/2014	$ 1.143.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2014	$ 65.000,00	
Concurso Hipotecario	25/07/2014	$ 174.415,00	
Concurso de Vehículos	25/07/2014	$ 205.000,00	
Concurso Hipotecario	25/08/2014	$ 60.289,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2014	$ 70.000,00	
Concurso de Vehículos	25/08/2014	$ 250.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	14/09/2014	$ 401.355,00	
Concurso Hipotecario	25/09/2014	$ 293.191,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2014	$ 1.075.000,00	
Concurso de Vehículos	25/10/2014	$ 70.700,00	
Concurso Hipotecario	25/10/2014	$ 432.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2014	$ 1.120.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2014	$ 391.860,00	
Concurso Hipotecario	25/11/2014	$ 532.590,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2014	$ 427.128,00	
Concurso Hipotecario	25/12/2014	$ 611.744,00	
TOTAL ANUALIDAD AÑO 2014		**$ 14.397.628,00**	**$ 1.199.802,33**

AÑO 2015			
CLASE DE CONCURSO	**FECHA DE PAGO**	**VALOR DEVENGADO**	**VALOR PROMEDIADO EN 12**
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2015	$ 1.060.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/02/2015	$ 205.020,00	
Concurso de Vehículos	25/03/2015	$ 176.188,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2015	$ 305.005,00	
Concurso Hipotecario	25/03/2015	$ 714.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2015	$ 195.840,00	
Concurso de Vehículos	25/04/2015	$ 418.000,00	
Concurso Hipotecario	25/04/2015	$ 904.163,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2015	$ 1.050.000,00	
Concurso Hipotecario	25/05/2015	$ 1.098.326,00	
Concurso pasivo	14/06/2015	$ 500.000,00	
Concurso de Vehículos	25/06/2015	$ 286.500,00	
Concurso Hipotecario	25/06/2015	$ 636.290,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2015	$ 1.050.000,00	
Concurso pasivo	14/07/2015	$ 250.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2015	$ 50.000,00	
Concurso de Vehículos	25/07/2015	$ 247.500,00	
Concurso Consumo	25/08/2015	$ 54.430,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2015	$ 1.050.000,00	
Concurso de Vehículos	25/09/2015	$ 60.900,00	
Concurso Hipotecario	25/09/2015	$ 330.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2015	$ 372.011,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2016	$ 416.244,00	
Concurso de Vehículos	25/10/2015	$ 700.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2015	$ 981.111,00	
Concurso Consumo	25/12/2015	$ 105.000,00	
Concurso Hipotecario	25/12/2015	$ 145.437,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/12/2015	$ 884.736,00	
TOTAL ANUALIDAD AÑO 2015		**$ 14.246.701,00**	**$ 1.187.225,08**

AÑO 2016			
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO	VALOR PROMEDIADO EN 12
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/01/2016	$ 789.736,00	
Concurso Hipotecario	25/01/2016	$ 3.537.000,00	
Concurso Consumo	25/02/2016	$ 110.000,00	
Concurso Hipotecario	25/03/2016	$ 573.169,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/03/2016	$ 923.234,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2016	$ 25.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2016	$ 90.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2016	$ 185.844,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/05/2016	$ 429.000,00	
Concurso Hipotecario	25/06/2016	$ 172.500,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/06/2016	$ 1.060.000,00	
Concurso Consumo	25/07/2016	$ 235.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/07/2016	$ 1.275.000,00	
Concurso de Vehículos	25/08/2016	$ 230.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/08/2016	$ 789.704,00	
Concurso Hipotecario	25/08/2016	$ 1.155.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/09/2016	$ 60.000,00	
Concurso Consumo	25/09/2016	$ 370.397,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/10/2016	$ 1.070.000,00	
Concurso Hipotecario	14/11/2016	$ 186.800,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/11/2016	$ 3.000,00	
Concurso de Vehículos	25/11/2016	$ 150.000,00	
Concurso Hipotecario	25/11/2016	$ 549.254,00	
Concurso Pasivo	25/12/2016	$ 700.000,00	
TOTAL ANUALIDAD AÑO 2016		**$ 14.669.638,00**	**$ 1.222.469,83**

AÑO 2017			
CLASE DE CONCURSO	FECHA DE PAGO	VALOR DEVENGADO	VALOR PROMEDIADO EN 12
Concurso de Vehículos	25/01/2017	$ 166.000,00	
Concurso Banca Seguros	25/01/2017	$ 303.000,00	
Concurso Pasivo	25/01/2017	$ 700.000,00	
Concurso Cartera Pyme	14/04/2017	$ 100.000,00	
Concurso de Vehículos	14/04/2017	$ 250.000,00	
Concurso Tarjeta de Oficinas	25/04/2017	$ 140.000,00	
Concurso Cartera Pyme	25/04/2017	$ 600.000,00	
TOTAL ANUALIDAD AÑO 2017		**$ 2.259.000,00**	**$ 188.250,00**

Esto conlleva a que los salarios realmente devengados por el demandante a razón de la reliquidación salarial por el concepto de concursos sean los siguientes:

_ Año 2010 la suma de $23.013.33.

_ Año 2011 la suma de $253.156.67.

_ Año 2012 la suma de $312.508.33.

_ Año 2013 la suma de $422.369.17.

_ Año 2014 la suma de $1.199.802.33.

_ Año 2015 la suma de $1.187.225.08.

_ Año 2016 la suma de $1.222.469.83.

_ Año 2017 la suma de $188.250.

f. De la excepción de prescripción:

Para lo pertinente, es necesario que sobre estos conceptos se analice previamente la excepción de prescripción de conformidad con lo dispuesto en los artículos 488 y 489, en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

Se aprecia que teniendo en cuenta que el contrato de trabajo finalizó el 21 de junio de 2017, el fenómeno trienal prescriptivo operaría a partir del 20 de junio de 2020. Al respecto, se pone de presente que el demandante elevó derecho de petición ante la entidad financiera el 30 de enero de 2020, presentándose la demanda el 11 de mayo de 2021 según se aprecia del acta individual de reparto (Fls. 82 a 83 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXO y PDF 02 ACTA DE REPARTO), tópico que en principio podría interpretarse como una interrupción de la prescripción.

A pesar de lo anterior, es menester poner de presente que el escrito calendado el 30 de enero de 2020 con el que se pretendió interrumpir la prescripción expone:

> *"Cliente Por Correo electrónico CSS (27/01/2020 01:24 PM)*
> *Sres Colpatria*
> *Buenas tardes*
>
> *En virtud al contrato individual de trabajo a término indefinido, el cual inicio el día 6 de octubre de 2010 y finalizó el día 21 de junio de 2017 se produjo la liquidación del mismo el 23 de junio de 2017, en condiciones distintas a lo acorde al salario devengado durante la prestación de mis servicios como colaborador, motivo por el cual agradezco dar rta. al derecho de petición adjunto.*
>
> *Cordialmente*
>
> *John González Cel: 3013369056"*

Al punto, la norma es clara en precisar que, para efectos de la interrupción de la prescripción, debe interponerse un simple reclamo, pero sobre el derecho o

prestación debidamente determinado, implicando esto último que debe contextualizarse en su integridad todos los derechos que se pretendan perseguir a través de la vía ordinaria.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3321-2022, Radicación No. 83995 del 5 de septiembre de 2022, mencionó acerca de la interrupción de la prescripción los requisitos de su interposición, refiriendo:

> *"**2. De la prescripción***
>
> *Resulta pertinente recordar, que de conformidad con los artículos 151 del CTPSS, 488 y 489 del CST, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años, los cuales se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible, de modo que quien pretenda un derecho laboral o una prestación social deberá alegarla en el término establecido, en cuyo caso basta «el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador», para que por una sola vez se entienda interrumpida y comience a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.*
>
> *Sobre el particular, la jurisprudencia ha adoctrinado que esa solicitud tiene por finalidad que el empleador, conozca previamente las acreencias que el trabajador pretende, de tal modo que la reclamación, según lo definido en la sentencia CSJ SL, 2 sep. 2020, rad. 55445, reiterada en la CSJ SL5159-2020 es,*
>
> *[...] cualquier requerimiento o solicitud por escrito que el trabajador hubiese [1] realizado del derecho debidamente determinado y del que [2] el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural.*
>
> *En punto de la caracterización inicial, la Sala ha expuesto que la determinación del derecho, en perspectiva de la demanda, consiste en la definición previa de un pedimento coherente, de suerte que «las pretensiones del libelo y su causa no resulten diferentes a las planteadas en forma directa a la empleadora».*
>
> *Por consiguiente, la demostración de la interrupción de la prescripción, la cual corre por cuenta del demandante, debe incluir: 1) el reclamo escrito*

de lo pretendido en el gestor y, 2) la prueba de la recepción del mismo, por parte del empleador.

Descendiendo al asunto *sub examine*, es evidente que el escrito de interrupción que elevó el actor a SCOTIABANK COLPATRIA S.A. en nada discriminó los derechos que aquí pretende reclamar como son la reliquidación de los aportes al sistema social en pensión, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T. y la sanción por la no consignación de las cesantías preceptuada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, máxime si pesar de haber manifestado en ese escrito que había adjuntado un derecho de petición, tal probanza no reposa dentro del plenario, elementos de juicio suficientes para que se pueda concluir la configuración del medio exceptivo de prescripción invocado por la demandada.

g. De la reliquidación de los aportes pensionales:

No obstante, en atención de que el actor persigue la reliquidación a razón de los aportes pensionales, sobre los mismos no opera fenómeno prescriptivo alguno por tratarse de elementos fundamentales para la financiación y consolidación del derecho pensional, así lo ha adoctrinado a Corte de antaño, siendo algunas decisiones como la SL1576-2023, Radicación No. 96599 del 5 de julio de 2023, SL1341-2023, Radicación No. 87953 del 14 de junio de 2023, SL1226-2023, Radicación No. 94952 del 30 de mayo de 2023, entre otras.

Implica entonces que se condenará a SCOTIABANK COLPATRIA S.A. a pagar al demandante a razón a título de reliquidación salarial por concepto de concurso, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones al correspondiente fondo donde el actor se encuentre afiliado en la actualidad por el periodo comprendido entre el 6 de octubre de 2010 y el 21 de junio de

2017, teniendo en cuenta para ello cada los siguientes valores mensualmente de cada anualidad:

_ Año 2010 la suma de $23.013.33 mensuales.
_ Año 2011 la suma de $253.156.67 mensuales.
_ Año 2012 la suma de $312.508.33 mensuales.
_ Año 2013 la suma de $422.369.17 mensuales.
_ Año 2014 la suma de $1.199.802.33 mensuales.
_ Año 2015 la suma de $1.187.225.08 mensuales.
_ Año 2016 la suma de $1.222.469.83 mensuales.
_ Año 2017 la suma de $188.250 mensuales.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante prosperó de manera parcial. Las costas de primera instancia deberán correr a cargo de la parte demandada SCOTIABANK COLPATRIA S.A.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que los emolumentos percibidos por el trabajador dentro del contrato de trabajo a término indefinido entre JHON FELIPE GONZÁLEZ BARRIOS y SCOTIABANK COLPATRIA S.A. a título de concursos, eran constitutivos de factor salarial.

TERCERO: DECLARAR que los salarios realmente devengados por el demandante como consecuencia de reliquidación salarial y con ocasión del concepto de concursos, ascendió a los siguientes valores dentro de las correspondientes anualidades:

_ Año 2010 la suma de $23.013.33.
_ Año 2011 la suma de $253.156.67.
_ Año 2012 la suma de $312.508.33.
_ Año 2013 la suma de $422.369.17.
_ Año 2014 la suma de $1.199.802.33.
_ Año 2015 la suma de $1.187.225.08.
_ Año 2016 la suma de $1.222.469.83.
_ Año 2017 la suma de $188.250.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción sobre las pretensiones perseguidas por el actor dentro del *petitum*, a excepción del pago de los aportes pensionales con ocasión de la reliquidación pensional conforme a lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR a SCOTIABANK COLPATRIA S.A. reconocer y pagar a favor del señor JHON FELIPE GONZÁLEZ BARRIOS y a título de reliquidación salarial por los conceptos de concursos, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones al correspondiente fondo donde el actor se encuentre afiliado en la actualidad por el periodo comprendido entre el 6 de octubre de

2010 y el 21 de junio de 2017, teniendo en cuenta para ello cada los siguientes valores mensualmente de cada anualidad:

_ Año 2010 la suma de $23.013.33 mensuales.

_ Año 2011 la suma de $253.156.67 mensuales.

_ Año 2012 la suma de $312.508.33 mensuales.

_ Año 2013 la suma de $422.369.17 mensuales.

_ Año 2014 la suma de $1.199.802.33 mensuales.

_ Año 2015 la suma de $1.187.225.08 mensuales.

_ Año 2016 la suma de $1.222.469.83 mensuales.

_ Año 2017 la suma de $188.250 mensuales.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia correrán a cargo de la parte demandada que deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2022 00294 01**
Demandante:	GILBERTO ANTONIO TORO GIRALDO
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 15 de junio de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GILBERTO ALBERTO TORO GIRALDO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 28 de enero de 2002 a través de la mencionada PORVENIR S.A.

Asimismo, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, y se le ordene a COLPENSIONES tenerlo entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado, junto con la totalidad de los aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, actualización de la historia laboral y el bono pensional a que haya lugar.

Como consecuencia de lo anterior, se le condene a PORVENIR S.A., devolver todos los aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración con destino a COLPENSIONES, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que inició efectuado cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al extinto ISS a partir del 31 de agosto de 1977, así como que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. el 28 de enero de 2002.

Que al momento de traslado al régimen privado, el asesor de PORVENIR S.A. no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes pensionales, especialmente lo que gravita en torno a un estudio de su situación particular, sino que únicamente se le ilustró sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen, carga probatoria que por demás se encontraba en responsabilidad de la AFP.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que la afiliación del demandante ante sus dependencias para el año 2002 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se

presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P., así como el artículo 54 del C.P.T. y de la S.S.

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

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda arguyendo que la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. fue libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, adicional al hecho que si el demandante escogió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, tal situación obedeció a la información a él brindada por parte de los asesores de la AFP, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación en el régimen privado.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de junio de 2023, resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del demandante **GILBERTO ANTONIO TORO GIRALDO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver o trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **GILBERTO ANTONIO TORO GIRALDO**, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.*

***TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir al señor **GILBERTO ANTONIO TORO GIRALDO** en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

***SEXTO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a **COLPENSIONES**."*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría al régimen anterior y las posibles consecuencias futuras, adicional al hecho que en los asuntos como el presente opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Por tal razón, el *a-quo* estimó que en el asunto de marras PORVENIR S.A. no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle al actor al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de sus regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, carga probatoria plenamente demostrativa en cabeza de la AFP, de allí que la ineficacia se torne ineficaz, máxime si del interrogatorio de parte rendido por el demandante no se extrajo una confesión acerca de la buena asesoría y buen consejo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación. Indicó en su alzada no ser procedente lo atinente a la condena por gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, en la medida que dicha condena es incompatible con los rendimientos financieros que también se ordenan devolver, condenándose igualmente a un doble pago.

Que teniendo en cuenta los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo ante la inflación, de allí que dentro de las obligaciones de las AFP se encuentran las de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, es incompatible la indexación toda vez que los recursos de la cuenta del demandante no se han visto afectados por la inflación, pues contrario a ello se han generado unos rendimientos financieros inclusive que exceden los mínimos establecidos en la ley, aspecto que por demás se acompasa con lo decidido por los Tribunales Superiores de Cundinamarca y Cali.

COLPENSIONES por su parte arguyó en su alzada que en tratándose de la declaratoria del traslado el demandante debió demostrar la falta de

información por parte de PORVENIR S.A.; por el contrario, lo que se advierte es una negligencia como quiera que el actor se preocupó de su futuro pensional cuando estaba próximo a cumplir la edad requerida para pensionarse y así estar inmerso en la prohibición legal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Al unísono, adujo que en caso de recibirse al demandante dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida se estaría incurriendo en vulneración del principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 28 de enero de 2002 (Fl. 14 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fl. 32 – PDF 07

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

Por otra parte, el aquí demandante señor GILBERTO ANTONIO TORO GIRALDO en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 2008 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada.

Por el contrario, lo que manifestó fue recordar que una asesora de PORVENIR S.A. de aquel entonces le indicó que al trasladarse de régimen pensional podría pensionarse y que el ISS se extinguiría, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2002, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de las encartadas por cuanto no gozaron de prosperidad los recursos de apelación interpuestos.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el el 15 de junio de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2022 00449 01**
Demandante:	LUZ AMIRA MALAGÓN GORDILLO
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LINA MARÍA POSADA LÓPEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.053.800.929 y T.P. 226.156 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería en representación de SKANDIA S.A. al abogado DANIEL FRANCISCO GÓMEZ CORTÉS, identificado con cédula de ciudadanía 1.019.133.337 y T.P. 389.914 del C. S. de la Judicatura, de conformidad con el poder a él otorgado.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 15 de junio de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el

artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ AMIRA MALAGÓN GORDILLO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., a fin de declararse la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. en el mes de octubre de 1996 y ante SKANDIA S.A. en el mes de septiembre de 2020, por existir engaño y asalto en su buena fe, induciéndole al error y viciándole su consentimiento.

Que como consecuencia de lo anterior, se le ordene a SKANDIA S.A. retornarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con todos los valores que hubiere recibido tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubiesen causado, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibirlo en sus dependencias, manteniéndolo afiliado sin solución de continuidad, pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 1989 y el 30 de septiembre de 1996, trasladándose en adelante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A.

Que dicha AFP al momento del traslado, no le indicó aspectos propios del régimen privado como la existencia de un bono pensional, la cuenta de ahorro individual, los requisitos pensionales, el derecho de retracto, las consecuencias del traslado de régimen pensional, entre otros aspectos de desinformación.

Asimismo, mencionó que en el año 2020 tuvo un traslado horizontal con destino a SKANDIA S.A., última quien tampoco informó acerca de las prerrogativas de cada uno de los regímenes pensionales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A. contestó la demanda indicando que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de forma consiente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

PORVENIR S.A. manifestó en su contestación que la información brindada a la actora al momento de la afiliación fue cierta, clara y sin interés de inducir en error a sus afiliados, de conformidad con las leyes vigentes para ese momento.

