

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-010-2020-00096-01
DEMANDANTE:	GILBERTO CONEO LAVERDE
DEMANDADO:	UGPP
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 1º de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión Convencional ISS
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia del 1º de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **GILBERTO CONEO LAVERDE** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – UGPP**, con radicado No. **11001-31-05-010-2020-00096-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que tiene derecho a la pensión de jubilación convencional, a partir del 1º de abril de 2015, bajo los parámetros del artículo 98 de la CCT suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, el 31 de octubre de 2001; como consecuencia de ello, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de dicha prestación, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que laboró para el ISS durante 22 años, 9 meses y 4 días hasta el 31 de marzo de 2015; que nació el 21 de febrero de 1953, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes de 2008; que se encuentra afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de la seguridad Social; que cumplió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 de la CCT suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social antes de la restricción establecida por el A.L 01 de 2005, por lo que solicitó su reconocimiento a la UGPP, pero la entidad resolvió negativamente la petición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La UGPP se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, sostuvo que el demandante no acreditó los requisitos establecidos en dicha convención durante la vigencia de dicho instrumento, que lo fue hasta el 31 de octubre de 2004, pues cumplió la edad requerida en el año 2008 y si se acoge la postura de que la convención colectiva estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2010, igualmente que el demandante a dicha data no alcanza los 20 años de servicios mínimos requeridos.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe de la UGPP, declaratoria de otras excepciones.

¹ Fs. 26-34 Archivo 01 Expediente Digital

² Fs. 2-10 Archivo 07 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 1º de septiembre de 2022, condenó a la UGPP a reconocer en favor del demandante la pensión de jubilación consagrada en el artículo 98 de la Convención Colectiva celebrada entre SINTRASEGURIDADSOCIAL y el ISS de 2001-2004, a partir del 1 de abril de 2015, en cuantía inicial de \$1.549.521; condenó al pago de \$151.945.970 por concepto del retroactivo pensional que debía ser indexado a la fecha de su pago; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 20 de mayo de 2016 y parcialmente probada la de inexistencia del derecho y de la obligación frente a los intereses moratorios del artículo 141 Ley 100 de 1993, por lo que absolvió de este último concepto y, condenó en costas a la pasiva.

Como fundamento de su decisión, manifestó la A quo en síntesis, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, teniendo en cuenta que las partes que suscribieron la CCT decidieron darle al artículo 98 convencional una vigencia hasta el año 2017, esta se debe respetar a pesar de la entrada en vigor del A.L 01 de 2005, como quiera que esa norma expresamente señala que se debe respetar la vigencia del acuerdo convencional inicialmente pactado, por lo que, estando acreditado que el actor laboró para el ISS de forma discontinúa como trabajador oficial del 19 de abril de 1984 al 31 de marzo de 2015, un total de 23,73 años, que alcanzó los 55 años de edad, el 21 de febrero de 2008 y que se encontraba afiliado a Sintraseguridad Social, este cumplió los requisitos del artículo 98 de la CCT antes de que perdiera vigencia y, por tanto, era aplicable el numeral 2º de esa norma convencional, por lo que tenía derecho a la pensión de jubilación a partir del 1º de abril 2015, la cual debía liquidar con el 100% del promedio salarial devengado en los últimos tres años conforme los factores salariales indicados en la norma, sobre 13 mesadas al año. Agregó, que las mesadas causadas con anterioridad al 20 de mayo de 2016 se encontraban prescritas, debido que la pensión se causó el 1º de abril de 2015, pero la reclamación se presentó el 20 de mayo de 2019. Finalmente, indicó que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 era improcedentes debido que la pensión tenía un origen

convencional y no legal; no obstante, el retroactivo debía ser cancelado debidamente indexado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación frente al monto de la mesada pensional, con fundamento en que de acuerdo con las operaciones que realizó, la mesada pensional al 1º de abril de 2015, asciende a la suma de \$1.874.384, tomando como factores salariales la asignación básica, el incremento por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, auxilio de alimentación y auxilio de transporte.