Igualmente, mencionó que la Ley 100 de 1993 contemplaba la existencia de dos regímenes pensionales coexistentes, por lo que es clara la vigencia en el tiempo de una administradora responsable del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de allí que, si bien el ISS se liquidó, los asesores de entonces de PORVENIR S.A. no se valían para captar o atraer afiliaciones.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda arguyendo que la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. fue libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, adicional al hecho que si el demandante escogió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, tal situación obedeció a la información a él brindada por parte de los asesores de la AFP, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación en el régimen privado.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de junio de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del demandante **LUZ AMIRA MALAGÓN GORDILLO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la demandada **SOCIEDAD***

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. *y a* ***SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.****, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

SEGUNDO: CONDENAR *a la demandada* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *a devolver a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES****, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de noviembre de 1996 y el 31 de agosto de 2020, con motivo de la afiliación de la demandante* ***LUZ AMIRA MALAGÓN GORDILLO****, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.*

PARÁGRAFO: *Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP SKANDIA S.A. con ocasión al traslado solicitado por la demandante el 01 de septiembre de 2020.*

TERCERO: CONDENAR *a* ***SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*** *a devolver a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES****, todos los valores que hubiere recibido entre con motivo de la afiliación de la demandante* ***LUZ AMIRA MALAGÓN GORDILLO****, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.*

CUARTO: CONDENAR *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *a recibir a la señora* ***LUZ AMIRA MALAGÓN GORDILLO*** *en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

QUINTO: DECLARAR *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS *a la demandada* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.***

SÉPTIMO: ORDENAR *así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA*** *ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a* ***COLPENSIONES****."*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría al régimen anterior y las posibles consecuencias futuras, adicional al hecho que en los asuntos como el presente opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Por tal razón, el *a-quo* estimó que en el asunto de marras PORVENIR S.A. no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle al actor al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de sus regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, carga probatoria plenamente demostrativa en cabeza de la AFP, de allí que la ineficacia se torne ineficaz, máxime si del interrogatorio de parte rendido por el demandante no se extrajo una confesión acerca de la buena asesoría y buen consejo, poniendo de presente también que el traslado horizontal realizado a SKANDIA S.A. resulta ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación. Encontró inconformidad en lo referente a la condena indexada de gastos de administración, en la medida que teniendo en cuenta el principio de congruencia, sin que la indexación se hubiese solicitado como pretensión, al igual que tampoco aplicaría su imposición al tenor de las facultades *ultra y extra petita*, ya que para que se active esta última figura debe existir un debate al interior del proceso.

Igualmente, dispuso en la actualidad los conceptos de gastos de administración ya fueron traslados al momento en que se efectuó el traslado horizontal de la demandante con destino a SKANDIA S.A., existiendo en ese momento una debida actualización de los mismos y, en tal sentido, una doble condena sobre este aspecto.

SKANDIA S.A. por su parte adujo en su alzada que no existen razones jurídicas o fácticas que conlleven a declarar la ineficacia del traslado, por cuanto la demandante tomó una decisión de trasladarse de manera consiente y espontánea con el cumplimiento de los requisitos para la efectividad del traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aunado a que le fue suministrada información respecto de las características del régimen y sus consecuencias.

Que el deber de información del traslado debe evaluarse teniendo en cuenta la normatividad que se encontraba vigente, sin que deba analizarse con exigencias legales posteriores, como lo es el caso de la doble asesoría o una proyección de la mesada pensional.

Mencionó que la figura de la ineficacia se aplica únicamente en detrimento de sus dependencias y no como debe aplicarse la figura de conformidad con el artículo 897 del Código de Comercio, pues por una lado se acepta sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual, rubros dentro de la misma, rendimientos financieros que deben ser trasladados a COLPENSIONES, pero sin que se acepte que los enunciados rendimientos surgieron en atención de la actividad profesional que se realizó los cuales fueron legalmente descontados de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.

En mismo sentido, solicita la revocatoria de los seguros previsionales, en la medida de que fueron contratados con la finalidad de asegurar un riesgo que fue cubierto, ya que se contrataron unas cláusulas de seguros, de allí que ya se hubiesen cancelado a la respectiva aseguradora.

Por último, expuso encontrar inconformidad respecto de la indexación de los gastos debidamente indexados por cuanto dicha súplica no fue perseguida por la demandante en el petitum de la demanda, sin que tampoco fuese objeto de discusión, por lo que debe absolverse sobre este aspecto.

COLPENSIONES por su parte arguyó en su alzada que en tratándose de la declaratoria del traslado el demandante debió demostrar la falta de información por parte de PORVENIR S.A.; por el contrario, lo que se advierte es una negligencia como quiera que el actor se preocupó de su futuro pensional cuando estaba próximo a cumplir la edad requerida para pensionarse y así estar inmerso en la prohibición legal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Al unísono, adujo que el traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, máxime llevó a cabo un traslado horizontal con destino a SKANDIA S.A.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 27 de septiembre de 1996 y por intermedio de SKANDIA S.A. el 29 de julio de 2020 respectivamente (Fl. 87 – PDF 06 CONTESTACIÓN SKANDIA S.A. y fl. 69 – PDF 07 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la aquí demandante señora LUZ AMIRA MALAGÓN GORDILLO en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1996 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada.

Por el contrario, de lo que se auscultó es que no se le advirtieron características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes

voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor, sin que inclusive el hecho de que se llevase a cabo un traslado horizontal en el año 2020 con destino a SKANDIA S.A., sea un aspecto que desorbite la declaratoria de ineficacia ampliamente abordada por el órgano de cierre.

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

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, situación doctrinaria respecto de la cual este cuerpo Colegiado no puede apartarse teniendo en cuenta los expuesto en los recursos de apelación elevados tanto por PORVENIR S.A. como por SKANDIA S.A.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera de COLPENSIONES como así lo alegó esta última en el recurso de alzada, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de las encartadas por cuanto no gozaron de prosperidad los recursos de apelación interpuestos.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el el 15 de junio de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **26 2022 00222 01**
Demandante:	AMPARO GOMEZ GELVEZ
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada LORENA PAOLA CASTILLO SOREANO, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.505.290 y T.P. 404.442 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor AMPARO GOMEZ GELVEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la existencia de vicio en el consentimiento que la indujo en error en la afiliación que realizó a PORVENIR S.A. por falta al deber de información, y en consecuencia se declare la ineficacia del formulario de afiliación mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de ese fondo y que continúa afiliada en el régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, igualmente, se declare que PORVENIR S.A. debe devolver los aportes a COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES sus aportes y tenga por ineficaz su afiliación a ese fondo, además, se ordene a COLPENSIONES active su afiliación en el régimen que administra, y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra* pe*tita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 9 de diciembre de 1965 y estuvo afiliada al sistema general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida que hoy administra COLPENSIONES desde 1990 hasta 1997, y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de SANTANDER hoy PORVENIR S.A. el 23 de enero de 1997, añadiendo que el asesor de PORVENIR le indico el SEGURO SOCIAL seria liquidado y perdería los aportes, además los directivos de su empresa insistieron en que debía cambiarse al fondo privado ya que las cuentas de nómina estaban en ese banco y le era más beneficioso.

Asimismo, el asesor del fondo privado le dijo que podía pensionarse a cualquier edad y con un monto superior, pero no le dijo como se liquidaría su mesada pensional en ese fondo, ni los requisitos para acceder a la prestación de vejez en uno y otro régimen, ni las ventajas o desventajas que le ocasionaría el traslado. Finalmente, relató que solicito a las demandadas la nulidad o invalidez de la precitada afiliación, pedimento que fue negado. (f. 5 a 22 - archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, dado que brindó la información pertinente y necesaria a través de una asesoría oportuna, profesional, e informada y con elementos de juicio objetivos para tomar una decisión lo más informada posible, por la cual sería improcedente declarar ineficaz dicho acto jurídico y menos aún aducir que existió falta de información y buen consejo, ya que este se dio en el marco de las condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento.

Como excepciones formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 1 a 33 archivo 08).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no se demostró en el presente proceso la configuración de algún vicio en el consentimiento dentro del acto de afiliación de la demandante, tampoco se observa vulneración al derecho a la libre escogencia de régimen pensional por parte del fondo privado demandado, siendo improcedente la declaratoria de existencia de algún vicio en el consentimiento que invalide la afiliación al régimen de ahorro individual, además la gestora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (f. 22 a 35 archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

"PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante AMPARO GÓMEZ GELVEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a que reciba el traslado efectuado por la demandante y contabilice, para todos los efectos legales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS ($1'500.000)."

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia refirió que en el presente caso debe analizarse si el acto jurídico de traslado resulta ineficaz, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, el que debe ser analizado dependiendo del momento histórico en el que se realizó la vinculación, añadiendo que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la información entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Descendiendo al caso en concreto, expuso que el traslado de régimen se colige con las documentales que obran en el plenario y el interrogatorio de parte, sin embargo, de la declaración de la actora no se deprende confesión alguna sobre

una debida información del parte del fondo privado, pues no fue enterada de las características y condiciones de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, con todos sus efectos consecuenciales, ordenando a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes de la actora, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas y agencias en derecho al fondo privado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación. Al respecto, dijo que en el presente caso no se dan los presupuestos que dan cabida a la aplicación de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, ya que del interrogatorio de parte se puede extraer que el traslado de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria, además los supuestos facticos de la demanda no se corresponden con lo dicho por la gestora en el interrogatorio de parte, dejando en entredicho su manifestación de que no recibió información al momento del traslado, siendo su motivación de carácter económico, máxime cuando faltó a sus deberes como consumidora financiera.

De otro lado, solicita dijo que en caso de confirmarse la declaratoria de la ineficacia del traslado, no se emitan condenas por gastos de administración y seguros previsionales, ya que esos conceptos no están en su poder y no financian la pensión, además tienen una destinación específica por mandato legal el cual ha cumplido, alegando que tampoco es viable la indexación de tales rubros, pues ello generaría una doble condena y un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, dado que los rendimientos obtenidos son superiores a los aportes. Por último, solicita se revoque la condena en costas pues siempre ha actuado de buena fe.

COLPENSIONES en su alzada solicita se revoque la sentencia de instancia dado que para la fecha del traslado de régimen pensional de la gestora, solo se exigía el formulario de afiliación el cual da cuenta de la asesoría que recibió por parte del fondo privado, y la doble asesoría surgió con posterioridad al traslado por lo que no es dable imponer tales cargas a las administradoras de pensiones que no estaban vigentes a la fecha del traslado, pues ello desvirtúa el principio de confianza legítima y vulnera el derecho al debido proceso, más aún cuando esa encartada es un tercero de buena fe que no puede ser perjudicado con la decisión, la cual vulnera el principio de sostenibilidad financiera. Indica que, en caso de reiterarse la decisión de primer grado, solicita se mantengan las condenas impuestas y se condicione el cumplimiento de su parte hasta tanto le sean trasladados todos los recursos por parte del fondo privado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 23 de enero de 1997, vinculación que se hizo efectiva el 1º de marzo de 1997 de acuerdo al reporte SIAFP que obra en el plenario. (f. 34 y 101 archivo 08). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante AMPARO GOMEZ GELVEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que su vinculación con PORVENIR se dio en enero de 1997 estando al servicio del HOSPITAL LA SAMARITANA, lugar en donde diligenció el formulario de afiliación lo cual era un requisito para ingresar a laborar en esa entidad, aclarando que con anterioridad estaba afiliada al ISS, pero que cuando suscribió el formulario de manera voluntaria, sin que se le explicara que se estaba trasladando de régimen.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

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

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la Juez de instancia, al contrario de lo aducido por las impugnantes. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. **COSTAS** a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de mayo de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **27 2021 00574 01**
Demandante:	DERLY CECILIA MARTINEZ BURGOS
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 27 de julio de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DERLY CECILIA MARTINEZ BURGOS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la ineficacia del traslado y la afiliación que realizó a PORVENIR S.A. por falta al deber de información, en consecuencia, se declare que debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, entidad que debe recibir tales emolumentos y activar su afiliación en el régimen que administra.

Como consecuencia de tales declaraciones, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos sus aportes junto con sus rendimientos y el

detalle de sus aportes. Asimismo, se condene a COLPENSIONES a recibir tales emolumentos, activar su afiliación y actualizar su historia laboral en el régimen que administra. Finalmente, pretende se condene a lo *ultra y extra petita*, más las costas y agencias derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 16 de marzo de 1968 y estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida que administra en la actualidad COLPENSIONES desde el 30 de marzo de 1989 y se trasladó el 1º de abril de 1997 a PORVENIR S.A., sin que ese fondo le brindara información adecuada y completa acerca del régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es, sobre los riesgos, características, ventajas y desventajas, condiciones, acceso, servicios y diferencias con el régimen de prima media.

Añadió que en la actualidad se encuentra afiliada a PORVENIR S.A. y que solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado de régimen pensional y la reactivación de su afiliación en el régimen de prima media desde la fecha en que se trasladó, pedimento que fue negado por COLPENSIONES. (f. 1 a 18 archivo 01).

1.3CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentado que la actora se trasladó una vez recibió la información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, tomando la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales, siendo muestra de ello el formulario de afiliación. Agregó que no se dan las condiciones para dar lugar a la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, aunado a que la actora está inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen pensional.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 1 a 31 archivo 09).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba que dé cuenta que se le hizo incurrir en error por falta al deber de información a la actora por parte de la administradora de pensiones, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; asimismo, indicó que no se evidencia manifestación de inconformidad alguna por parte del promotor sobre el particular, por el contrario lo que se advierte de las documentales que obran en el plenario es que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, sostuvo que no procede el traslado ya que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado.

Formuló como medios exceptivos los de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, la innominada o genérica. (f. 1 a 40 archivo 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de junio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora DERLY CECILIA MARTINEZ BURGOS del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora DERLY CECILIA MARTINEZ BURGOS como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora DERLY CECILIA MARTINEZ BURGOS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la PORVENIR S.A., así como actualizar la historia laboral de la actora incluyendo las semanas cotizadas al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de $2'000.000 como agencias en derecho."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que la actora estuvo afiliada al ISS y se trasladó de régimen pensional a PORVENIR el 17 de febrero de 1997, e igualmente se trasladó a HORIZONTE el 25 de febrero de 2003 en según el reporte SIAFP, además, adujo que atendiendo la línea trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, se advierte que PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de demostrar la correcta y clara asesoría suministrada al momento del traslado de la gestora, sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, carga probatoria que pretende demostrar con el formulario de afiliación el cual no es prueba idónea para satisfacer ese deber.

Concluyendo así, que el fondo privado incumplió con el deber de información, por ende, declaró la ineficacia del traslado con la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los valores que haya recibido PORVENIR S.A. con motivo de esa afiliación, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas y condenó en costas al fondo privado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, sostuvo que la parte demandante no probó la falta al deber de información, pues el formulario de afiliación da cuenta que recibió la debida asesoría, por lo que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de forma voluntaria, sin que haya manifestado inconformidad alguna sobre tal decisión, ratificando así su voluntad de permanecer en ese régimen.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 17 de febrero de 1997 y el formulario de traslado de régimen a HORIZONTE el 25 de febrero de 2003, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de abril de 1997 y el 1º de abril de 2003, según el reporte SIAFP. (f. 74 a 75, 78 y 79 archivo 09).

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

Por otra parte, la demandante DERLY CECILIA MARTINEZ BURGOS en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que estando al servicio del BANCO FINANDINA fue convocada a una reunión en la que un asesor de PORVENIR manifestó a los asistentes que el ISS sería liquidado y que recibiría buenos rendimientos para financiar su pensión, por lo que suscribió el formulario sin que le brindaran más información, sobre su traslado a HORIZONTE dijo no recordar las circunstancias en las que se dio, y que en 2016 solicitó la doble asesoría al fondo privado pero le dijeron que ya no se podía trasladar, añadiendo que se trasladó de régimen de forma voluntaria y que su

motivación para retornar a COLPENSIONES es el valor de la prestación que recibiría en esa administradora.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

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

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

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

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

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada

en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Acorde con lo expuesto, se adicionará en el sentido de condenar a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración,

aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales debidamente indexados; en lo demás habrá de confirmarse la sentencia objeto de censura. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de junio de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES debidamente indexados los gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales por todo el tiempo en que ha estado afiliado en ese fondo, incluido el tiempo en que estuvo afiliada en HORIZONTE, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ **JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado **Magistrado**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 29 2021 00407 01**
Demandante:	JOSE FELIX RESTREPO SUAREZ
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSE FELIX RESTREPO SUAREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que la pensión de jubilación que le fue reconocida por parte del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL es compatible con la de vejez otorgada por la demandada, en consecuencia, se declare que tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES.

Como consecuencia de las anteriores, declaraciones pretende se condene a la enjuiciada a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, junto con el correspondiente retroactivo, más los que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 8 de enero de 1958, y que 1º de septiembre de 1993 se vinculó laboralmente con el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, en esa medida, 18 de mayo de 1995 el Jefe de la Unidad de Personal No Uniformado remitió solicitud de aclaración al Director General del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional – INSSPONAL para que lo incluyera en el sistema de esa Dirección, por haberle sido reconocido un tiempo laborado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 en la OAP. 1-034 de 170295 y seguir gobernado por el Decreto 1214 del 1990.

De ese modo, 15 de septiembre de 1995 esta última dependencia le comunicó que había sido nombrado en el cargo de Profesional Universitario Código 3020 - Grado 08 mediante Resolución No. 0165 de 14 de septiembre de 1995, por lo que según lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 352 de 1994 y el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la entrada en vigencia del decreto se encontraran prestando sus servicios en las Direcciones de Sanidad y Bienestar Social, o cualquier otra dependencia de la Policía Nacional e ingresen al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de esa entidad, continuarán cobijados por el régimen de seguridad y bienestar social establecido en el Título VI del precitado Decreto-Ley 1214 de 1990.

En virtud de lo anterior, adujo que el 12 de noviembre de 2013 renunció al cargo que venía desempeñando en esa entidad, la que se hizo efectiva a partir del 16 de diciembre de 2013, por haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, en tanto acreditó un tiempo total de servicios de veinte (20) años, siete (7) meses y un (1)

día. De ese modo, el 20 de febrero de 2014 el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución No. 00288 de 2014, en cuantía inicial de $2.461.484,13.

De otra parte, expuso que de forma paralela y en diferente horario prestó sus servicios en el sector privado como trabajador subordinado y como independiente desde el 25 de mayo de 1993, por lo que en virtud de lo dispuesto en los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, desde esa misma calenda estuvo afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a través del ISS, enfatizando que en la actualidad cuenta con 63 años y más de 1300 semanas cotizadas en pensiones según el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por la demandada el 31 de agosto de 2021.

Acorde lo anterior, la pasiva conociendo su situación particular le afirmó que tenía derecho al reconocimiento y pago de las dos pensiones, en consecuencia, el 4 de febrero de 2020 solicitó la pensión de vejez a esa entidad, la cual fue negada mediante Resolución SUB 97372 de 2020, decisión que confirmó a través de las Resoluciones SUB 130333 de 2020 y DPE 9724 de 2020, al desatar los recursos de reposición y apelación.

A su vez, sostuvo que el 19 de octubre de 2020 el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional al resolver petición que elevó, le indicó que, pese a que salarialmente le fue reconocida la pensión conforme a lo dispuesto en el Decreto 2701 de 1088 por pertenecer a INSPONAL, la norma que le es aplicable conforme a lo dispuesto en la Ley 352 de 1997, es el Decreto – Ley 1214 de 1990, por haber estado vinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, refirió que de nuevo solicitó la pensión de vejez a la demandada el 10 de noviembre de 2020, la que fue negada a través de Resolución SUB 254475 de 2020, ante la que interpuso recursos de reposición y apelación, los que fueron denegados por extemporáneos a través de Resolución SUB 43918 de 2021, además dijo la accionada que no procedía el reconocimiento simultáneo de otra prestación a cargo del tesoro público por ser incompatible. (archivos 01 y 06)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que no era posible reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, ya que goza de una pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional a través de Resolución No. 00288 de 2014, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 28 de junio de 2011.

Formuló como excepción previa la de litisconsorcio necesario, por lo que solicitó llamar al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, respecto de la cual en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. se dijo que no había excepciones de ese tipo para resolver, sin que tal argumento haya sido motivo de inconformidad de las partes. De otro lado, la demandada propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (archivos 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de noviembre de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez a partir del 8 de enero de 2020 a razón de trece (13) mesadas al año, en cuantía inicial de $10.585.941, junto con los aumentos legales que determine el gobierno y que para 2022 corresponde a $11.360.882,91. Además, condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante el retroactivo causado desde el 8 de enero de 2020 hasta la mesada de noviembre de 2022 en monto de $413.780.698,32, junto con las mesadas que se sigan causando, valor que deberá ser indexado al momento de su pago. Finalmente, condenó en costas a la encartada.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* precisó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el actor tenía derecho al reconocimiento y

pago de la pensión de vejez que reclama, y si esa prestación es compatible con la pensión de jubilación que le reconoció el Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Para el efecto trajo a colación los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9º y 10 de la Ley 797 de 2003, que establecen como requisitos para acceder a la prestación de vejez, esto es, la edad de 62 años para los hombres y 1300 semanas, y la forma de tasar el monto de la pensión. Asimismo, advirtió que al demandante el Ministerio de Defensa - Policía Nacional le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución 281 de 20 de febrero de 2014, a partir del 16 de diciembre de 2013, en cuantía inicial $2.461.484.13.

En otro giro, al auscultar lo concerniente a la compatibilidad de la pensión de jubilación en comento, con la vejez que aquí se depreca, señaló la Juez de instancia que era abundante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en la que se ha precisado que ambas prestaciones son compatibles, en tanto el dinero con el que se reconoce la pensión de vejez no proviene del tesoro público, además por que alude a tiempos cotizados al sector privado a través del ISS, al respecto hizo mención a las sentencias proferidas el 27 de enero de 1995 por la CSJ-SL en el expediente 7109, T - 827-1999, CSJ-SL de 7 de septiembre de 2010 con Radicado 35761, CSJ-SL de 4 de julio de 2012 Radicación 40403, CSJ-SL 28164 de 19 de julio de 2008 y CSJ-SL 24062 de 14 febrero de 2005.

Seguidamente, precisó que el gestor nació 8 de enero de 1958 y cumplió la edad de 62 el mismo día y mes de 2020 y cuenta con 1311 semanas cotizadas a COLPENSIONES, señalando que el reconocimiento de la pensión de vejez procede a partir del 8 de enero de 2020, en cuanto al monto de la misma, dijo que al aplicar la fórmula contenida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, el IBL teniendo en cuenta los últimos 10 años cotizados refieren a $19.603.595 y dado que el salario mínimo para el año 2019 correspondía a $828.116, se tiene que la tasa de reemplazo es de un 54%, por lo que la mesada al 2020 asciende a $10.585.941, así al aplicar los reajustes de ley de 2021 y 2022 se tiene como mesada ese año, es decir, 2022 la suma de

$11.360.882.91, de modo que al calcular el retroactivo desde el 8 de enero de 2020 hasta la mesada de noviembre de 2022, se obtiene un valor por retroactivo pensional de $413.780.698.32, más las mesadas que se causen hasta que se ingrese en nómina de pensionados, suma que debe ser indexada al momento de su pago, por último condenó en costas a la demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con esa decisión la demandada COLPENSIONES la apeló. Sustentó la alzada señalando que no se puede desconocer la naturaleza de los recursos que administra COLPENSIONES, por ende, no es posible reconocer la pensión de vejez al actor en tanto goza de una pensión de jubilación, luego, para la entidad no procede el reconocimiento de otra prestación a cargo del Tesoro Público ya que son incompatibles con la que recibe de la Subdirección de la Policía Nacional.

Adicionalmente, expuso que el artículo 2º del Decreto 2527 de 2000 en concordancia con el artículo 17 de la Ley 549 de 1990 indica que los tiempos públicos y los cotizados al ISS deben financiar la pensión, en ese sentido tales recursos deben ser trasladados para financiar la pensión reconocida. Igualmente, solicita que, en caso de accederse a la prestación, se autorice el descuento de los aportes al sistema de seguridad social, reiterando la solicitud se revocatoria de la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto, en concordancia con los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez otorgado en primera instancia, en atención a la figura de compatibilidad en lo que concierne con la pensión de jubilación que en la actualidad se encuentra disfrutando y que fuese reconocida por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL; en caso positivo, se determinará si el monto, la fecha de causación y el valor del retroactivo y la indexación ordenados en primera instancia se ajustan a derecho.

c. Del caso en concreto:

Para el análisis de los problemas jurídicos expuestos en precedencia, es menester que la Sala ponga de presente que no fue objeto de reproche que al aquí demandante mediante Resolución No. 00288 del 20 de febrero de 2014 expedida por el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, le fue reconocida una pensión de jubilación a partir del 16 de diciembre de 2013 en cuantía inicial de $2.461.484.13, conforme lo normado en el Decreto de 2701 de 29 de diciembre de 1988, que determina el régimen de prestaciones sociales aplicables a los empleados públicos y trabajadores oficiales de los establecimientos públicos adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, por haber ingresado a esa institución el 1º de septiembre de 1993 y haberse retirado por tiempo de servicio cumplido el 16 de diciembre de 2013, acreditando más de 20 años de servicios (f. 80 a 81 archivo 01).

Adicionalmente, se allega al plenario comunicación dirigida al actor el 19 de octubre de 2020, por parte de la Secretaria General de la Policía Nacional-Ministerio de Defensa, suscrita por el Capitán John Eduardo Camargo Guerrero, la cual no fue desconocida o tachada de falsa, en la que se indica:

"En atención a la petición por usted elevada donde solicita le certifiquen mediante qué régimen fue pensionado, teniendo en cuenta que esa información debe ser presentada ante Colpensiones para obtener pensión por jubilación.

Al respecto me permito informarle que una vez verificado el expediente prestacional dentro del mismo obra la Resolución No.00288 del 20 de febrero de 2014"

(…)

"Ahora bien, es evidente que salarialmente le fue reconocida la pensión de jubilación en concordancia con el decreto el decreto 2701 del 29 de diciembre 1988, toda vez que el funcionario pertenecía a INSPONAL, también es cierto que mencionada entidad fue liquidada mediante Ley 352 del 17 de Enero de 1997 la cual dispuso entre otras cosas que el personal que estuviere vinculado antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto - Ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen, como lo indica la norma ibidem en su artículo 55.

Así las cosas se reconoció la pensión de jubilación al señor JOSÉ FÉLIX RESTREPO SUÁREZ por los servicios continuos, es decir como el funcionario inicio sus labores desde 1 septiembre de 1993 y fue retirado por tiempo de servicio cumplido el 16 de diciembre de 2013 acumulando un tiempo total de servicio de 20 años 7 meses y un día, incluido tiempo diferencia año laboral; consolidando los requisitos establecidos en el decreto 1214 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional" que indica en su Artículo 98: PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto." (Subrayado por la Sala). (f. 82 a 83 archivo 01).

Tampoco se objeta, el hecho que el actor acredita más de 1300 semanas según se aprecia del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedida por COLPENSIONES actualizada a 31 de agosto de 2021, en la que se encuentra que acreditó al sistema general de pensiones dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de empleadores de carácter público y

particular durante el periodo comprendido entre el 17 de octubre de 1983 y el 31 de julio de 2017 un total de 1311.43 semanas (f. 50 a 74 archivo 01).

d. De la compatibilidad de la pensión vitalicia de jubilación reconocida al demandante por el Ministerio de Defensa – Policía Nacional y la de vejez reconocida en sede de primera instancia atinente a una de vejez bajo las prerrogativas de que trata la Ley 797 de 2003.

Para lo pertinente, es menester poner de presente que debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra:

> *"El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas." (Subrayado fuera del texto)*

A su vez, el artículo 128 de la Constitución Política, dispuso:

> *"ARTICULO 128. 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.*
>
> *Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas."*

El Alto Tribunal de cierre de esta especialidad al analizar la compatibilidad de una pensión especial de la Policía Nacional expuso que, si bien en principio no es posible que una persona perciba más de una pensión, el asegurado puede disfrutar de dos prestaciones, una, a cargo del erario y, otra, del ente administrador del régimen de prima media, así lo indicó en sentencia SL16036-2017, Radicación No. 52255 de 3 de octubre de 2017:

> *"En el horizonte trazado, se tiene que la Ley 100 de 1993 no consagró disposición alguna que excluya de la afiliación al sistema pensional a las personas que estén disfrutando de una prestación que no haga parte del Sistema General de Pensiones, como sucede en el asunto bajo examen, esto*

es, la asignación mensual de retiro que actualmente disfruta el demandante."

(…)

"Por otra parte, referente a la compatibilidad de la prestación que ha venido siendo objeto de estudio con la obligatoriedad del pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión, que en últimas podría generar el reconocimiento de la pensión de vejez prevista para los trabajadores particulares, es preciso aclarar que en aras de preservar la moralidad y decoro administrativos, los servidores no pueden valerse de sus privilegios para obtener del Estado un doble beneficio, de allí que esté prohibido que una persona pueda disfrutar dos o más asignaciones provenientes del Tesoro Público; empero, se ha considerado que los aportes al Instituto de Seguros Sociales corresponden a contribuciones de naturaleza especial, parafiscal, bipartitas entre empleadores y trabajadores, por lo que es perfectamente viable que, de darse los presupuestos exigidos, el asegurado pueda disfrutar de dos prestaciones, una, a cargo del erario y, otra, del ente administrador del régimen de prima media.

El anterior razonamiento, encuentra soporte con la expedición de la Ley 797 de 2003, que en el literal m) del artículo 2.° que modificó el precepto 13 de la Ley 100 de 1993, estableció: «Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran»." (Subrayado fuera de texto).

Más adelante esa misma Corporación al analizar un caso del régimen exceptuado, señaló en sentencia SL1871-2022 Radicación No. 83805 de 16 de mayo de 2022:

"A la Sala, conforme a los términos de la acusación, le corresponde definir si el Tribunal, al auscultar el contenido y sentido del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, cometió un error al concluir, que era compatible la asignación de retiro recibida por el actor, con el cálculo actuarial ordenado, tras la omisión de la accionada en realizar la afiliación y el consecuente pago de aportes a pensión."

(…)

"Además, el artículo 11 enseña, que el sistema general de pensiones aplica a todos los habitantes del territorio nacional, excluyendo a los sujetos señalados en el 279, que conservan un régimen especial, e implica una diversidad en su tratamiento prestacional, que no es caprichoso (…)"

(…)

"Por otra parte, la doctrina viviente a partir de la interpretación sistemática de los Decretos-Leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, ha reconocido la

incompatibilidad de la asignación de retiro y de las otras pensiones militares, como prestaciones fundamentales del régimen especial de los miembros de la fuerza pública.

Dicha incompatibilidad se origina en la prohibición constitucional de conceder más de una asignación que provenga del tesoro público, cuya causa o fuente de reconocimiento sea la misma, es decir, en este caso, la prestación del servicio militar durante largos períodos de tiempo. Por ello, no es cierto como lo sostiene la accionante que se trate de un beneficio adicional desproporcionado e irracional. Por el contrario, se trata de una prestación susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo (al igual que la pensión de vejez) y que, por su propia naturaleza, es incompatible con otras pensiones militares. Lo anterior, no es óbice para que se reconozcan pensiones de jubilación e invalidez provenientes de otras entidades de derecho público, siempre que se causen en diferente tiempo, provengan de distinta causa y tengan un objeto no asimilable."

(…)

"Lo hasta aquí expuesto, implica que, salvo las excepciones de ley, el demandante, en virtud de su régimen especial y por prohibición constitucional, no le es permitido devengar una asignación que provenga del tesoro nacional, situación, que, en todo caso, no le imposibilita prestar servicios a entidades privadas y afiliarse a alguno de los regímenes pensionales previstos en la Ley 100 de 1993, porque, ni el constituyente, tampoco el legislador, vedaron ese supuesto y bien se sabe, que cuando la norma no distingue, no le corresponde hacerlo a su interprete.

Es más, textos de rango constitucional y legal, exigen de la aquí enjuiciada, en cada una de las vinculaciones que la ataron con el petente, una acción positiva respecto a la vinculación y el consecuente pago de la respectiva cotización, pues nótese que el artículo 13 y 15 de la Ley de seguridad social integral, modificados por los artículos 2° y 3° de la 797 de 2003, dicen que la afiliación es obligatoria para todas las personas vinculadas con contrato de trabajo, como es el caso del demandante, lo que conlleva a sufragar los respectivos aportes, durante la vigencia de esa relación, evento último que cesará, cuando se reúnan las condiciones de la pensión mínima de vejez o al pensionarse por invalidez o anticipadamente (artículo 17 ib.), que hacen referencia, lógicamente, al sistema previsto en la Ley 100 de 1993 y no a los regímenes exceptuados, como el del que se benefició el aquí accionante, y que tiene sus propias características e incompatibilidades, como se explicó, en profundidad, en las sentencias citadas con anterioridad.

Por manera que, no existe incompatibilidad entre la asignación de retiro y el cálculo actuarial ordenado por el Tribunal, porque al actor le era permitido prestar sus servicios a las fuerzas militares y, en atención al tiempo servido, acceder a las prestaciones de ese régimen especial, siendo posible su vinculación a entidades de derecho privado, tal como sucede en este asunto y estar cobijado por la Ley 100 de 1993, a afectos de financiar una pensión,

sea ya en el régimen de prima media con prestación definida, administrada por Colpensiones, cuyos dineros no tienen la condición de asignación proveniente del tesoro público, porque sus aportes son realizados por empleadores y trabajadores (CSJ SL451-2013) o, al de ahorro individual con solidaridad."

De otro lado, en sentencia SL3854-2022, Radicación No. 90999 de 9 de noviembre de 2022, la Corte Suprema de Justicia en su sala Laboral indicó que cuando el tiempo servido en entidades públicas ya se empleó o sirvió para estructurar, financiar u otorgar un derecho pensional, habiendo surtido plenos efectos jurídicos, no es dable que se puedan utilizar nuevamente, así:

"Ahora bien, precisa la Sala que si bien se predica una compatibilidad entre prestaciones -ya causadas- ***esto no indica que pueda utilizarse un mismo tiempo de servicios públicos como fuente de financiación y estructuración para distintas prestaciones de carácter pensional, lo anterior por cuanto la financiación y la finalidad de las pensiones en el régimen de prima media se sustenta en un fondo de naturaleza común, al cual contribuyen, empleadores y trabajadores, en el que el reconocimiento de las pensiones que se distribuye, depende del tiempo de servicios prestado sobre el cual se ha cotizado****. Y en el caso de la asignación de retiro esta constituye una prestación de naturaleza económica que surge de la relación laboral administrativa existente entre el Estado y los miembros de la Fuerza Pública.*

Adicionalmente se vulneraria el principio de eficiencia, en el sistema integral de seguridad social al reconocer y financiar de manera simultánea con un mismo tiempo de servicios una misma contingencia o evento, que cumplen la igual función o finalidad."

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial, se puede concluir según la aclaración que realizó la Policía Nacional al actor en la comunicación que le dirigió de 19 de octubre de 2020, que éste hace parte del régimen exceptuado a quienes no se aplican las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, al hacer parte del personal civil regido por el Decreto ley 1214 de 1990, por haberse vinculado a esa entidad antes de la entrada en vigencia de la referida ley, motivo por el cual le reconoció la pensión de jubilación que aquel percibe desde el 16 de diciembre de 2013, la que causó por haber prestado servicios a esa entidad por espacio de veinte (20) años, siete (7) meses y un (1) días, según se indica en la Resolución 00288 de 2014, sin que en dicho acto administrativo se haga salvedad

que esa institución tomó en cuenta los tiempos laborados por el gestor a entidades públicas diferentes a la Policía Nacional.

Acorde con lo anterior según refirió el promotor, adicional al cargo de Servidor Misional de Sanidad Policial, prestó sus servicios en diferente horario a otros empleadores públicos como por ejemplo al DEPARTAMENTO DE SANTANDER del 17de octubre de 1983 al 17 de abril de 1984 y a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DISTRITAL-CPSD del 1º de enero de 1992 al 30 de noviembre de 1995, al igual que a otros empleadores privados o como independiente hasta el 31 de julio de 2017, motivo por el cual realizó aportes al Seguro Social hoy COLPENSIONES donde alcanzó 1311.43 semanas al sumar tiempos públicos y privados, según se extrae del reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por esa entidad. (f. 50 a 74 archivo 01).

En virtud de lo expuesto, y atendiendo las consideraciones emanadas por nuestro máximo órgano de cierre, es claro que no existen razones jurídicamente válidas para colegir que la pensión de jubilación que se reconoció al demandante resulte incompatible con la pensión de vejez que pueda obtener de la demandada, en atención a los tiempos de servicios públicos y privados que acreditó ante esa entidad, en donde no como ya se mencionó, no se tuvo en cuenta para obtener la pensión de jubilación que le reconoció la Policía Nacional, los tiempos de servicios antes referidos, y menos aún los aportes que realizó a través de empleadores privados o como independiente, luego, es clara la compatibilidad de esa pensión con la aquí perseguida por vejez dentro del sistema de seguridad social de que trata la Ley 100 de 1993, en la medida que las cotizaciones en comento cuentan con una Fuente de financiación diferente.

Además, como también ya se expuso, de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que los dineros con que el ISS hoy COLPENSIONES, paga las prestaciones que concede, no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores

y trabajadores, contrario a lo sostenido por la pasiva en su alzada, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia consultada.

e. Del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz de los preceptos de la Ley 797 de 2003:

Pretende la demandante se reconozca y pague la pensión de vejez, advirtiéndose al respecto, que no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como quiera que ostenta una densidad de semanas equivalentes a 1311.43, y su fecha de alumbramiento es 8 de enero de 1958 según se advierte de la copia de la cédula de ciudadanía que obra en el paginario (f. 49 archivo 01), cumpliendo 60 años de edad el mismo día y mes de la anualidad 2018, de allí que no tenga cabida alguna el régimen transicional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues incluso atendiendo la ampliación de dicha transición según los preceptos del Acto Legislativo 01 de 2005, la misma finalizó el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, se procede con el estudio de la prestación de vejez deprecada en los términos reseñados en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

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

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(…)"

De esta forma, palmario resulta entonces que el demandante nació el 8 de enero de 1958, por lo que cumplió 62 años de edad el 8 de enero de 2020, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, se advierte que el señor JOSÉ FELIZ RESTREPO SUAREZ cuenta con un total de 1311.43 semanas cotizadas a COLPENSIONES según se acredita en la Historia Laboral Consolidada expedida el 31 de agosto de 2021 por la misma encartada, situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez; en el caso del promotor, por cumplir 62 años de edad en el 8 de enero de 2020 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

f. De la fecha de disfrute y el monto de la mesada pensional:

En este punto, precisa la Sala que al igual que lo determinado por la falladora de instancia, el demandante durante toda su vida laboral acreditó un total de 1311.43 semanas, siendo su última cotización en el mes de julio de 2017, sin que reporte novedad de retiro, empero, como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones, siendo una de ellas la SL929-2019, Radicación No. 63203 del 20 de marzo de 2019, ante la voluntad del demandante de no continuar cotizando al sistema puede deducirse que se satisfizo con el requisito de que trata el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para la adquisición de la prestación, pues esa especialísima situación puede entenderse como un retiro tácito.