La parte demandada también apeló el fallo y, como sustentó del recurso, argumentó que se debe revocar la pensión reconocida en aplicación de la ley como fuente formal del derecho, por lo que se debe tener en cuenta lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, que determina que no podrán establecerse en convenciones colectivas condiciones pensionales más favorables que las establecidas en la ley y que esas condiciones más favorables perderían vigencia el 31 de julio de 2010, de ahí que a partir de esa fecha no se pueden reconocer pensiones convencionales. Agregó, que, de confirmarse el reconocimiento de la pensión, se debe revisar la liquidación de la misma teniendo en cuenta que solo se pueden incluir los factores sobre los cuales se realizó la cotización al sistema. Finalmente, solicitó que se revise el monto de las agencias en derecho, debido a que lo considera demasiado elevado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, si el demandante tiene o no derecho a la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 de la CCT 2001-2004 suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social; segundo, en caso de ser procedente, verificar si la liquidación de la pensión realizada por la primera instancia es correcta y; tercero, si se ordenar al Juez que disminuya el valor de las agencias en derecho..

CONSIDERACIONES

Inicialmente hay que destacar que no es objeto de controversia dentro del proceso: **1.** Que el señor GILBERTO CONEO LAVERDE nació el 21 de febrero de 1953 (f. 6 Archivo 01ED); **2.** Que el demandante laboró de forma discontinúa en el ISS desde el 19 de abril de 1982 hasta el 31 de marzo de 2015, conforme certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social (fs. 18-21 ED); **3.** Que el accionante estuvo afiliado a SINTRA SEGURIDAD SOCIAL (f. 15 ED); **4.** Que el 20 de mayo de 2019, el promotor de la acción reclamó ante la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión convencional como trabajador oficial del ISS, pero la entidad resolvió negativamente la solicitud mediante Resolución RDP 026005 del 30 de agosto de 2019 (fs. 11-13 Archivo 01 ED).

Para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, debe indicarse que en virtud de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se limitó la posibilidad que se pactaran condiciones pensionales más favorables a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones, esto, con posterioridad al 31 de julio de 2010.

La Corte Constitucional, a través de la sentencia SU 555 de 2014, expuso que la regla general de la reforma al artículo 48 de la Constitución Política realizada por el referido Acto Legislativo, es que a partir de la entrada en vigor de este, que lo fue el 29 de julio de 2005, no podían existir regímenes especiales y exceptuados; no obstante, de conformidad con el párrafo transitorio 3 de dicha adenda constitucional, ello no implicaba el desconocimiento de los derechos adquiridos y expectativas legítimas, manteniendo la vigencia de los pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados por “*el término inicialmente estipulado*”.

Específicamente se explicó que: “*3.4.4. Del análisis de los mandatos constitucionales descritos, es posible concluir que después del 31 de julio de 2010 ya no podrán aplicarse ni disponerse reglas pensionales en los pactos y convenciones colectivas, salvo que los existentes antes de la entrada vigencia del Acto Legislativo estipularán como término inicial, una fecha posterior*”.

En sentido análogo se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL12498-2017, en la que se rememoró las sentencia SL31000 del 31 de enero de 2007, reiterada en la sentencia SL30077 del 23 de enero de 2009, SL39797 del 24 de abril de 2012, SL1409 de 2015 y SL4963 de 2016, disponiendo las siguientes reglas:

- a) “*término inicialmente estipulado*”, señalando que el mismo hace alusión al que las partes hubieren pactado, y que debe respetarse aun cuando estuviere en curso al momento de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, e incluso si se extiende más allá del 31 de julio de 2010, plazo máximo fijado por la ley.
- b) Si a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, una convención colectiva estuviere vigente en virtud de la prórroga automática dispuesta en el artículo 478 del CST, la misma mantendría su vigencia hasta el 31 de julio de 2010, en virtud del párrafo 3 transitorio ibídem, que fijó esta calenda como límite a la pervivencia de los beneficios pensionales extralegales.
- c) En el caso que una convención este surtiendo efectos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo ya citado, en virtud de la denuncia de la

misma y la iniciación posterior del conflicto que no ha tenido solución, conforme lo dispuesto en el artículo 479 del CST, al igual que en el supuesto anterior, sólo tendrá vigencia la convención hasta el 31 de julio de 2010.

En la citada providencia, sostuvo la Corporación de cierre que si bien en principio la distinción entre los anteriores escenarios pareciera arbitraria, no lo era en razón a que: *“...en la primera situación, el constituyente delegado tuvo de presente la necesidad de respetar y darle plenos efectos a los compromisos y términos expresamente acordados por las partes, en ejercicio de su derecho de negociación colectiva, que les permite pactar libremente el tiempo de vigencia de los beneficios convencionales, sin que ello pueda ser abolido unilateralmente por una disposición jurídica”*.