Con este escenario y, como lo sostuvo la operadora de instancia, la pensión de vejez del demandante debe reconocerse a partir del 8 de enero de 2020. Ahora, en lo que atañe al monto de la primera mesada pensional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el promedio del IBL debe

calcularse con toda la vida laboral o, con los últimos diez años, como quiera que el demandante cotizó más de 1250, según le resulte más beneficioso al afiliado. Así las cosas, al efectuar las operaciones aritméticas del caso se obtuvo en ambos escenarios lo siguiente:

Promedio Salarial Anual							
Año 1983							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
17/10/83	***31/10/83***	*15*	*34.660,00*	*1.155,33*	*$ 17.330,00*		
01/11/83	***30/11/83***	*30*	*34.660,00*	*1.155,33*	*$ 34.660,00*		
01/12/83	***31/12/83***	*31*	*34.660,00*	*1.155,33*	*$ 35.815,33*		
Total días		*76*			*$ 87.805,33*	*$ 1.155,33*	***$ 34.660,00***
Año 1984							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/84	***31/01/84***	*31*	*34.660,00*	*1.155,33*	*$ 35.815,33*		
01/02/84	***29/02/84***	*29*	*34.660,00*	*1.155,33*	*$ 33.504,67*		
01/03/84	***31/03/84***	*31*	*34.660,00*	*1.155,33*	*$ 35.815,33*		
01/04/84	***17/04/84***	*17*	*34.660,00*	*1.155,33*	*$ 19.640,67*		
Total días		*108*			*$ 124.776,00*	*$ 1.155,33*	***$ 34.660,00***
Año 1992							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/92	***31/01/92***	*31*	*255.907,00*	*8.530,23*	*$ 264.437,23*		
01/02/92	***29/02/92***	*29*	*255.907,00*	*8.530,23*	*$ 247.376,77*		
01/03/92	***31/03/92***	*31*	*255.907,00*	*8.530,23*	*$ 264.437,23*		
01/04/92	***30/04/92***	*30*	*255.907,00*	*8.530,23*	*$ 255.907,00*		
21/07/92	***31/07/92***	*10*	*319.885,00*	*10.662,83*	*$ 106.628,33*		
01/08/92	***31/08/92***	*31*	*319.885,00*	*10.662,83*	*$ 330.547,83*		
01/09/92	***10/09/92***	*10*	*319.885,00*	*10.662,83*	*$ 106.628,33*		
01/12/92	***04/12/92***	*4*	*255.907,00*	*8.530,23*	*$ 34.120,93*		
Total días		*176*			*$ 1.610.083,67*	*$ 9.148,20*	***$ 274.446,08***
Año 1993							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/93	***31/01/93***	*31*	*403.056,00*	*13.435,20*	*$ 416.491,20*		

01/02/93	***28/02/93***	*28*	*403.056,00*	*13.435,20*	*$ 376.185,60*		
01/03/93	***31/03/93***	*31*	*403.056,00*	*13.435,20*	*$ 416.491,20*		
01/04/93	***30/04/93***	*30*	*403.056,00*	*13.435,20*	*$ 403.056,00*		
01/05/93	***31/05/93***	*21*	*431.805,00*	*14.393,50*	*$ 302.263,50*		
01/06/93	***30/06/93***	*30*	*526.266,00*	*17.542,20*	*$ 526.266,00*		
01/07/93	***31/07/93***	*31*	*526.266,00*	*17.542,20*	*$ 543.808,20*		
01/08/93	***31/08/93***	*31*	*526.266,00*	*17.542,20*	*$ 543.808,20*		
01/09/93	***30/09/93***	*30*	*526.266,00*	*17.542,20*	*$ 526.266,00*		
01/10/93	***31/10/93***	*31*	*526.266,00*	*17.542,20*	*$ 543.808,20*		
01/11/93	***30/11/93***	*30*	*526.266,00*	*17.542,20*	*$ 526.266,00*		
01/12/93	***31/12/93***	*31*	*526.266,00*	*17.542,20*	*$ 543.808,20*		
Total días		*355*			*$ 5.668.518,30*	*$ 15.967,66*	***$ 479.029,72***
Año 1994							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/94	***31/01/94***	*31*	*526.266,00*	*17.542,20*	*$ 543.808,20*		
01/02/94	***28/02/94***	*28*	*555.056,00*	*18.501,87*	*$ 518.052,27*		
01/03/94	***31/03/94***	*31*	*555.056,00*	*18.501,87*	*$ 573.557,87*		
01/04/94	***30/04/94***	*30*	*555.056,00*	*18.501,87*	*$ 555.056,00*		
01/05/94	***31/05/94***	*31*	*555.056,00*	*18.501,87*	*$ 573.557,87*		
01/06/94	***30/06/94***	*30*	*555.056,00*	*18.501,87*	*$ 555.056,00*		
01/07/94	***31/07/94***	*31*	*555.056,00*	*18.501,87*	*$ 573.557,87*		
01/08/94	***31/08/94***	*31*	*555.056,00*	*18.501,87*	*$ 573.557,87*		
01/09/94	***30/09/94***	*30*	*555.056,00*	*18.501,87*	*$ 555.056,00*		
01/10/94	***31/10/94***	*31*	*473.989,33*	*15.799,64*	*$ 489.788,98*		
01/11/94	***30/11/94***	*30*	*403.056,00*	*13.435,20*	*$ 403.056,00*		
01/12/94	***31/12/94***	*31*	*403.056,00*	*13.435,20*	*$ 416.491,20*		
Total días		*365*	*-*		*$ 6.330.596,11*	*$ 17.344,10*	***$ 520.322,97***
Año 1995							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/95	***31/01/95***	*30*	*477.620,00*	*15.920,67*	*$ 477.620,00*		
01/02/95	***28/02/95***	*30*	*477.620,00*	*15.920,67*	*$ 477.620,00*		
01/03/95	***31/03/95***	*30*	*477.620,00*	*15.920,67*	*$ 477.620,00*		
01/04/95	***30/04/95***	*30*	*597.620,00*	*19.920,67*	*$ 597.620,00*		
01/05/95	***31/05/95***	*30*	*597.620,00*	*19.920,67*	*$ 597.620,00*		
01/06/95	***30/06/95***	*30*	*597.620,00*	*19.920,67*	*$ 597.620,00*		
01/07/95	***31/07/95***	*30*	*597.620,00*	*19.920,67*	*$ 597.620,00*		

01/08/95	***31/08/95***	*30*	*597.620,00*	*19.920,67*	*$ 597.620,00*		
01/09/95	***30/09/95***	*30*	*597.620,00*	*19.920,67*	*$ 597.620,00*		
01/10/95	***31/10/95***	*30*	*477.620,00*	*15.920,67*	*$ 477.620,00*		
01/11/95	***30/11/95***	*30*	*477.620,00*	*15.920,67*	*$ 477.620,00*		
01/12/95	***31/12/95***	*30*	*496.724,00*	*16.557,47*	*$ 496.724,00*		
Total días		*360*			*$ 6.470.544,00*	*$ 17.973,73*	***$ 539.212,00***
Año 1996							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/96	***31/01/96***	*30*	*2.248.007,00*	*74.933,57*	*$ 2.248.007,00*		
01/02/96	***28/02/96***	*30*	*2.634.751,00*	*87.825,03*	*$ 2.634.751,00*		
01/03/96	***31/03/96***	*30*	*2.825.063,00*	*94.168,77*	*$ 2.825.063,00*		
01/04/96	***30/04/96***	*30*	*939.713,00*	*31.323,77*	*$ 939.713,00*		
01/05/96	***31/05/96***	*30*	*2.323.581,00*	*77.452,70*	*$ 2.323.581,00*		
01/06/96	***30/06/96***	*30*	*2.107.211,00*	*70.240,37*	*$ 2.107.211,00*		
01/07/96	***31/07/96***	*30*	*2.346.609,00*	*78.220,30*	*$ 2.346.609,00*		
01/08/96	***31/08/96***	*30*	*2.324.914,00*	*77.497,13*	*$ 2.324.914,00*		
01/09/96	***30/09/96***	*30*	*2.305.914,00*	*76.863,80*	*$ 2.305.914,00*		
01/10/96	***31/10/96***	*30*	*2.305.914,00*	*76.863,80*	*$ 2.305.914,00*		
01/11/96	***30/11/96***	*30*	*2.400.609,00*	*80.020,30*	*$ 2.400.609,00*		
01/12/96	***31/12/96***	*30*	*2.353.840,00*	*78.461,33*	*$ 2.353.840,00*		
Total días		*360*			*$ 27.116.126,00*	*$ 75.322,57*	***$ 2.259.677,17***
Año 1997							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/97	***31/01/97***	*30*	*2.511.077,00*	*83.702,57*	*$ 2.511.077,00*		
01/02/97	***28/02/97***	*30*	*2.865.982,00*	*95.532,73*	*$ 2.865.982,00*		
01/03/97	***31/03/97***	*30*	*3.440.100,00*	*114.670,00*	*$ 3.440.100,00*		
01/04/97	***30/04/97***	*30*	*3.440.100,00*	*114.670,00*	*$ 3.440.100,00*		
01/05/97	***31/05/97***	*30*	*3.440.100,00*	*114.670,00*	*$ 3.440.100,00*		
01/06/97	***30/06/97***	*30*	*3.440.100,00*	*114.670,00*	*$ 3.440.100,00*		
01/07/97	***31/07/97***	*30*	*3.440.100,00*	*114.670,00*	*$ 3.440.100,00*		
01/08/97	***31/08/97***	*30*	*3.440.100,00*	*114.670,00*	*$ 3.440.100,00*		
01/09/97	***30/09/97***	*30*	*3.440.100,00*	*114.670,00*	*$ 3.440.100,00*		
01/10/97	***31/10/97***	*30*	*3.440.100,00*	*114.670,00*	*$ 3.440.100,00*		
01/11/97	***30/11/97***	*30*	*3.440.100,00*	*114.670,00*	*$ 3.440.100,00*		
01/12/97	***31/12/97***	*30*	*3.440.100,00*	*114.670,00*	*$ 3.440.100,00*		

Total días		*360*			*$ 39.778.059,00*	*$ 110.494,61*	***$ 3.314.838,25***
Año 1998							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/98	***31/01/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
01/02/98	***28/02/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
01/03/98	***31/03/98***	*30*	*3.943.469,00*	*131.448,97*	*$ 3.943.469,00*		
01/04/98	***30/04/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
01/05/98	***31/05/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
01/06/98	***30/06/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
01/07/98	***31/07/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
01/08/98	***31/08/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
01/09/98	***30/09/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
01/10/98	***31/10/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
01/11/98	***30/11/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
01/12/98	***31/12/98***	*30*	*4.076.520,00*	*135.884,00*	*$ 4.076.520,00*		
Total días		*360*			*$ 48.785.189,00*	*$ 135.514,41*	***$ 4.065.432,42***
Año 1999							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/99	***31/01/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
01/02/99	***28/02/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
01/03/99	***31/03/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
01/04/99	***30/04/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
01/05/99	***31/05/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
01/06/99	***30/06/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
01/07/99	***31/07/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
01/08/99	***31/08/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
01/09/99	***30/09/99***	*30*	*2.717.030,00*	*90.567,67*	*$ 2.717.030,00*		
01/10/99	***31/10/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
01/11/99	***30/11/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
01/12/99	***31/12/99***	*30*	*4.729.200,00*	*157.640,00*	*$ 4.729.200,00*		
Total días		*360*			*$ 54.738.230,00*	*$ 152.050,64*	***$ 4.561.519,17***
Año 2000							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/00	***31/01/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		

01/02/00	***28/02/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		
01/03/00	***31/03/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		
01/04/00	***30/04/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		
01/05/00	***31/05/00***	*30*	*4.366.000,00*	*145.533,33*	*$ 4.366.000,0*		
01/06/00	***30/06/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		
01/07/00	***31/07/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		
01/08/00	***31/08/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		
01/09/00	***30/09/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		
01/10/00	***31/10/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		
01/11/00	***30/11/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		
01/12/00	***31/12/00***	*30*	*5.202.000,00*	*173.400,00*	*$ 5.202.000,0*		
Total días		*360*			*$ 61.588.000,0*	*$ 171.077,78*	***$ 5.132.333,33***

Año 2001

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/01	***31/01/01***	*30*	*4.102.690,00*	*136.756,33*	*$ 4.102.690,0*		
01/02/01	***28/02/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
01/03/01	***31/03/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
01/04/01	***30/04/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
01/05/01	***31/05/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
01/06/01	***30/06/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
01/07/01	***31/07/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
01/08/01	***31/08/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
01/09/01	***30/09/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
01/10/01	***31/10/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
01/11/01	***30/11/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
01/12/01	***31/12/01***	*30*	*5.720.000,00*	*190.666,67*	*$ 5.720.000,0*		
Total días		*360*			*$ 67.022.690,0*	*$ 186.174,14*	***$ 5.585.224,17***

Año 2002

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/02	***31/01/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
01/02/02	***28/02/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
01/03/02	***31/03/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
01/04/02	***30/04/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
01/05/02	***31/05/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
01/06/02	***30/06/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		

01/07/02	***31/07/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
01/08/02	***31/08/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
01/09/02	***30/09/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
01/10/02	***31/10/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
01/11/02	***30/11/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
01/12/02	***31/12/02***	*30*	*6.180.000,00*	*206.000,00*	*$ 6.180.000,0*		
Total días		*360*			*$ 74.160.000,0*	*$ 206.000,00*	***$ 6.180.000,00***
Año 2003							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/03	***31/01/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/02/03	***28/02/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/03/03	***31/03/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/04/03	***30/04/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/05/03	***31/05/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/06/03	***30/06/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/07/03	***31/07/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/08/03	***31/08/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/09/03	***30/09/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/10/03	***31/10/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/11/03	***30/11/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
01/12/03	***31/12/03***	*30*	*8.300.000,00*	*276.666,67*	*$ 8.300.000,0*		
Total días		*360*			*$ 99.600.000,0*	*$ 276.666,67*	***$ 8.300.000,00***
Año 2004							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/04	***31/01/04***	*30*	*7.577.587,00*	*252.586,23*	*$ 7.577.587,0*		
01/02/04	***28/02/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		
01/03/04	***31/03/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		
01/04/04	***30/04/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		
01/05/04	***31/05/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		
01/06/04	***30/06/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		
01/07/04	***31/07/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		
01/08/04	***31/08/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		
01/09/04	***30/09/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		
01/10/04	***31/10/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		
01/11/04	***30/11/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		

01/12/04	***31/12/04***	*30*	*8.950.000,00*	*298.333,33*	*$ 8.950.000,0*		
Total días		*360*			*$ 106.027.587,0*	*$ 294.521,08*	***$ 8.835.632,25***
Año 2005							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/05	***31/01/05***	*30*	*7.616.220,00*	*253.874,00*	*$ 7.616.220,0*		
01/02/05	***28/02/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
01/03/05	***31/03/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
01/04/05	***30/04/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
01/05/05	***31/05/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
01/06/05	***30/06/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
01/07/05	***31/07/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
01/08/05	***31/08/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
01/09/05	***30/09/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
01/10/05	***31/10/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
01/11/05	***30/11/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
01/12/05	***31/12/05***	*30*	*9.537.500,00*	*317.916,67*	*$ 9.537.500,0*		
Total días		*360*			*$ 112.528.720,0*	*$ 312.579,78*	***$ 9.377.393,33***
Año 2006							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/06	***31/01/06***	*30*	*8.874.000,00*	*295.800,00*	*$ 8.874.000,0*		
01/02/06	***28/02/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		
01/03/06	***31/03/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		
01/04/06	***30/04/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		
01/05/06	***31/05/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		
01/06/06	***30/06/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		
01/07/06	***31/07/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		
01/08/06	***31/08/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		
01/09/06	***30/09/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		
01/10/06	***31/10/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		
01/11/06	***30/11/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		

01/12/06	***31/12/06***	*30*	*10.200.000,00*	*340.000,00*	*$ 10.200.000,0*		
Total días		*360*			*$ 121.074.000,0*	*$ 336.316,67*	***$ 10.089.500,00***
Año 2007							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/07	***31/01/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
01/02/07	***28/02/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
01/03/07	***31/03/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
01/04/07	***30/04/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
01/05/07	***31/05/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
01/06/07	***30/06/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
01/07/07	***31/07/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
01/08/07	***31/08/07***	*30*	*9.556.200,00*	*318.540,00*	*$ 9.556.200,0*		
01/09/07	***30/09/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
01/10/07	***31/10/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
01/11/07	***30/11/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
01/12/07	***31/12/07***	*30*	*10.842.500,00*	*361.416,67*	*$ 10.842.500,0*		
Total días		*360*			*$ 128.823.700,0*	*$ 357.843,61*	***$ 10.735.308,33***
Año 2008							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/08	***31/01/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		
01/02/08	***28/02/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		
01/03/08	***31/03/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		
01/04/08	***30/04/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		
01/05/08	***31/05/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		
01/06/08	***30/06/08***	*30*	*11.279.500,00*	*375.983,33*	*$ 11.279.500,0*		
01/07/08	***31/07/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		

01/08/08	***31/08/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		
01/09/08	***30/09/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		
01/10/08	***31/10/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		
01/11/08	***30/11/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		
01/12/08	***31/12/08***	*30*	*11.537.500,00*	*384.583,33*	*$ 11.537.500,0*		
Total días		*360*			*$ 138.192.000,0*	*$ 383.866,67*	***$ 11.516.000,00***

Año 2009

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/09	***31/01/09***	*30*	*12.422.500,00*	*414.083,33*	*$ 12.422.500,0*		
01/02/09	***28/02/09***	*30*	*12.422.500,00*	*414.083,33*	*$ 12.422.500,0*		
01/03/09	***31/03/09***	*30*	*12.422.500,00*	*414.083,33*	*$ 12.422.500,0*		
01/04/09	***30/04/09***	*30*	*12.422.500,00*	*414.083,33*	*$ 12.422.500,0*		
01/05/09	***31/05/09***	*30*	*12.422.500,00*	*414.083,33*	*$ 12.422.500,0*		
01/06/09	***30/06/09***	*30*	*12.422.500,00*	*414.083,33*	*$ 12.422.500,0*		
01/07/09	***31/07/09***	*30*	*12.422.500,00*	*414.083,33*	*$ 12.422.500,0*		
01/08/09	***31/08/09***	*30*	*12.422.500,00*	*414.083,33*	*$ 12.422.500,0*		
01/09/09	***30/09/09***	*30*	*12.422.500,00*	*414.083,33*	*$ 12.422.500,0*		
01/10/09	***31/10/09***	*30*	*12.422.500,00*	*414.083,33*	*$ 12.422.500,0*		
01/11/09	***30/11/09***	*30*	*11.856.000,00*	*395.200,00*	*$ 11.856.000,0*		
01/12/09	***31/12/09***	*30*	*11.856.000,00*	*395.200,00*	*$ 11.856.000,0*		
Total días		*360*			*$ 147.937.000,0*	*$ 410.936,11*	***$ 12.328.083,33***

Año 2010

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/10	***31/01/10***	*30*	*12.875.000,00*	*429.166,67*	*$ 12.875.000,0*		
01/02/10	***28/02/10***	*30*	*12.585.000,00*	*419.500,00*	*$ 12.585.000,0*		
01/03/10	***31/03/10***	*30*	*12.070.000,00*	*402.333,33*	*$ 12.070.000,0*		

01/04/10	***30/04/10***	*30*	*12.070.000,00*	*402.333,33*	*$ 12.070.000,0*		
01/05/10	***31/05/10***	*30*	*12.875.000,00*	*429.166,67*	*$ 12.875.000,0*		
01/06/10	***30/06/10***	*30*	*12.875.000,00*	*429.166,67*	*$ 12.875.000,0*		
01/07/10	***31/07/10***	*30*	*7.305.000,00*	*243.500,00*	*$ 7.305.000,0*		
01/08/10	***31/08/10***	*30*	*6.048.000,00*	*201.600,00*	*$ 6.048.000,0*		
01/09/10	***30/09/10***	*30*	*12.875.000,00*	*429.166,67*	*$ 12.875.000,0*		
01/10/10	***31/10/10***	*30*	*12.875.000,00*	*429.166,67*	*$ 12.875.000,0*		
01/11/10	***30/11/10***	*30*	*12.575.000,00*	*419.166,67*	*$ 12.575.000,0*		
01/12/10	***31/12/10***	*30*	*12.875.000,00*	*429.166,67*	*$ 12.875.000,0*		
Total días		*360*			*$ 139.903.000,0*	*$ 388.619,44*	***$ 11.658.583,33***
Año 2011							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/11	***31/01/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/02/11	***28/02/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/03/11	***31/03/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/04/11	***30/04/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/05/11	***31/05/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/06/11	***30/06/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/07/11	***31/07/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/08/11	***31/08/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/09/11	***30/09/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/10/11	***31/10/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/11/11	***30/11/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
01/12/11	***31/12/11***	*30*	*13.390.000,00*	*446.333,33*	*$ 13.390.000,0*		
Total días		*360*			*$ 160.680.000,0*	*$ 446.333,33*	***$ 13.390.000,00***
Año 2012							

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	14.167.500,00	472.250,00	$ 14.167.500,0		
01/02/12	28/02/12	30	14.167.500,00	472.250,00	$ 14.167.500,0		
01/03/12	31/03/12	30	14.167.500,00	472.250,00	$ 14.167.500,0		
01/04/12	30/04/12	30	14.167.500,00	472.250,00	$ 14.167.500,0		
01/05/12	31/05/12	30	14.167.500,00	472.250,00	$ 14.167.500,0		
01/06/12	30/06/12	30	14.167.500,00	472.250,00	$ 14.167.500,0		
01/07/12	31/07/12	30	13.989.000,00	466.300,00	$ 13.989.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	14.167.000,00	472.233,33	$ 14.167.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	14.167.000,00	472.233,33	$ 14.167.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	14.167.000,00	472.233,33	$ 14.167.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	14.167.000,00	472.233,33	$ 14.167.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	14.167.000,00	472.233,33	$ 14.167.000,0		
Total días		360			$ 169.829.000,0	$ 471.747,22	**$ 14.152.416,67**
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	14.167.000,00	472.233,33	$ 14.167.000,0		
01/02/13	28/02/13	30	14.737.000,00	491.233,33	$ 14.737.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	14.737.000,00	491.233,33	$ 14.737.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	14.737.000,00	491.233,33	$ 14.737.000,0		
01/06/13	30/06/13	30	14.737.000,00	491.233,33	$ 14.737.000,0		
01/07/13	31/07/13	30	14.737.000,00	491.233,33	$ 14.737.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	14.737.000,00	491.233,33	$ 14.737.000,0		
01/09/13	30/09/13	30	14.737.000,00	491.233,33	$ 14.737.000,0		
01/10/13	31/10/13	30	14.737.000,00	491.233,33	$ 14.737.000,0		

01/11/13	***30/11/13***	*30*	*14.737.000,00*	*491.233,33*	*$ 14.737.000,0*		
01/12/13	***31/12/13***	*30*	*14.737.000,00*	*491.233,33*	*$ 14.737.000,0*		
Total días		*330*			*$ 161.537.000,0*	*$ 489.506,06*	***$ 14.685.181,82***
Año 2014							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/14	***31/01/14***	*30*	*14.737.000,00*	*491.233,33*	*$ 14.737.000,0*		
01/02/14	***28/02/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/03/14	***31/03/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/04/14	***30/04/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/05/14	***31/05/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/06/14	***30/06/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/07/14	***31/07/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/08/14	***31/08/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/09/14	***30/09/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/10/14	***31/10/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/11/14	***30/11/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/12/14	***31/12/14***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
Total días		*360*			*$ 184.137.000,0*	*$ 511.491,67*	***$ 15.344.750,00***
Año 2015							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/15	***31/01/15***	*30*	*15.400.000,00*	*513.333,33*	*$ 15.400.000,0*		
01/02/15	***28/02/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/03/15	***31/03/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/04/15	***30/04/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/05/15	***31/05/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/06/15	***30/06/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		

01/07/15	***31/07/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/08/15	***31/08/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/09/15	***30/09/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/10/15	***31/10/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/11/15	***30/11/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/12/15	***31/12/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
Total días		*360*			*$ 192.596.250,0*	*$ 534.989,58*	***$ 16.049.687,50***

Año 2016

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/16	***31/01/16***	*30*	*16.109.000,00*	*536.966,67*	*$ 16.109.000,0*		
01/02/16	***28/02/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/03/16	***31/03/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/04/16	***30/04/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/05/16	***31/05/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/06/16	***30/06/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/07/16	***31/07/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/08/16	***31/08/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/09/16	***30/09/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/10/16	***31/10/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/11/16	***30/11/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/12/16	***31/12/16***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
Total días		*360*			*$ 205.705.000,0*	*$ 571.402,78*	***$ 17.142.083,33***

Año 2017

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/17	***31/01/17***	*30*	*17.236.000,00*	*574.533,33*	*$ 17.236.000,0*		
01/02/17	***28/02/17***	*30*	*18.442.925,00*	*614.764,17*	*$ 18.442.925,0*		

01/03/17	***31/03/17***	*30*	*18.442.925,00*	*614.764,17*	*$ 18.442.925,0*		
01/04/17	***30/04/17***	*30*	*18.442.925,00*	*614.764,17*	*$ 18.442.925,0*		
01/05/17	***31/05/17***	*30*	*18.442.925,00*	*614.764,17*	*$ 18.442.925,0*		
01/06/17	***30/06/17***	*30*	*18.442.925,00*	*614.764,17*	*$ 18.442.925,0*		
01/07/17	***31/07/17***	*30*	*18.442.925,00*	*614.764,17*	*$ 18.442.925,0*		
Total días		*210*			*$ 127.893.550,0*	*$ 609.016,90*	***$ 18.270.507,14***

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1983	*76*	*1,410*	*103,80*	*73,617*	*$ 34.660,00*	*$ 2.551.566*	*$ 6.463.967*
1984	*108*	*1,650*	*103,80*	*62,909*	*$ 34.660,00*	*$ 2.180.429*	*$ 7.849.545*
1992	*176*	*9,700*	*103,80*	*10,701*	*$ 274.446,08*	*$ 2.936.856*	*$ 17.229.555*
1993	*355*	*12,140*	*103,80*	*8,550*	*$ 479.029,72*	*$ 4.095.822*	*$ 48.467.232*
1994	*365*	*14,890*	*103,80*	*6,971*	*$ 520.322,97*	*$ 3.627.235*	*$ 44.131.355*
1995	*360*	*18,250*	*103,80*	*5,688*	*$ 539.212,00*	*$ 3.066.861*	*$ 36.802.327*
1996	*360*	*21,800*	*103,80*	*4,761*	*$ 2.259.677,17*	*$ 10.759.380*	*$ 129.112.563*
1997	*360*	*26,520*	*103,80*	*3,914*	*$ 3.314.838,25*	*$ 12.974.367*	*$ 155.692.403*
1998	*360*	*31,210*	*103,80*	*3,326*	*$ 4.065.432,42*	*$ 13.521.047*	*$ 162.252.567*
1999	*360*	*36,420*	*103,80*	*2,850*	*$ 4.561.519,17*	*$ 13.000.705*	*$ 156.008.464*
2000	*360*	*39,790*	*103,80*	*2,609*	*$ 5.132.333,33*	*$ 13.388.696*	*$ 160.664.348*
2001	*360*	*43,270*	*103,80*	*2,399*	*$ 5.585.224,17*	*$ 13.398.342*	*$ 160.780.107*
2002	*360*	*46,580*	*103,80*	*2,228*	*$ 6.180.000,00*	*$ 13.771.662*	*$ 165.259.940*
2003	*360*	*49,830*	*103,80*	*2,083*	*$ 8.300.000,00*	*$ 17.289.585*	*$ 207.475.015*
2004	*360*	*53,070*	*103,80*	*1,956*	*$ 8.835.632,25*	*$ 17.281.678*	*$ 207.380.131*
2005	*360*	*55,990*	*103,80*	*1,854*	*$ 9.377.393,33*	*$ 17.384.773*	*$ 208.617.273*
2006	*360*	*58,700*	*103,80*	*1,768*	*$ 10.089.500,00*	*$ 17.841.399*	*$ 214.096.784*
2007	*360*	*61,330*	*103,80*	*1,692*	*$ 10.735.308,33*	*$ 18.169.330*	*$ 218.031.959*
2008	*360*	*64,820*	*103,80*	*1,601*	*$ 11.516.000,00*	*$ 18.441.234*	*$ 221.294.810*
2009	*360*	*69,800*	*103,80*	*1,487*	*$ 12.328.083,33*	*$ 18.333.167*	*$ 219.998.003*
2010	*360*	*71,200*	*103,80*	*1,458*	*$ 11.658.583,33*	*$ 16.996.643*	*$ 203.959.711*
2011	*360*	*73,450*	*103,80*	*1,413*	*$ 13.390.000,00*	*$ 18.922.832*	*$ 227.073.982*
2012	*360*	*76,190*	*103,80*	*1,362*	*$ 14.152.416,67*	*$ 19.281.019*	*$ 231.372.230*
2013	*330*	*78,050*	*103,80*	*1,330*	*$ 14.685.181,82*	*$ 19.530.069*	*$ 214.830.757*
2014	*360*	*79,560*	*103,80*	*1,305*	*$ 15.344.750,00*	*$ 20.019.923*	*$ 240.239.072*
2015	*360*	*82,470*	*103,80*	*1,259*	*$ 16.049.687,50*	*$ 20.200.771*	*$ 242.409.249*

2016	*360*	*88,050*	*103,80*	*1,179*	*$ 17.142.083,33*	*$ 20.208.384*	*$ 242.500.613*
2017	*210*	*93,110*	*103,80*	*1,115*	*$ 18.270.507,14*	*$ 20.368.152*	*$ 142.577.065*
Total días	***9180***				***Total devengado actualizado a:***	***2020***	***$ 4.492.571.028***
Total semanas	***1311,43***					***Ingreso Base Liquidación***	***$ 14.681.604,67***
Total Años	***23,88***					***Porcentaje aplicado***	***57,14%***
						Primera mesada	***$ 8.388.672,64***
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	***2020***	***$ 877.803,00***

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
2007	*180*	*61,330*	*103,80*	*1,692*	*$ 10.628.116,67*	*$ 17.987.910*	*$ 107.927.459*
2008	*360*	*64,820*	*103,80*	*1,601*	*$ 11.516.000,00*	*$ 18.441.234*	*$ 221.294.810*
2009	*360*	*69,800*	*103,80*	*1,487*	*$ 12.328.083,33*	*$ 18.333.167*	*$ 219.998.003*
2010	*360*	*71,200*	*103,80*	*1,458*	*$ 11.658.583,33*	*$ 16.996.643*	*$ 203.959.711*
2011	*360*	*73,450*	*103,80*	*1,413*	*$ 13.390.000,00*	*$ 18.922.832*	*$ 227.073.982*
2012	*360*	*76,190*	*103,80*	*1,362*	*$ 14.152.416,67*	*$ 19.281.019*	*$ 231.372.230*
2013	*330*	*78,050*	*103,80*	*1,330*	*$ 14.685.181,82*	*$ 19.530.069*	*$ 214.830.757*
2014	*360*	*79,560*	*103,80*	*1,305*	*$ 15.344.750,00*	*$ 20.019.923*	*$ 240.239.072*
2015	*360*	*82,470*	*103,80*	*1,259*	*$ 16.049.687,50*	*$ 20.200.771*	*$ 242.409.249*
2016	*360*	*88,050*	*103,80*	*1,179*	*$ 17.142.083,33*	*$ 20.208.384*	*$ 242.500.613*
2017	*210*	*93,110*	*103,80*	*1,115*	*$ 18.270.507,14*	*$ 20.368.152*	*$ 142.577.065*
Total días	***3600***				***Total devengado actualizado a:***	***2020***	***$ 2.294.182.951***
Total semanas	***514,29***					***Ingreso Base Liquidación***	***$ 19.118.191,26***
Total Años	***10,00***					***Porcentaje aplicado***	***55%***
						Primera mesada	***$ 10.515.005,19***
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	***2020***	***$ 877.803,00***

De esa forma, se obtiene como valor de mesada más beneficiosa para el gestor la que se obtiene del cálculo del IBL de los últimos diez años; así, al estudiarse el presente asunto en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, habrá de modificarse el valor de la mesada que se dispuso en primera instancia, la cual se determinó por la *a quo* en monto de $10.585.941, para en su lugar, condenar a la demandada a pagar al actor como valor de mesada inicial al 8 de enero de 2020 la suma de $10.515.005,19.

Por tal razón, se dispondrá de igual manera modificar la condena, en el sentido de condenar a la accionada al reconocimiento y pago a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 8 de enero de 2020 y el 30 de noviembre de 2022 y sobre 13 mesadas pensionales al año la suma de $397.269.721,31, valor sobre el cual se autoriza a la encartada a fin de que realice los correspondientes descuentos en salud, rubro según los cálculos puestos de presente a continuación:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
08/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 10.515.005,19*	*12,77*	*$ 134.241.566*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 10.684.297,00*	*13,00*	*$ 138.895.861*
01/01/22	***30/11/22***	*5,62%*	*$ 11.284.754,00*	*11,00*	*$ 124.132.294*
Total retroactivo				***$ 397.269.721,31***	

El anterior retroactivo deberá continuar pagándose en adelante hasta que COLPENSIONES incluya en nómina de pensionados al actor y cancele lo de su cargo. Finalmente, y en la medida que no fue objeto de inconformidad por parte de la activa, se ordena la indexación del valor total que se obtenga por concepto de retroactivo al momento de su pago, lo que habrá de modificarse parcialmente la decisión primigenia referente a estos tópicos, es decir, sobre el valor de la mesada de los años 2020, 2021 y 2022 y el valor a indexar, por las razones antes expuestas.

g. De la excepción de prescripción:

Por último, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el 151 del C.P.T. y de la S.S., no operó el fenómeno prescriptivo trienal, toda vez que al reconocerse la pensión a partir del 8 de enero de 2020, haber elevado el actor solicitud pensional el 4 de febrero de 2020 como dan cuenta la Resolución SUB 97372 del 23 de abril de 2020, y haberse presentado la demanda el 27 de septiembre de 2021 como da cuenta la correspondiente acta individual de reparto, se puede colegir que las actuaciones en el asunto de marras se

llevaron a cabo dentro de los tiempos dispuestos en la norma, sin que hubiese operado prescripción sobre ninguna de las mesadas pensionales reconocidas. (f. 96 a 105 archivo 01 y archivo 02).

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, que determinó como valor de la mesada para los años 2020 y 2022 la suma de $10.585.941 y $11.360.882,91, respectivamente.

En el sentido, de **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar como valor de la primera mesada pensional al 8 de enero de 2020 la suma de $10.515.005,19. Así mismo, se determina como valor de mesada para los años 2021 y 2022 las sumas de $10.684.297, 11.284.754, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral segundo la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar al demandante a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 8 de enero de 2020 y el 30 de noviembre de 2022 y sobre 13 mesadas pensionales anuales, la suma de $397.269.721,31, sin perjuicio de las que se causen en adelante hasta que se efectúe el pago correspondiente. Ordenándose, la indexación al momento de su pago del valor total que se obtenga por concepto de retroactivo. Autorizándose a

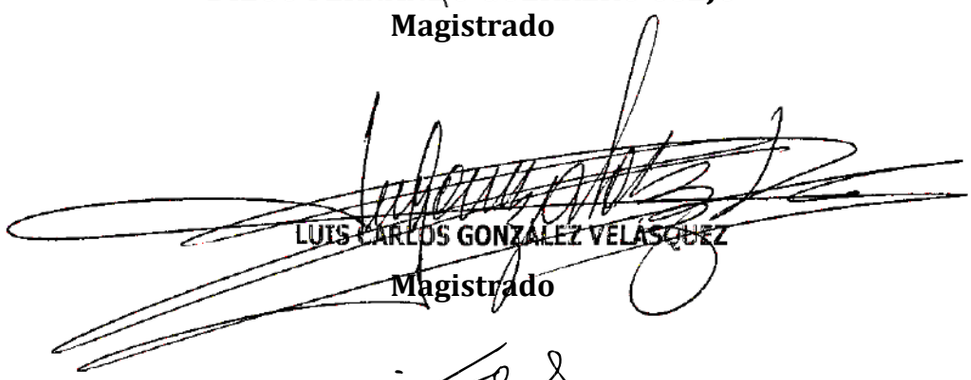
la encartada que efectúe los respectivos descuentos de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo expuesto la parte considerativa de esta decisión.