En el caso bajo estudio, la entidad demandada alega que el promotor de la acción reunió los requisitos de la norma convencional con posterioridad al 31 de julio de 2010, de ahí que se hace necesario verificar si la CCT 2001-2004, por lo menos en lo que se refiere a su artículo 98 que es la fuente de la prestación reclamada, mantuvo vigencia con posterioridad a esa calenda teniendo en cuenta que el acuerdo convencional se prorrogó debido la falta de denuncia o de la celebración de acuerdos posteriores.

Al respecto, se tiene que el Comité de Libertad Sindical de la OIT, recomendó al Estado Colombiano respetar el derecho a la negociación colectiva en lo referente a las pensiones de jubilación, al conocer del caso relacionado con el mencionado acto legislativo, en el que si bien reconoce el derecho de los Estados en reglamentar el tema de las pensiones, subraya la necesidad de que los mismos respeten el principio del derecho a la negociación colectiva y, por ende, considera que las convenciones colectivas celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de dicho acto legislativo, deberían continuar conservando todos sus efectos incluyendo lo referente en las cláusulas de pensiones hasta la fecha de su vencimiento, aunque ésta sea posterior al 31 de julio de 2010 y pide al Gobierno que adopte las medidas correctivas pertinentes y que mantenga informado sobre las medidas adoptadas.

En este orden de ideas, se procedió a validar en el presente asunto cuál fue la vigencia de la convención colectiva en que basa el demandante sus pretensiones, para así establecer la consecuencia jurídica aplicable al caso.

Así, en el *sub lite* se tiene que el artículo 2 de la CCT, la cual valga anotar fue aportada al proceso con su respectiva nota de depósito, previó lo siguiente (f. 12 Archivo Convención Colectiva – Carpeta 012):

ARTÍCULO 2. VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN

La presente Convención Colectiva de Trabajo 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.

Ahora bien, en el artículo 98 de la CCT, relativo a la pensión de jubilación, se dispuso lo siguiente (f. 42 Archivo Convención Colectiva – Carpeta 012) :

ARTICULO 98. PENSION DE JUBILACION

El Trabajador Oficial que cumpia 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 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.

La Sala Laboral de la CSJ, en la Sentencia SL3635-2020, dentro de la que remoró la posición sentada por esa Corporación en las sentencias SL, 29 nov. 2011, rad. 39808, que reiteró la CSJ SL, 14 sep. 2010, sostuvo que, de la literalidad del anterior precepto convencional, se extraía que las partes acordaron una vigencia en materia jubilatoria posterior a la establecida de forma general para la CCT. Dijo la Corte:

*“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”.

Conforme lo anterior, se tiene que la vigencia inicial de la disposición convencional de la pensión de jubilación era hasta el año 2017, razón está por la que, pese a la limitación introducida por el parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, el artículo 98 de la CCT se mantuvo vigente en los términos dispuestos por las partes, es decir, hasta el año 2017.

Dilucidado lo anterior, habrá de analizarse si el señor GILBERTO CONEO LAVERDE acreditó los requisitos del artículo 98 de la CCT para acceder a la pensión de jubilación, antes de que el precepto convencional perdiera vigencia, es decir, antes de 2017.

Para tal efecto, como se dejó establecido con antelación, se tiene que dicha norma exige, en el caso de los hombres, que se cumpla con 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos al ISS. El primer requisito lo alcanzó el demandante, el 21 de febrero de 2008, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1953. De otro lado, de acuerdo con el certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, se tiene que el promotor de la acción prestó sus servicios de forma discontinúa en el ISS entre 19 de abril de 1982 y 31 de marzo de 2015, un total de 22 años, 9 meses y 4 días, por lo que esa dable concluir que reunió los requisitos de edad y tiempo de servicios para causar el derecho a la pensión de jubilación con anterioridad al momento en que perdió vigencia el artículo 98 de la CCT. Debe precisarse, tal como lo hizo la A quo, que

la prestación se debe reconocer a partir del 1 de abril de 2015, día siguiente a la fecha de retiro del actor del ISS.

Ahora bien, con el fin de liquidar la pensión de jubilación convencional debe remitirse la Sala a lo dispuesto en el numeral 2 e inciso 4 del art. 98 de la CCT, de los que se extrae que el monto de dicha prestación corresponde al 100 % del promedio mensual de lo percibido en los últimos tres años, para lo cual debe tenerse en cuenta la asignación básica mensual, incremento por servicios prestados, prima de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y de transporte. Una vez efectuado el cálculo, arrojó una mesada pensional para el año 2015 por valor de **\$1.634.819**, la cual es superior a la mesada liquidada en primera instancia, que lo fue en la suma de \$1.549.521, por lo que le asiste parcialmente la razón al recurrente activo, pues aunque el monto de la pensión no es el indicado en el recurso de apelación, lo cierto es que si corresponde a un monto superior al obtenido por la A quo, observando que la diferencia corresponde a que la operadora judicial de primer grado no incluyó dentro del cálculo el incremento por servicios prestados, razón por la cual habrá de modificarse la sentencia en ese puntual aspecto.