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

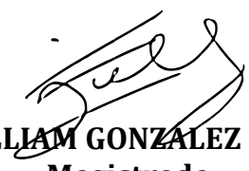
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fija como agencias en derecho la suma de $2.000.000 y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **31 2020 00320 03**
Demandante:	AQUILINO USEDA FRANCO
Demandados:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor AQUILINO USEDA FRANCO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de que se le condene a reliquidar la pensión de jubilación desde el 27 de abril de 1999, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, tales como salario, prima de antigüedad, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, entre otros.

Asimismo, se le condene a la pasiva pagar en forma indexada las sumas adeudadas, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que mediante Resolución No. 00661 del 10 de junio de 1999 la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA le reconoció pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en el Decreto 2701 de 1988, prestación que se otorgó a partir del 27 de abril de 1999 en cuantía inicial de $1.120.216 y luego de aplicarse una tasa de reemplazo del 75%.

Que COLPENSIONES a través de la Resolución No. 000222 de 2014, aceptó la conmutación de las obligaciones pensionales a cargo de la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA.

Por último, mencionó que mediante derecho de petición elevado ante COLPENSIONES el 11 de octubre de 2018, solicitó la reliquidación de pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales realmente devengados, lo que conllevó a que la entidad en Resolución SUB 298659 del 16 de noviembre de 2018 negara lo de su cargo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que no puede reconocer derechos pensionales por mera liberalidad, puesto que debe tenerse en cuenta que la pensión reconocida al aquí demandante señor AQUILINO USEDA FRANCO fue otorgada conforme disposición de la CAJA PROMOTRA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA mediante la Resolución No. 00661 del 10 de junio 1999, prestación que, a su vez, fue conmutada a través de la Resolución No. 00222 del 3 de junio de 2014.

A su vez, puntualizó que teniendo en cuenta el alcance de la conmutación pensional, la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA aceptó las novedades y contingencias judiciales que pudieran darse sobre las

pensiones conmutadas, asumiendo los riesgos de reliquidación cuando hubiese lugar a una mayor prestación.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buna fe y la innominada o genérica.

En proveído calendado el 20 de enero de 2021, el Juzgado dispuso la vinculación de la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA (Pdf 12 – AUTO TIENE POR CONTESTADA ORDENA VINCULAR).

Con ocasión de lo anterior, la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA adujo que teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 973 de 2005, que modificó el Decreto 353 de 1994, palmario resulta que el legislador no contemplo en su objeto la administración o el otorgamiento de pensiones, por lo que dado el carácter de entidad pública, solamente puede realizar aquellas funciones para las cuales ha sido facultada de manera expresa, tal como lo dispone el artículo 121 de la Constitución Política.

Impetró las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de noviembre de 2022, absolvió al extremo demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que, atendiendo la naturaleza jurídica de la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA y el criterio orgánico, por regla general las personas

vinculadas a dicha entidad detentan la calidad de trabajadores oficiales, salvo que los estatutos determinan la existencia de un empleado público, ostentando el actor en el asunto de marras la calidad de trabajador oficial, de allí que esta especialidad sea competente para el conocimiento del asunto *sub examine*.

Al unísono, definió que la norma aplicable al demandante dentro del régimen transicional era el Decreto 2701 de 1988, en la que se reforma el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado adscritas o vinculadas a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

Que el referido decreto determinó en su artículo 44 los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, acreditando el demandante los 55 años de edad el 4 de mayo de 1999 y 20 años de servicios, siendo así pensionado por parte de la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA.

Que en tal sentido, la prestación de jubilación de dio en aplicación del régimen de transición, en tanto, si bien es cierto los 20 años de servicios los cumplió con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cumplió 55 años de edad el 4 de mayo de 1999, por lo que, teniendo en cuenta el régimen transicional, se aplican los requisitos atinentes a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, así como que el ingreso base de liquidación es el que aparece consagrado en el artículo 21 de la mentada Ley 100, entendido este último como el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años de servicios o el cotizado en el tiempo que le hiciere falta para el reconocimiento de la pensión.

Que a pesar de lo anterior, el demandante se retiró del servicio el 2 de mayo de 1995, pero en los dos últimos meses se encontraba disfrutando una licencia no remunerada, de allí que necesariamente deba aplicarse el ingreso base de liquidación que aparece consagrado en el Decreto 2701 de 1988, es decir, con promedio de lo devengado durante el último año de servicios, sumado a que

los factores salariales a tener en cuenta son los consagrados en el artículo 53 del referido decreto.

Que a pesar de lo anterior, concluyó que el salario realmente devengado por el demandante, no existe monto superior al reconocido por la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA en la pensión de jubilación, de allí que se absolviera sobre las pretensiones perseguidas.

Igualmente, adujo que teniendo en cuenta la conmutación pensional que realizara la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA con COLPENSIONES, donde se incluyó el derecho prestacional del aquí demandante, en caso de haber salido avante el derecho a la reliquidación pensional, la Caja debía reliquidar también la conmutación pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Insistió en su alzada la procedencia de la reliquidación pensional perseguida, como quiera que se encuentran plenamente acreditados los factores salariales realmente devengados y que fueran expedidos por la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si

es procedente la reliquidación pensional de jubilación perseguida por el demandante señor AQUILINO USEDA FRANCO, la cual le fue reconocida bajo la égida del Decreto 2701 de 1988.

c. Del caso en concreto:

Previo al abordaje del problema jurídico planteado, debe ponerse de presente que no fueron objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA mediante Resolución No. 0661 del 10 de junio de 1999, reconoció pensión de jubilación al demandante por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 44 del Decreto 2701 de 1988, a partir del 27 de abril de 1999, equivalente al 75% del promedio de los haberes devengados en el último año de servicios, donde se le determinó una mesada pensional $1.120.216 (Fls. 9 a 11 – PDF 03 DEMANDA).

(ii) Que según da cuenta la referida Resolución No. 0661 del 10 de junio de 1999, la prestación por jubilación reconocida al actor se llevó a cabo en calidad de trabajador oficial.

(iii) Que mediante Resolución No. 000222 del 3 de junio de 2014, se realizó una conmutación pensional entre la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA y COLPENSIONES, correspondiente a 78 jubilados y beneficiarios a cargo de la mentada empleadora, donde fue incluido el aquí demandante señor AQUILINO USEDA FRANCO (Fls. 12 a 23 – PDF 03 DEMANDA).

d. De la reliquidación pensional de jubilación perseguida por el demandante en los términos del Decreto 2701 de 1988:

Para lo pertinente, menester resulta poner de presente que el Decreto 2701 de 1988, "*Por el cual se reforma el régimen prestacional de los empleados públicos*

y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional", dispone en su artículo 44:

> *"**ARTÍCULO 44. PENSION DE JUBILACION.** El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es varón, o cincuenta (50), Si es mujer, tiene derecho a que por la respectiva entidad se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de las asignaciones devengadas durante el último año de servicio, tomando como base los factores salariales señalados en el artículo 53 de este Decreto.*
>
> *No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen excepción y que la ley determine expresamente.*
>
> ***PARÁGRAFO.** Para calcular e] tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para e] respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley."*

Sobre esas prerrogativas, palmario resulta que el señor AQUILINO USEDA FRANCO pretende la reliquidación pensional teniendo en cuenta los factores salariales durante el último año de servicios.

Para el efecto, como lo puntualizó la operadora de instancia en principio, en efecto el actor es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que, si bien con anterioridad a la entrada en vigencia de la normativa en comento había acreditado los 20 años de servicios que regula el Decreto 2701 de 1988, no ostentaba la edad pensional exigida en el mismo precepto legal, esto es, los 55 años, cumpliendo con este último requisito el 4 de mayo de 1999, en tanto, nació el mismo día y mes de la anualidad 1944 como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 7 – PDF 03 DEMANDA).

Asimismo, respecto del tiempo de servicios del demandante, la Resolución No. 00661 del 10 de junio de 1999 acredita que el señor AQUILINO USEDA FRANCO laboró al servicio de la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA por el periodo comprendido entre el 2 de septiembre 1966 y el 2 de mayo de 1995 un total de 28 años, 7 meses y 20 días, menos 60 días de licencia, coligiéndose así que el tiempo realmente laborado finalizó antes del 1º de abril de 1994.

A pesar de ello, contrario al análisis realizado por la *a-quo*, donde estudió la reliquidación pensional teniendo en cuenta el promedio de las asignaciones devengadas en el último año de servicios, conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de una pensión de jubilación bajo la égida del Decreto 2701 de 1988, las personas que sean beneficiarias del régimen de transición regulado en la Ley 100 de 1993 y que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, el monto de la primera mesada pensional se establece con base en el promedio devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, así lo trazó el órgano de cierre en varias decisiones, siendo una de ellas la SL15190-2017, Radicación No. 50868 del 20 de septiembre de 2017, en la que sostuvo:

> *"Como esta Sala de Casación Laboral ha tenido oportunidad de examinar y pronunciarse, en no pocos fallos proferidos antes y después de la data de la sentencia gravada, sobre lo que es el asunto materia de controversia en este proceso, estima pertinente para desatar el presente recurso, remitirse a lo que puntualizó sobre tal tema, en la sentencia de casación del 1º de marzo del año en curso, con radicación 49227, y en la que se estudió ampliamente, como aquí se discute, si quien es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de Ley 100 de 1993, le asiste el derecho a que el ingreso base de liquidación de su pensión de jubilación se tase con sujeción a lo que disponen los artículos 44 y 53 del Decreto 2701 de 1988. Al respecto se expresó:*
>
> ***"Dada la vía de ataque escogida por la censura, corresponde a la Corte establecer al margen de cualquier supuesto fáctico, si el Tribunal se equivocó al negar la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora con el promedio de lo devengado en el último año de servicio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 y***

53 del Decreto 2701 de 1988, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razonamiento que a juicio de la recurrente riñe con los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la ley.

Pues bien, como primera medida es de recordar, como regla general, que tanto los trabajadores del sector privado como los servidores públicos con vinculación contractual, legal o reglamentaria, son beneficiarios del régimen de transición, siempre y cuando cumplan los presupuestos señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En segundo lugar, cabe mencionar que esta Sala de la Corte se ha pronunciado en innumerables oportunidades, sobre el fenómeno jurídico de la transición pensional consagrado en el citado artículo 36, así como a la intelección que debe dársele a esta norma, insistiendo en que a los sujetos que ella cobija se les respetaron tres aspectos puntuales: a) la edad para acceder a la prestación, b) el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y c) el monto de la pensión, entendido este último como el porcentaje o tasa de reemplazo que se aplica a la base salarial, y que para este asunto corresponde al 75% conforme al artículo 44 del Decreto 2701 de 1988, que establecía el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional.

En ese sentido, dado que es el propio texto de la nueva ley de seguridad social el que exige tomar solamente los enunciados factores de la normatividad anterior, no hay violación alguna a los principios de favorabilidad y de inescindibilidad de la norma, como lo pregona la censura […]

"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado.

[…]

"En tercer lugar, la Sala se ha pronunciado en el sentido de que el llamado IBL de las pensiones reguladas por el régimen de transición, se rige por lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando al afiliado le faltaban 'menos' de 10 años para completar las exigencias del régimen pensional anterior al que aspira; pero cuando a la persona le faltaren 10 o más años, el referido IBL se sigue por el artículo 21 de la misma normativa. Por manera que, no es posible acudir a normatividades precedentes para determinarlo.

[…]

"Como quedó visto en sede de casación, para el caso de quienes les faltaba <menos> de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica a fin de establecer el IBL, las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la citada Ley 100. Empero, para quienes les faltare <más> de 10 años, el IBL será el previsto en el artículo 21 ibídem, norma que el censor también enunció en la proposición jurídica del cargo, esto es, el "promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión", o el promedio del ingreso base de cotización, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, si resulta superior al anterior, siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo".

"En ese orden, bajo ninguna hipótesis resulta viable la aplicación de los artículos 44 y 53 del Decreto 2701 de 1988, esto es, tomar para conformar el IBL de la pensión el promedio de lo devengado en el último año de servicio, como lo pretende la censura*. Por tal razón, debe someterse la liquidación de la prestación en este puntual aspecto, a las reglas introducidas por la nueva ley de seguridad social. En consecuencia, el Tribunal no incurrió en el error jurídico endilgado, al concluir que dentro de los beneficios del régimen de transición no estaba previsto lo referente al cálculo del ingreso base de liquidación.*

En cuarto lugar, respecto a la disposición legal con la que deben definirse los factores salariales para liquidar la pensión de jubilación, basta decir que debe ser la vigente para el momento de causación del derecho, en este caso, el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, que son los mismos para efectuar la liquidación de la pensión.

En tal sentido, clara es la Corte en poner de presente que para el tipo de pensión de jubilación del Decreto 2701 de 1988, no puede tenerse en cuenta el ingreso o cotizaciones devengadas durante el último año de servicios como lo dispuso la operadora de instancia, pues atendiendo el régimen de transición

del que fue beneficiario el señor AQUILINO USEDA FRANCO para el reconocimiento de la prestación en el año 1999, el mismo tan solo debía comprenderse en cuanto a edad, el tiempo de servicios o número de semanas y el monto de la pensión, entendido este último aspecto como el porcentaje o tasa de reemplazo que se aplica a la base salarial, pero sin que en ningún momento sea permitido aplicar el promedio de cotizaciones del último año de servicios, en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 introdujo la forma de aplicabilidad del cálculo de la pensión en cuanto a los ingresos de cotizaciones atañe, decisión que la Corte ha venido manejando de antaño en decisiones similares, tales como la SL14041-2017, Radicación No. 51981 del 6 de septiembre de 2017, SL4236-2017, Radicación No. 49227 del 1º de marzo de 2017, SL561-2013, Radicación No. 46226 del 14 de agosto de 2013, SL443-2013 y Radicación No. 51658 del 10 de julio de 2013.

Ahora, la *a-quo* sopesó su argumento de analizar la reliquidación perseguida con el promedio de cotizaciones del último año de servicios en los precisos términos del Decreto 2701 de 1998, por cuanto el demandante había acreditado los 20 años laborados con anterioridad al 1º de abril de 1994. Su argumento se cae de peso, toda vez que, como ya se hizo referencia, el actor para ostentar el derecho pensional fue beneficiario del régimen de transición ya que los 55 años de edad los acreditó en la anualidad 1999, encontrándose así inmerso dentro de las reglas analizadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y trazadas en precedencia.

Adicionalmente, en sentencia con radicación No. 32582 del 5 de mayo de 2009, la Corte hizo el mismo análisis interpretativo en un asunto donde el pensionado cumplió el tiempo de servicios requerido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, específicamente por el periodo comprendido entre el mes de febrero de 1969 y el mes de febrero de 1990, concluyéndose allí también la necesidad de que en atención del régimen transición dispuesto en su artículo 36, no resultaba procedente tomar el último año promedio de cotizaciones para el cálculo de la prestación bajo los términos del Decreto 2701 de 1988.

Es por ello, que, ante las consideraciones asentadas por este cuerpo Colegiado, la absolución de la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse, pero teniendo en cuenta las consideraciones hasta aquí expuestas.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, pero teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **32 2021 00535 01**
Demandante:	EDGAR MARIN SANCHEZ
Demandado:	FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente asunto en grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue totalmente adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDGAR MARIN SANCHEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a efectos que se declare que tiene derecho a que la encartada le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ (q.e.p.d.), a partir del 7 de diciembre de 2015, en su condición de compañero permanente supérstite.

Por consiguiente, pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 7 de diciembre de 2015, junto con las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, los reajustes anuales de ley, la indexación de las mesadas adeudadas y los intereses moratorios de que

trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus súplicas, comenzó por explicar que la demandada es sustituta legal de las obligaciones causadas a partir de la extinción de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

Seguidamente, expuso que la señora MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ falleció el día 6 de diciembre de 2015, y que para esa data ostentaba la calidad de pensionada de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, así como que se unió con la pensionada en unión marital de hecho, conformando así una verdadera familia constituida por lazos de fraternidad, amor y socorro mutuo, vínculo que permaneció vigente de forma permanente e ininterrumpida por doce años hasta la fecha del deceso de su pareja, interregno respecto del cual, a pesar de no haber procreado hijos, compartieron techo, lecho y mesa.

Relató que, desde la muerte de su compañera permanente, no ha hecho vida marital con ninguna otra persona, ni ha contraído nupcias, agregando que, al momento del fallecimiento de la causante no figuraba como beneficiario inscrito para la prestación de los servicios de salud por parte de la finada, dado que habían llegado a un acuerdo al respecto, al serle más beneficioso no gozar de dicha opción.

Expuso que la causante al momento del fallecimiento devengaba una mesada de $1.063.698 y que reúne los requisitos de ley para acceder a la prestación pensional que reclama, añadiendo que durante su convivencia con la pensionada establecieron una sociedad patrimonial mediante la cual se sostenían económicamente con los ingresos de cada uno, encontrándose desprotegido en la actualidad por la falta del ingreso que aportaba su compañera, lo cual que vulnera su subsistencia. Finalmente, dijo que reclamó la pensión a la entidad accionada, la cual la negó sin sustento alguno. (f. 1 a 12 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Como defensa argumentó que en sede administrativa no quedó demostrada que el accionante hubiera constituido unión de vida con la causante compartiendo techo, lecho y mesa, por lo que ante eventos en donde no existe plena claridad sobre la existencia de un beneficiario legítimo de la sustitución pensional, se debe acudir ante la justicia ordinaria, determinará la configuración del derecho.

Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe de la demandada y la genérica. (f. 14 a 19 archivo 05).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de diciembre de 2022 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó el Juez *a-quo* que en el caso de marras se había probado la condición de pensionada de la señora MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ, a la que se le había reconocido una pensión mediante Resolución No. 0537 de 14 de abril de 1977, modificada mediante Resolución No. 00773 de 10 de junio de 1980, a través de la cual le reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 31 de enero de 1979, además se acredito que la pensionada falleció el 6 de diciembre de 2015.

De esa forma, refirió que la norma que rige el presente asunto es la Ley 797 de 2003 en sus artículos 12 y 13. Precisando que uno de los presupuestos a verificar era la convivencia entre los compañeros permanentes por un lapso no inferior a cinco años con anterioridad al deceso de la pensionada.

En esa medida al constatar tal requisito, señaló que en la historia clínica de la causante aparecía como acompañante de ésta, la hermana menor sin que se

precise su nombre y en otro apartado de ese documento se consignó que la paciente tenía una red familiar escasa, sin que se hiciera alusión al actor, además obra en el expediente un poder suscrito por la hermana de la pensionada para tramitar el auxilio funerario.

En cuanto al interrogatorio de parte, sostuvo que el demandante dijo que conoció a la causante en 2003 y que la relación había iniciado hace 20 o 25 años y más adelante adujo que inició en 1983 o 1984, que vivieron en el barrio olímpica como diez o quince años, sin embargo, posteriormente mencionó que éste dijo que vivió los últimos diez o quince años en la calle 73 No. 26M-10, precisando que esa era la casa de los padres, que llevaba a la causante a las citas médicas, y que la finada tenía una hermana de nombre MARÍA NELLY que vivía en Estado Unidos, quien fue la que tramitó el sepelio, asimismo, mencionó que la pensionada laboraba en los Ferrocarriles vendiendo tiquetes, sin que supiera informar si cuando la conoció ésta ya se había pensionado, pues primero dijo que si y luego que no.

Sobre la declaración de FRANCISCO HENRY ANGULO refirió que ese testigo estaba escuchando el interrogatorio del actor, situación de la cual el fallador dejo constancia, motivo por el que no dio credibilidad a su versión. Sobre el testimonio de JORGE ENRIQUE CARRERO expuso que era compañero de trabajo del actor y además es cuñado del anterior testigo, acotando que éste señaló en varias ocasiones que el nombre del compañero de la *de cujus* era OSCAR y después mencionó que el apellido era GONZALEZ, enfatizando el *a quo* que, si bien una diligencia judicial puede generar nerviosismo, lo cierto era que si conocía al gestor hace mas de ocho años, debiendo por lo menos saber su nombre. Agregó que el testigo indicó que sabía que el actor vivía en el barrio olímpica, pero que no le constaba la convivencia de la pareja.

Respecto a la testigo LUCI MARIA VALENTIERRA dijo que la occisa le presentó al actor en 2010 y que veía que vivía con ella y que ella hacia los oficios en la casa de aquella y que allí prestó servicios ocho años, pero que no eran muchas las veces que lo veía en la casa porque ella trabajaba tres veces a la semana, que no puede decir cuánto tiempo convivieron y que no sabe cuándo falleció y que el gestor en algunas ocasiones la acompañó a citas médicas.

Puestas así las cosas, concluyó el Juez de instancia que los testigos no eran creíbles en su dicho, y que si en gracia de discusión le diera validez al de LUCI VALENTIERRA esta dice que conoció al demandante en 2010 y que trabajo hasta 2014, entonces no podría dar fe de la convivencia de los compañeros permanentes durante los últimos cinco años de vida de la causante, es decir, hasta 2015, por lo que no acreditarse tal presupuesto, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y lo condenó en costas al accionante.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue adversa a los intereses de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si al demandante le asiste el derecho en calidad de compañero permanente al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que reclama, con ocasión del fallecimiento de la señora MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ (q.e.p.d.).

c. De la calidad de pensionada de la causante:

Previo a la resolución del problema jurídico, advierte la Sala que no fue objeto de reproche que a la señora MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ (q.e.p.d.), le fue

reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA mediante Resolución No. 0537 del 12 de abril de 1977, efectiva a partir del día que se produjera el retiro, la cual fue modificada mediante Resolución No. 000773 de 10 de junio de 1980 en el sentido de disponer que el pago de la prestación seria a partir del 31 de enero de 1979, fecha en la cual se produjo el retiro definitivo de la empresa. (f. 13 a 14 archivo 01 y f. 41 a 43 archivo 05).

Igualmente, se probó que la señora MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ falleció el 6 de diciembre de 2015 como da cuenta el Registro Civil de Defunción (f. 15 archivo 01 y f. 45 archivo 06). Además, se pudo establecer que la entidad demandada negó la prestación pensional al compañera permanente demandante, mediante Resolución 1821 de 30 de julio de 2019. (f. 26 a 30 archivo 01).

d. De la pensión de sobrevivientes:

Así las cosas, se advierte que conforme lo adoctrinado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al acaecimiento de aquel hecho, que para el presente evento se constituye en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del
artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca".*

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de
los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;"

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera o compañero permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

"Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida".

En igual sentido, se tiene que, en reciente pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta

Corporación de cierre en sentencia SL-1730-2020, Radicación 77327 del 3 de junio de 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años resulta exigible en tratándose de pensionados:

> *"Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado".*

Finalmente, la Corte ha sostenido de manera reiterada que en el caso de la compañera o compañero permanente, la convivencia debe estar acreditada en los últimos cinco (5) años anteriores a la fecha del deceso del pensionado, así lo
ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción en reiteradas oportunidades, entre otras en la sentencia SL-362 del 2021, en la que explicó:

> *"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (…), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.*
>
> *"Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)."*

De cara a lo indicado, conforme la línea jurisprudencial vigente, el compañero permanente para poder acceder a la sustitución pensional, deberá acreditar de forma indiscutible una convivencia con la causante por un término que no puede ser inferior a los cinco (5) años y que debe perdurar hasta la data del deceso.

e. Del Caso en concreto:

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto, al descender al *sub-examine*, se observa que el demandante pretende acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ (q.e.p.d.), en calidad de compañero permanente, para lo cual resulta imperioso demostrar la convivencia efectiva de cinco (5) años hasta la data del deceso. Supuesto de facto que se procederá a verificar esta Colegiatura de cara al material probatorio recaudado.

Al respecto, yace en el plenario la declaración extraproceso rendida el 1º de noviembre de 2018 por el demandante EDGAR MARIN SANCHEZ, en las que indica que convivió con la pensionada bajo el mismo techo de manera permanente e ininterrumpida desde el 15 de julio de 2003 hasta el deceso de la última, es decir, hasta el 6 de diciembre de 2015, formando una comunidad de familia forjada en el amor y el respecto, unión en la que no procrearon hijos.

Igualmente, explica el declarante que la pensionada era quien sufragaba los gastos del hogar y que decidieron de común acuerdo que la esta no lo afiliara a los servicios de salud; aspectos que fueron reiterados en la declaración extraproceso que rindieron LUCY MARÍA VALENTIERRA Y JORGE ENRIQUE CARRERO. (f. 31 y 32 archivo 01).

De otro lado, se observa que en la Resolución No. 1821 de 30 de julio de 2019 mediante la cual se niega la prestación, se esgrimen como argumentos de esa decisión que en la historia clínica de la causante no figura el actor como acompañante en los procedimientos médicos de esta, ni fue informante el día de su deceso, además en la historia laboral de la pensionada no milita información que demuestre la convivencia de la pareja. (f. 26 a 30 archivo 01).

Por otra parte, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante, señor EDGAR MARIN SANCHEZ, quien manifestó que nació el 28 de mayo de 1958, es chofer independiente, que conoció a la causante en Calarcá hacia el año 2003 y que la relación inició hace unos veinticinco o veinte años, reiterando que la relación inicio hace muchos años. Posteriormente, adujo que la relación inició en 1984 y que la dirección donde convivió con la finada fue la carrera 38 A No. 13-59 barrio

olímpico en la ciudad de Cali. Al ser indagado por la dirección calle 73 No. 26 M-10 de Cali, dijo que esa era la dirección donde él reside hace unos diez o quince años y en la carrera 38 con 13 vivía MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ.

Más adelante refirió que la señora MARIA NYBIA se movilizaba sola en los últimos años; además que él la dejaba en el lugar de las citas médicas en Cali porque tenía que ir a trabajar y que ella tenía una hermana de nombre MARÍA NELLY, enfatizando que se llevaban bien con su pareja y que como tiene SISBEN nunca fue afiliado por esta, además, refirió que la causante falleció el 6 de diciembre de 2015, y que convivieron desde 2003.

Posteriormente, dijo que él vivía en la carrera 38 con la causante y después dijo que esta vivía en esa casa sola, y que la hermana estaba en los Estados Unidos, pero fue quien hizo los arreglos para el sepelio por que en esa ocasión estaba en el país, porque la difunta tenía un servicio exequial, y que no le conoció más familia. Reiterando que se conocieron en Quindío y allí acordaron que vivirían juntos, después manifestó que ella trabajó hasta 2013, y luego indicó que cuando la conoció ya estaba pensionada.

En cuanto testimonio de FRANCISCO HENRY ANGULO TENORIO, el Juez de instancia dejó constancia que se encontraba en el mismo lugar en que el demandante rindió el interrogatorio. El declarante indicó que conocía al demandante porque la señora NYBIA se lo presentó hacia 2003 o 2004, y que unos siete años antes la había conocido a ella porque vivían cerca; que ellos convivían en el barrio Olímpico en Cali como a unas diez cuadras en una casa pequeña de dos plantas; que ella era pensionada de Ferrocarriles y que se veían cada seis meses o cada año en el bus o en el lugar donde iban a mercar. Que conoce que la *de cujus* falleció el 6 de diciembre de 2016 por complicaciones de salud.

Que el actor acompañaba a la accionante al médico y que la pareja vivía en la carrera 38 y que el demandante permanecía viajando y que la casa de la calle 73 era de los padres del actor. Agregó que antes de que tuvieran la relación con el actor iba de seguido a la casa de finada y después fue unas cinco veces, y le consta que eran pareja.

El testigo JORGE ENRIQUE CARRERO expuso que conoce al actor hace ocho o diez años, porque son compañeros de trabajo porque son conductores y además es cuñado del anterior testigo. Dijo que no conoció a la señora MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ, pero creía que era la compañera de OSCAR, refiriéndose al actor. Que el demandante vivió un tiempo en el barrio Olímpico y que no compartió con la pareja, no obstante, le consta que eran pareja MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ y OSCAR GONZALEZ; y que no le consta que compartieran techo, lecho y mesa, pues solo fue a esa casa en tres ocasiones.

La testigo LUCY VALENTIERRA dijo que conoce al actor desde 2010 porque tenía una relación con la pensionada quien era su empleadora y que le consta que vivía en la casa de esta, precisando que a ella conoció a la pensionada unos tres años antes que al actor porque trabajaba tres días en la casa de ella; no tiene presente cuánto tiempo le prestó sus servicios, dando un aproximado de ocho años hasta 2014, y que cuando falleció MARIA NYBIA ella había viajado al charco Nariño, por lo que se enteró unos días después del deceso, añadiendo que en ocasiones la acompañaba al médico o a hacer mercado y el actor las acompañaba.

Refirió que no veía de seguido al demandante; que la pareja se trataba de manera cariñosa, aclarando que vivían en la casa de MARIA NYBIA en el barrio Olímpico. Posteriormente, dijo que no tenía claro cuánto tiempo convivieron los compañeros permanentes, acotando que si sabe que tuvieron una relación pero no sabe más y que en alguna ocasión vino la hermana de Estados Unidos, pero hace mucho tiempo.

Bajo ese escenario, se advierte que el gestor afirma en la demanda que convivió con la señora MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ por espacio de doce años hasta la fecha del deceso de la pensionada, esto es, hasta el 6 de diciembre de 2015; sin embargo, para la Sala son palmarias las inconsistencias entre las declaraciones de los testigos y el demandante en cuanto a la duración de la convivencia de los compañeros permanentes.

Pues nótese que el gestor dijo que convivía con la pensionada desde 2003, luego, adujo que la relación inició en 1984 y después que inició hace veinte o veinticinco años, lo que en efecto no concuerda con su propio dicho, es decir, que convivían desde 2003; tampoco tenía claro si para la época en que convivieron esta seguía laborando o ya estaba pensionada, tampoco dio mayores datos de cómo era la convivencia con su compañera, dado que en algún punto adujo que la causante vivía sola en su casa. Además, al ser indagado por la dirección calle 73 No. 26 M-10 de Cali, dijo que esa era la dirección donde él residía hace unos diez, o quince años y que en la carrera 38 con 13 vivía MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ, lo que permite inferir que por lo menos desde 2013 no residía en el mismo lugar de la pensionada.

En cuanto a la declaración de FRANCISCO HENRY ANGULO TENORIO, tampoco se puede extraer con total certeza lo concerniente a la convivencia del promotor con la finada, pues dijo que antes de conocer al actor la frecuentaba seguido pero después de 2003 o 2004 solo los visitó unas cinco veces, sin precisar fechas, aunado a que dijo que los veía cada seis meses o cada año, por ende, tampoco ofreció claridad sobre la convivencia de los compañeros permanentes en los últimos cinco años de vida de la pensionada.

De la declaración del testigo JORGE ENRIQUE CARRERO, menos aun se puede inferir nada sobre la vida en pareja de EDGAR y MARIA NYBIA, en tanto adujo que no conoció a la causante y como viene de verse, ni siquiera sabía como se llamaba el demandante, pues siempre habló de OSCAR GONZALEZ. Finalmente, si bien la testigo LUCY VALENTIERRA refirió que sabía que el actor y la *de cujus* convivieron, lo cierto es, que dijo que narró que lo conoció en 2010 y ella dejó de trabajar en la casa de la pensionada en 2014, por lo que tampoco se tiene certeza sobre que paso con la convivencia de la pareja en 2015, es decir, en el ultimo año de vida de la finada, sin que se pueda pasar por alto que solo visitaba la casa tres veces a la semana y que no siempre vio al demandante en ese lugar.

Adicionalmente, al examinar el expediente no se encuentra otra prueba que permita inferir con total certeza que en efecto el demandante convivió con la señora MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ entre el 6 de diciembre de 2010 y el

6 de diciembre de 2015, pues como ya se expuso los trámites funerarios los autorizó la hermana de la causante, señora DANIELLE GUEVARA según poder conferido para el efecto el 28 de diciembre de 2015; tampoco tenía afiliado al gestor a los servicios de salud como este mismo lo aceptó, aunado a que en comunicación de 19 de junio de 2019 que dirigiera la médico especialista ISABEL CRISTINA GALLO a LUZ ELENA GUTIERREZ - coordinador GIT-GSS, informa que en la historia clínica de la pensionada no obra el nombre del actor, además se indica que solo en una ocasión la acompañó la hermana al servicio médico y que contaba con una red familiar escasa. (f. 51, 79 y 84 a 85 archivo 05)

Como corolario de lo anterior, si bien el accionante pudo ostentar la calidad de compañero permanente de la causante en algún tiempo, no se acreditó que la convivencia perdurara durante los últimos cinco (5) años anteriores al deceso de la señora MARIA NYBIA GUEVARA FLOREZ, exigencia que debía comprobar el actor en la condición de compañero permanente que alegaba, tal como lo concluyó el *a quo*.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, esta Colegiatura confirmará la sentencia de primer grado, por las razones aquí expuestas. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **32 2020 00187 01**
Demandante:	TREISI KATUISKA BARROS URIANA Y OTROS
Demandado:	MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. Y OTROS
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 18 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora TREISI KATIUSKA BARROS URIANA, actuando por conducto de mandataria judicial, a nombre propio y en nombre y representación de sus hijos SEBASTIÁN CAMILO VARGAS BARROS y SANTIAGO ANDRÉS VARGAS BARROS,

en calidad de cónyuge supérstite e hijos menores del señor JORGE FERNANDO VARGAS LÓPEZ (q.e.p.d); así como los señores JORGE VARGAS GONZÁLEZ y ADELINA LÓPEZ MORENO, en calidad de padres y LAURA VARGAS LÓPEZ, en calidad de hermana, presentaron demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., y de manera solidaria contra CHEVRON PETROLEUM COMPANY, a efectos que se declare que entre el causante y la primera empresa citada, existieron varios contratos de trabajo desde el 17 de abril del 2013 hasta el 8 de noviembre de 2016 y desde el día 10 de noviembre de 2016 hasta el día 12 de abril de 2017; de igual manera, se declare la responsabilidad por culpa patronal en la ocurrencia del accidente laboral en el que perdió la vida el señor JORGE FERNANDO VARGAS LÓPEZ (q.e.p.d.)

En consecuencia, se condene a las accionadas al pago de los perjuicios materiales correspondientes a lucro cesante, los perjuicios morales y la correspondiente indexación y/o intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicaron que entre el señor JORGE VARGAS LÓPEZ (q.e.p.d.) y la sociedad MASSY ENERGY S.A.S., existieron diversas vinculaciones laborales en los interregnos comprendidos entre el 17 de abril del 2013 y el 8 de noviembre de 2016 y entre el 10 de noviembre de 2016 y la fecha del deceso acaecida el 12 de abril de 2017.

Que el deceso ocurrió uno de los sitios de trabajo asignados, específicamente en la plataforma de extracción de gas CHUCHUPA A tipo Offshore (Costa Afuera), ubicada cerca al municipio de Riohacha – Departamento de La Guajira, operada por la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY, fecha en la cual se encontraba en desarrollo de las funciones.

Señalan que el causante el día del deceso, realizó una de las labores asignadas, atinente a retirar una pieza que luego debía ser trasladada a la otra plataforma denominada Chuchupa B, y de acuerdo a lo referido por el señor JOSÉ DE LOS SANTOS PETERSON, los mecánicos y electricistas bajaron en la canasta con el personal de la grúa hasta la motonave, e ingresaron a la sala de pasajeros de la motonave, momento en el cual se percatan que el causante se encuentra en estado de inconsciencia por lo que proceden a hacerle masajes en el pecho, activando el capitán l equipo de reacción en sitio.

Que al encontrarse en estado crítico de salud, en tanto convulsionó y tuvo relajación de esfínteres y vómito, deciden llevarlo al complejo Ballenas, previo aviso a las personas del centro de control y los líderes involucrados en realizar las labores de emergencia, determinando su traslado a dicho lugar por razones de cercanía, además porque allí se encontraba la ambulancia y el médico para una mejor atención; aunado a ello mientras se desplazaban a Ballenas, realizaron masajes cardiopulmonares y respiración boca a boca.

Relatan que los hechos tuvieron inicio en la motonave a las 9:20 a.m. y se tardaron en llegar al complejo Ballenas aproximadamente entre 20 y 25

minutos y aproximadamente a las 9:45 a.m. se decide continuar con el traslado A UN MAYOR NIVEL DE ATENCIÓN, a la ciudad de Riohacha, tardando aproximadamente 60 minutos; que el deceso a través del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se determinó a consecuencia de un infarto agudo de miocardio, vaso espasmo coronario, edema agudo de pulmón, necrosis tubular aguda e hígado de choque, por lo cual la Fiscalía General de la Nación decide archivar la investigación penal.

Que la muerte del señor JORGE FERNANDO VARGAS LÓPEZ, se produjo por falta de asistencia médica, puesto que no contó con la ayuda inmediata, siendo la atención inoportuna, en tanto solo 25 minutos después de ocurrido el accidente se tuvo el primer contacto con un profesional médico, aunado a ello que el personal no contaba con los equipos propios para atender una emergencia de la magnitud descrita, puesto que tuvieron que trasladarlo hasta la ciudad de Riohacha, que queda a aproximadamente a 60 minutos de distancia.

Refieren que la atención de emergencia, requiere de una reacción inmediata, coordinada de los trabajadores, brigadas de emergencias, primeros auxilios y en algunos casos de otros grupos de apoyo dependiendo de su magnitud, la cual brilló por su ausencia, máxime que el infarto del miocardio requiere una atención oportuna y adecuada, lo cual implica que debe ser atendido por personal y con equipos idóneos para este tipo de emergencias, como el uso de un desfibrilador.

Finalmente, que dentro de la historia clínica se dejó constancia que venía presentando afectaciones de tipo cardiaco que no fueron atendidas por el empleador mediante la reubicación de su lugar de trabajo o de sus funciones; y se evidencia el estrés laboral al que era sometido, si se tiene en cuenta que, para la época de los hechos lo habían ascendido de cargo e incrementado el salario, y días después, le notificaron que no le renovarían el contrato.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. dentro del término legalmente concedido contestó la demanda, señalando que el señor JORGE VARGAS LÓPEZ se vinculó inicialmente a través de un contrato de trabajo a término fijo del 17 de abril de 2013 hasta el 8 de noviembre de 2016; y posteriormente mediante contrato de trabajo a término fijo entre el 10 de noviembre de 2016 y el 12 de abril de 2017. De igual manera que para la data del deceso desempeñaba funciones de Técnico Eléctrico I.