FECHAS		No DE DÍAS	ASIGNACIÓN BÁSICA E INCREMENTOS X SERVICIOS PRESTADOS	AUXILIO DE ALIMENTACIÓN	PRIMA DE SERVICIOS	PRIMA DE VACACIONES	AUXILIO DE TRANSPORTE
DESDE	HASTA						
1/04/2012	30/04/2012	30	\$ 1.271.461	\$ 45.744			\$ 44.313
1/05/2012	31/05/2012	30	\$ 1.545.676	\$ 45.744			\$ 44.313
1/06/2012	30/06/2012	30	\$ 1.252.812	\$ 45.744	\$ 1.328.860		\$ 44.313
1/07/2012	31/07/2012	30	\$ 1.252.812	\$ 45.744			\$ 44.313
1/08/2012	31/08/2012	30	\$ 1.252.812	\$ 45.744			\$ 44.313
1/09/2012	30/09/2012	30	\$ 1.252.812	\$ 45.744			\$ 44.313
1/10/2012	31/10/2012	30	\$ 1.252.812	\$ 45.744			\$ 44.313
1/11/2012	30/11/2012	30	\$ 1.252.812	\$ 45.744		\$ 1.834.227	\$ 44.313
1/12/2012	31/12/2012	30	\$ 167.042	\$ 6.099	\$ 1.648.574		\$ 5.908
1/01/2013	31/01/2013	30	\$ 1.127.521	\$ 41.170			\$ 39.882
1/02/2013	28/02/2013	30	\$ 1.252.812	\$ 45.744			\$ 44.313
1/03/2013	31/03/2013	30	\$ 1.252.812	\$ 45.744			\$ 44.313
1/04/2013	30/04/2013	30	\$ 1.252.812	\$ 45.744			\$ 44.313
1/05/2013	31/05/2013	30	\$ 1.252.812	\$ 45.744			\$ 44.313
1/06/2013	30/06/2013	30	\$ 1.433.169	\$ 45.744	\$ 1.358.930		\$ 44.313
1/07/2013	31/07/2013	30	\$ 1.283.381	\$ 45.744			\$ 44.313

Sala Laboral
 Tribunal Superior del Distrito Judicial
 Bogotá

1/08/2013	31/08/2013	30	\$	1.283.381	\$	45.744		\$	44.313			
1/09/2013	30/09/2013	30	\$	1.283.381	\$	46.192		\$	44.313			
1/10/2013	31/10/2013	30	\$	1.283.381	\$	46.192		\$	44.313			
1/11/2013	30/11/2013	30	\$	1.291.159	\$	46.192	\$	1.900.019	\$	44.313		
1/12/2013	31/12/2013	30	\$	345.346	\$	12.318	\$	1.702.000	\$	11.817		
1/01/2014	31/01/2014	30	\$	979.702	\$	33.874			\$	32.496		
1/02/2014	28/02/2014	30	\$	1.295.048	\$	46.192			\$	44.313		
1/03/2014	31/03/2014	30	\$	1.295.048	\$	46.192			\$	44.313		
1/04/2014	30/04/2014	30	\$	1.295.048	\$	46.192			\$	44.313		
1/05/2014	31/05/2014	30	\$	1.413.973	\$	46.192			\$	44.313		
1/06/2014	30/06/2014	30	\$	1.320.173	\$	46.192	\$	1.395.594	\$	44.313		
1/07/2014	31/07/2014	30	\$	1.320.173	\$	46.192			\$	44.313		
1/08/2014	31/08/2014	30	\$	1.320.173	\$	46.192			\$	44.313		
1/09/2014	30/09/2014	30	\$	1.320.173	\$	46.192			\$	44.313		
1/10/2014	31/10/2014	30	\$	1.320.173	\$	45.744			\$	44.313		
1/11/2014	30/11/2014	30	\$	1.320.173	\$	45.744			\$	44.313		
1/12/2014	31/12/2014	30	\$	1.320.173	\$	45.744	\$	1.410.530	\$	44.313		
1/01/2015	31/01/2015	30	\$	1.368.492	\$	45.744			\$	44.313		
1/02/2015	28/02/2015	30	\$	182.465	\$	6.099			\$	5.908		
1/03/2015	31/03/2015	30	\$	1.368.492	\$	45.744			\$	44.313		
TOTAL		1080	\$	43.282.497	\$	1.522.552	\$	8.844.488	\$	3.734.246	\$	1.469.714

SALARIO PROMEDIO	\$	1.634.819
-------------------------	-----------	------------------

Respecto la prescripción, se tiene que la pensión se hizo exigible el 1° de abril de 2015 y, como se dejó sentado al inicio de esta providencia, la reclamación administrativa fue elevada, el 20 de mayo de 2019, mientras que la demanda que dio origen al proceso se radicó el 21 de febrero de 2020 (f. 35 Archivo 01 ED), por lo que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y S.S., todas las mesadas causadas con antelación al 20 de mayo de 2016, se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo, por lo que en ese punto se confirmará la decisión de primer grado.

Ahora, debe resaltar la Sala que revisado el Sistema Integral de Información de la Protección Social – SISPRO, se observa que se registra que al señor GILBERTO CONEO LAVERDE se le reconoció la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, a través de Resolución No. 65765 del 1° de enero de 2015, como se muestra a continuación:

Número de Identificación	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Sexo
CC 9084863	GILBERTO		CONEO	LAVERDE	M

AFILIACIÓN A SALUD Fecha de Corte: 2022-11-25

Administradora	Régimen	Fecha Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Afiliado	Departamento -> Municipio
NUEVA EPS S.A.	Contributivo	01/08/2009	Activo	COTIZANTE	CARTAGENA

AFILIACIÓN A PENSIONES Fecha de Corte: 2022-11-25
No se han reportado afiliaciones para esta persona

AFILIACIÓN A RIESGOS LABORALES Fecha de Corte: 2022-11-25
No se han reportado afiliaciones para esta persona

AFILIACIÓN A COMPENSACIÓN FAMILIAR Fecha de Corte: 2022-11-25
No se han reportado afiliaciones para esta persona

AFILIACIÓN A CESANTIAS Fecha de Corte: 2022-11-25
No se han reportado afiliaciones para esta persona

PENSIONADOS Fecha de Corte: 2022-11-25

Entidad Pagadora de pensión	Entidad que reconoce la pensión	Tipo de Pensión	Estado	Tipo de Pensionado	Fecha Resolución	Número Resolución Pension PG
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES	Vejez	Activo	Régimen de prima media con tope máximo de pensión	2015-01-01	65765

En ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, está pensión será compartida con la de vejez que reconoció Colpensiones a la actora, quedando a cargo de la UGPP únicamente el mayor valor, tal como expresamente lo dispone el inciso sexto del artículo 98 de la CCT, fuente normativa de la pensión de jubilación. Sin embargo, no es posible corroborar en esta oportunidad cual es el monto de la pensión de vejez que devenga el promotor de la acción, a efectos de determinar el mayor valor que le correspondería reconocer a la UGPP.

Así las cosas, el retroactivo pensional que debe pagar la UGPP al demandante, a partir del 20 de mayo de 2016, corresponderá al mayor valor que surja entre las dos prestaciones, por lo que le corresponderá a esta realizar las verificaciones correspondientes, sin perjuicio de que, en caso de que el actor no se encuentre actualmente devengado pensión de vejez por cuenta de COLPENSIONES, debe pagar las mesadas pensionales desde la fecha antes indicada, conforme la liquidación efectuada por la Sala. De acuerdo con lo anterior, la sentencia de primera instancia será modificada, teniendo en cuenta que la misma también se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, en tanto la A quo condenó al pago del retroactivo pensional sin hacer mención de la compatibilidad de la pensión de jubilación.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Debe indicarse que independientemente si la UGPP debe pagar la mesada plena de la pensión de jubilación o el mayor valor resultante de la diferencia con la pensión de vejez que este devengado el promotor de la acción, las sumas a pagar deben cancelarse debidamente indexadas desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago y de las mismas estará autorizada a descontar la parte correspondiente a los aportes con destino al SGSSS.

Finalmente, en relación con la inconformidad presentada por la parte demandada frente al monto de las agencias en derecho, debe indicarse que la apelación de la sentencia no es el momento procesal oportuno para recurrir ese aspecto, pues de conformidad con el numeral 5 del artículo 366 del C.G.P., aplicable al proceso laboral por virtud de la remisión analógica establecida en el artículo 145 del C.P.T. y S.S., *“La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.”*, de ahí que Sala no emitirá ningún pronunciamiento al respecto.

Conforme lo hasta aquí expuesto, la sentencia de primera instancia se modificada. Costas en esta Instancia a cargo de la parte demandada por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la Sentencia del 1º de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** que la mesada pensional para el 1º de abril de 2015, asciende a la suma de **\$1.634.819**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

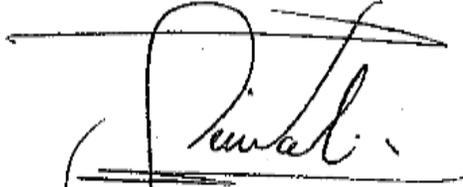
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **DECLARAR** que el retroactivo pensional que debe pagar la **UGPP** al señor **GILBERTO CONEO LAVERDE**, a partir del 20 de mayo de 2016, corresponderá al mayor valor que surja entre la pensión de jubilación aquí liquidada y la pensión de vejez que este esté devengando por cuenta de COLPENSIONES, por lo que le corresponderá a la UGPP realizar las verificaciones correspondientes, sin perjuicio de que, en caso de que el DEMANDANTE no se encuentre actualmente devengado pensión de vejez, debe pagar el retroactivo pensional desde la fecha antes indicada, con base en el valor de la mesada inicial calculada en esta sentencia, actualizada año a año. En cualquiera de los dos casos, la mesada pensional o mayor valor, el retroactivo pensional debe cancelarse debidamente indexado desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago y del mismo la **UGPP** está autorizada a descontar la parte correspondiente a los aportes con destino al SGSSS.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la parte DEMANDADA. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMÁCHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-011-2019-00685-01
DEMANDANTE:	ÓSCAR ORLANDO LÓPEZ GONZÁLEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 28 de Junio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, respecto de la sentencia del 28 de Junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ÓSCAR ORLANDO LÓPEZ GONZÁLEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-011-2019-00685-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El señor ÓSCAR ORLANDO LÓPEZ GONZÁLEZ a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., por vicios del consentimiento, e igualmente, la vinculación surtida ante la AFP Protección S.A.; como consecuencia, condenar a las AFP demandadas a trasladar los valores de aportes obligatorios y los rendimientos que reposan en su cuenta de ahorro individual, bono pensional e intereses, todo ello con destino a Colpensiones, entidad que a su vez debe ser condenada a recibir todos los valores en mención, previa verificación satisfactoria de los mismos, sin que las AFP llamadas a la acción deduzcan costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno, e igualmente, que Colpensiones proceda a actualizar su historia laboral; que se condene a las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició sus aportes a pensión en el RPM; que se trasladó al RAIS, a través de PORVENIR S.A. y, posteriormente, se vinculó a la AFP PROTECCIÓN S.A., pero que estas AFP no desplegaron una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, ya que se omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como también de las características de ambos regímenes pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

¹ Archivo 02 carpeta 01 del expediente digital.

² Archivo 19 carpeta 01 del expediente digital.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), al contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Añadió que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMD, 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.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.³

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual manifestó que el traslado de régimen pensional realizado por el actor estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1.993, además suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado con la AFP, toda vez que recibió asesoría verbal, amplia y suficiente.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

³ Archivo 08 carpeta 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.⁴

La vinculada PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual manifestó que en ningún momento faltó a su deber de información, pues el consentimiento del demandante estuvo mediado de amplia información y asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible por parte de la sociedad, y así mismo quedó plasmado en los formularios de vinculación lo que evidencia la buena fe y la lealtad de sus asesores por procurar el bienestar del afiliado en el mejor escenario posible.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de junio de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS el 16 de septiembre de 1998 a través de la AFP Porvenir S.A.; como consecuencia, condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante y que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, dineros que deberán ser trasladados en

⁴ Archivo 10 carpeta 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

forma indexada con cargo a sus propios recursos, discriminando los respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los periodos en que el demandante se afilió a la AFP; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones aquellos valores que hubiere podido recibir con ocasión a la afiliación del actor en el período en que estuvo afiliado a dicha sociedad, tales como gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses si los hubiere, dineros que se deben trasladar de forma indexada y con cargo a sus propios recursos; condenar a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegren las AFP demandadas para reactivar la afiliación del demandante y proceder a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los valores en la historia laboral del convocante; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que los fondos privados hayan cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.** sustenta el recurso de apelación alegando que, la