Refiere que cumplió con todas sus obligaciones que le asistían como empleador derivadas del Sistema de Riesgos Laborales y en materia de Seguridad y Salud el Trabajo, sin que el deceso se haya ocasionado por culpa patronal; y que al núcleo familiar del causante se le entregó un auxilio económico familiar, a título de donación por la suma de $3.000.000.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de ausencia de causa e inexistencia de la obligación - improcedencia de la indemnización plena de

perjuicios solicitada, inexistencia de culpa patronal – incumplimiento de la carga de la prueba, buena fe, pago, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, prescripción y compensación.

Por su parte CHEVRON PETROLEUM COMPANY, contestó la demanda señalando que no suscribió contrato de trabajo con el causante, ni le prestó sus servicios personales; de otra parte, la empleadora tiene como objeto social el servicio de mantenimiento y soporte para la operación de producción de gas natural, lo cual no hace parte del objeto social de la demanda en calidad de solidaria.

De otra parte, en el accidente ocurrido al causante, CHEVRON PETROLEUM COMPANY, no tuvo culpa, ni hubo conducta alguna negligente de la misma, más aún cuando la Clasificación Internacional de las Enfermedades, ICD -10 Muerte, código R98 corresponde a "MUERTE SIN ASISTENCIA O ATENCIÓN", concepto diferente al de falta de asistencia inmediata que trae la legislación laboral nacional, así como al criterio de reacción inmediata.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones, inexistencia de la solidaridad, inexistencia de la culpa, cobro de lo no debido, y las demás que se demuestren dentro del proceso.

De igual manera, verificó llamamiento en garantía respecto de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., toda vez que en el marco del contrato que suscribiera con la sociedad MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., se constituyó la

póliza NB. 100008627, expedida por esa aseguradora, para efectos de amparar la responsabilidad civil extracontractual por daños a terceros.

La llamada en garantía no contestó la demanda en el término legalmente conferido para ello.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de enero de 2023, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la culpa e improcedencia la indemnización plena de perjuicios solicitada, y en consecuencia absolvió a las demandadas y a la llamada en garantía de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para tal efecto, adujo que en este evento no acaeció un accidente de trabajo, en tanto el deceso tuvo como origen un infarto agudo de miocardio, aunado a que el causante presentaba antecedentes relacionados con enfermedad coronaria, la cual incluso había sido catalogada como benigna y solo se demostró que la empleadora conocía de una obesidad tipo II.

De tal manera, que el deceso acaeció por una condición propia de la salud del causante, es decir una enfermedad de origen común y, por ende, el solo hecho de encontrarse en el lugar de trabajo, no es suficiente para calificar el suceso como un accidente de trabajo.

De igual manera, que se aportó un dictamen pericial que da cuenta que la empresa contaba con los elementos de seguridad y salud en el trabajo y se adelantó la atención del evento de conformidad con los manuales establecidos, sin que se advierta que haya sido exigible que se cuente con un médico en la motonave ni que la misma contara con desfibrilador.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Al no haberse formulado recurso de alzada por activa, se debe proceder a desatar el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el artículo 69 C.T.P y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si el deceso del señor JORGE FERNANDO VARGAS LÓPEZ (q.e.p.d.), por un hecho imputable a la culpa de la

empleadora; en caso afirmativo establecer la inmunización de perjuicios deprecada, así como la solidaridad y la responsabilidad del llamado en garantía.

4.3 Indemnización Plena de Perjuicios:

De conformidad con el artículo 216 del C. S. del T., "*Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios*", por lo tanto, le corresponde al accionante demostrar el advenimiento de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo, así como el daño proveniente del mismo, la culpa del empleador en su ocurrencia y el nexo de causalidad.

Ahora bien, es preciso acotar que el máximo órgano de cierre sobre este punto, en sentencia del 6 de mayo de 2015, SL16792-2015, radicado 45750, precisó:

> *"La Sala comienza por precisar que en materia de riesgos profesionales -hoy riesgos laborales-, surgen dos clases de responsabilidad: (i) una objetiva -por el riesgo creado- que obliga a las administradoras de riesgos laborales «ARL» a reconocer al trabajador o a sus beneficiarios las prestaciones asistenciales y económicas que contempla el Sistema, que se generan a partir de la ocurrencia del siniestro y para cuya causación resulta indiferente la conducta del empleador y, (ii) otra subjetiva derivada de la «culpa suficientemente comprobada del empleador», por la que se le impone la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados a consecuencia de los riesgos profesionales que sufra su trabajador, que es la consagrada en el art. 216 del C.S.T…*
>
> *"[…] la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] esta sí derivada de la "culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad*

profesional", que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia…"

"…En ese contexto, se equivoca la censura al sugerir que la indemnización plena de perjuicios consagrada en el art. 216 del C.S.T., emana de la responsabilidad objetiva -riesgo creado-, en tanto como se ha explicado, es la culpa suficientemente comprobada del empleador, en la ocurrencia del riesgo laboral, la que origina la responsabilidad subjetiva de aquel […]"

De igual manera, esa Corporación en sentencia del 30 de junio de 2005, Rad: 22.656. ha referido:

"Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador.

"Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho, en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a este compete 'probar el supuesto de hecho' de la 'culpa', causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' en la administración de sus negocios.

"De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador.

"La abstención en el cumplimiento de la 'diligencia y cuidado' debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

"No puede olvidarse, además, que 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo', tal y como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil ".

Una vez determinado lo anterior se tiene que la culpa patronal aducida por la parte demandante, se extrae del supuesto fáctico, de una presunta falta de asistencia médica, al no contar con socorro y ayuda inmediata, siendo la atención prestada inoportuna, ante el tiempo de respuesta y por no contar con elementos adecuados ante la emergencia presentada, específicamente un desfibrilador. Así mismo, se hizo referencia a estrés laboral, por cuanto la empresa ascendió de empleo al causante e incrementado el salario, y días después, le notificaron que no le renovarían el contrato.

Determinado lo anterior, debe acotarse que el primer elemento configurativo de la indemnización plena de perjurios que debe estar penamente acreditada por el demandante, es que haya padecido una enfermedad profesional o un accidente de trabajo.

Al respecto, estima la Sala que el dictamen médico pericial rendido por el médico especialista en medicina interna, JOAN ELOY GUEVARA MORENO, logra formar el convencimiento respecto de la causa del deceso del causante, la cual determina como *"Infarto Agudo de Miocardio"*, así mismo, concluye que el trabajador presentaba factores de riesgo cardiovascular, como *"obesidad tipo II que predispone a padecer enfermedades cardiacas como infarto, además de otras patologías del mismo como arritmias cardiacas".*

Se aporta además con la demanda, el informe del señor Yay Antonio Jiménez Fuentes, Profesional Universitario Forense, adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, atinente a la ampliación y/o complemento de la necropsia, concluyendo que presentó un diagnóstico de *"muerte súbita*" y hallazgos de *"Edema Agudo Pulmonar", "Edema cerebral"* y *"Congestión visceral generalizado*".

Ahora, ni del dictamen médico pericial, el cual se fundamentó en la historia clínica, ni de las restantes pruebas recabadas en el plenario, se establece en manera alguna que la patología que conllevó al deceso haya tenido relación alguna con el trabajo desempeñado, lo cual descarta que se trate de un evento de enfermedad profesional. En efecto, el dictamen pericial da claridad de la existencia de antecedentes de una patología de origen común, así como de factores de riesgo como la obesidad tipo II. En efecto, tal medio de convicción señala:

> *"Se trata de un paciente de 30 años se encontraba laborando en una plataforma en el mar, en julio de 2014 a la edad de 27años, inició consultas por dolor torácico intermitente sugestivo de anginas, asociados a alteraciones en el ritmo cardiaco. Desde la atención primaria se deriva para evaluación especializada por medicina interna, cardiología y electrofisiología este último medico cardiólogo experto en trastornos del ritmo del corazón. Durante*

evaluaciones se detectó Obesidad tipo II, además de episodios de bloqueo aurículo ventricular de segundo grado tipo Mobitz I o tipo Wenckebach además de extrasístoles ventriculares y taquicardia sinusal en estudio de electrocardiografía Holter. Presentó también reporte de ecocardiograma transtorácico en reposo normal. Durante última consulta con electrofisiología se indicó realizar estudios de función tiroidea, además de prueba de esfuerzo, estas últimas enfocadas en la búsqueda de las causas de su arritmia y posible cardiopatía isquémica subyacente. Posterior a la última consulta con especialista no se adicionan resultados de dichas pruebas solicitadas, se desconoce si el paciente realizo dichos análisis.

De tal manera, que no se advierte que el deceso haya obedecido a una enfermedad profesional, más aún cuando ningún medio de convicción establece una relación entre el infarto agudo de miocardio y el estrés laboral que se relata en la demanda, el cual tampoco fue acreditado.

En lo atinente a un accidente de trabajo, derivado de la falta de atención médica oportuna, así como por no contar con desfibrilador, debe referirse que tampoco existe medio de convicción alguno, que establezca que la causa de la muerte haya obedecido a la falta de atención de emergencias o por la falta de equipos médicos, es decir, que la causa eficiente de la muerte se deba a una negligencia, lo cual incluso conllevó a que se haya archivado la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación.

No debe soslayarse que el dictamen médico pericial, establece las maniobras que deben realizarse ante una emergencia como la acontecida con el trabajador, acotando sobre el particular:

"En el caso del paciente Jorge Fernando Vargas López se esperaba que:

1. Una vez se presentó el evento de parada cardiaca el personal acompañante debió hacer reconocimiento rápido del evento.
2. Proceder a la activación del sistema de respuesta de emergencias médicas (Llamar al número de emergencias médicas protocolizado en la empresa)
3. Iniciar maniobras de reanimación cardiopulmonar de forma inmediata. Dando prioridad a compresiones torácicas y guardando una relación de 30 compresiones torácicas y 2 respiraciones en pacientes sin dispositivo avanzado de vía aérea.
4. Uso de desfibrilador externo automático, también conocido como DEA. En caso de ser obligatorio y estar disponible para el lugar donde se encontraba.
5. Transporte por los servicios de emergencias médicas hacia un centro de atención que brinde soporte vital avanzado y cuidados pos paro con profesionales de salud, el más próximo al lugar del evento".

Así las cosas, se advierte de los medios probatorios, que el evento fue percatado por sus compañeros de trabajo, quienes relataron el haber activado el sistema de emergencias, comunicándose con el personal pertinente, e incluso procediendo a brindar primeros auxilios, para posteriormente trasladarlo al centro de atención médica.

De otra parte, la prueba pericial rendida por la señora, IVETTE ADRIANA LÓPEZ PUERTO, Profesional de la Salud y Especialista en seguridad y salud en el trabajo, concluye:

"5.3.2 Consideraciones

"El dictamen se refiere a la falta de un plan de emergencias, no obstante, el mismo sí existe. (Anexo 11)

"Sobre el particular, se precisa que el plan de evacuaciones médicas de emergencias, relacionado en la página 30 del Plan de emergencias, relaciona expresamente como se deben atender emergencias como la presentada en el caso estudiado.

> *"Ahora bien, leyendo el plan de evacuaciones mencionado en la página 30 y los testimonios escritos de cómo fue atendida esta emergencia se puede constatar que el proceso antes citado fue seguido a conformidad. En este sentido la emergencia fue atendida de acuerdo con los criterios previamente establecidos para su criticidad.*
>
> *"En el Informe Técnico análisis en SST se menciona que no existió idoneidad de las personas que atendieron el evento en la plataforma. Sin embargo, esto no es así toda vez que el señor que atendió el evento fue el señor Yorkis Yel Cujia Radillo, cuenta con entrenamiento en primeros auxilios – uso desfibrilador y primeros auxilios.*

Además, en concordancia con el plan de manejo que refiere el perito médico, no fue objeto de discusión que se dispuso el traslado del paciente a un centro de salud que brinde soporte vital avanzado, sin que se advierta que los tiempos de traslado hayan sido afectados por negligencia de la empleadora.

En igual sentido, la Ley 1831 de 2017, regula la obligatoriedad, la dotación, disposición y acceso a los Desfibriladores Externos Automáticos (DEA), en los transportes de asistencia básica y medicalizada, así como en los espacios con alta afluencia de público, sin que incluya en tal clasificación el lugar en que se produjo el infarto agudo de miocardio. En efecto, el artículo 3º de la citada ley consagra:

> *ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley estará destinada a garantizar el acceso a Desfibriladores Externos Automáticos (DEA), en ambientes extrahospitalarios, transportes asistenciales y espacios con alta afluencia de público, tales como los siguientes:*
> *a) Transportes asistenciales básicos, públicos y privados, de orden terrestre, fluvial, marítimo y aéreo;*
> *b) Terminales de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo nacional e internacional;*

c) Escenarios deportivos, tanto públicos como privados, tales como estadios, coliseos, polideportivos, canchas sintéticas, gimnasios, clubes deportivos, acuáticos y parques naturales, de diversiones o recreacionales, ciclovías y centros de alto rendimiento o entrenamiento;
d) Entidades públicas tales como gobernaciones, asambleas departamentales, concejos, ministerios, departamentos administrativos, guarniciones militares y policiales, y centros de atención al público tanto nacionales como departamentales y distritales;
e) Cárceles y centros penitenciarios o de detención de orden nacional, municipal o distrital;
f) La Presidencia de la República, el Congreso de la República, Palacio de Justicia (Altas Cortes), Ministerio Público, Fiscalía General de la Nación, y complejos judiciales tales como tribunales y juzgados;
g) Los sistemas de transporte masivo metropolitano;
h) Escenarios culturales y recreacionales tanto públicos, privados o de naturaleza mixta, tales como museos, bibliotecas, ferias, centros de exposición, teatros, complejos turísticos y hoteleros;
i) Centros de rehabilitación, salud mental o reclusión temporal;
j) Universidades públicas y privadas;
k) Colegios públicos, privados o en concesión;
l) Centros comerciales;
m) Inmuebles de uso mixto, tales como centros empresariales y de unidades residenciales y comerciales de más de 100 unidades.
n) Comandos de la Policía Nacional de Colombia y en los Centros de Atención Inmediata (CAI).
o) Resguardos Indígenas.

De tal manera, que estima la Sala le asistió razón al *a-quo* al no acceder a las pretensiones de la demanda, en tanto no se acreditó que el deceso del causante se haya ocasionado debido una enfermedad profesional o accidente de trabajo, acaecido por un hecho culposo imputable a la empleadora, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **40 2021 00386 01**
Demandante:	SONIA MARILÚ CALDERÓN RUÍZ
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada CAMILA SOLER SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.290.875 y T.P. 252.159 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá en la sentencia proferida el 23 de junio de 2023 fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SONIA MARILÚ CALDERÓN RUÍZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del

traslado que realizara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consiente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le acarrearía, lo que conllevó a que dicho traslado no se efectuara de forma libre y voluntaria.

Asimismo, se declare que PORVENIR S.A. no le informó sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo.

A razón de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. trasladar todos sus aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES por cuanto la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida queda vigente, así como que remita el detalle de sus aportes.

Igualmente, se le ordene a COLPENSIONES aceptarlo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir todos los aportes provenientes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 22 de julio de 1992, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de octubre de 1994 a través de PORVENIR S.A.

Que al momento del traslado PORVENIR S.A. no le brindó la información adecuada y completa acerca del régimen privado como los posibles riesgos, características, condiciones, acceso, servicios y diferencias de cada régimen pensional, así como las ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que la afiliación de la demandante ante sus dependencias se llevó a cabo de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses.

Que no obstante, fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES refirió una oposición a las pretensiones formuladas, indicando para lo pertinente que la información suministrada a la demandante por parte de PORVENIR S.A. se presume válida, máxime cuando se aceptó la suscripción del formulario de afiliación y dicho procedimiento se llevó a cabo con todos los requisitos que exige la ley, por tanto, goza de validez a la luz jurídica.

Formuló los medios exceptivos de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad y la innominada.

La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN intervino dentro del asunto de marras, manifestando que asuntos como los que se ventilan en el proceso de referencia, responden a la necesidad de que el afiliado como extremo de la relación con las administradoras del Sistema Integrado de la Seguridad Social, tenga su derecho natural a ejercer de manera libre una elección que se ajuste a sus preferencias e intereses, lo que además implica la manifestación de un consentimiento libre, voluntario pero sobre todo informado, y justamente este

consentimiento informado, figura traída desde el Derecho Médico Sanitario, es el punto central o piedra angular del presente litigio, toda vez que desde el momento mismo de la afiliación, inicia un acto jurídico en el cual debe primar la autonomía de la voluntad, la cual se ve materializada en el ejercicio de la libre escogencia y la libertad de traslado como consecuencia de ésta libre escogencia.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de junio de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante Sonia Marilú Calderón Ruíz, identificada con la C.C. 37.000.782, en el año 1994 del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que la demandante Sonia Marilú Calderón Ruíz ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, conforme a lo expuesto.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual la demandante Sonia Marilú Calderón Ruíz, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones y*

Cesantías Porvenir SA, traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

***SEXTO: CONDENAR** en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En su liquidación, inclúyase la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante; se absuelve de costas a Colpensiones.*

***SÉPTIMO:** en caso tal de que la presente decisión no sea apelada, remítase en el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá en lo desfavorable a Colpensiones."*

Para arribar a dicha conclusión, indicó el fallador de instancia que conforme lo ha venido exponiendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, es obligación de los fondos de pensiones suministrar la debida información a sus potenciales afiliados desde el momento en que se efectúa un traslado o cabio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, en el entendido que permita un traslado libre y voluntario, en tanto, tal actuar puede trazar el futuro pensional del afiliado, y de no darse tales presupuestos se configura la ineficacia del traslado a la luz de lo estatuido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, concluyó que la AFP aquí demandada no demostró el deber de información y buen consejo para con la demandante, carga probatoria que por demás se encuentra reglado en el artículo 167 del C.G.P., máxime si se tiene en cuenta que la demandante no confesó haber recibido información pormenorizada sobre las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, pues el simple formulario de afiliación no logra probar la debida información.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Se itera que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, como quiera que la decisión de primera instancia fue adversa a sus intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso,

el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente

a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

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

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de*

pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 21 de julio de 1994 (Fl. 26 – PDF 14 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala*

ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, la aquí demandante señora SONIA MARILÚ en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1994 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, de lo que se auscultó es que no se le advirtieron características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como los aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc., de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

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

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

correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

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

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

pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de adicionarse de manera parcial.

SIN COSTAS en esta por cuanto el asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales cuarto y quinto de la sentencia proferida el 23 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado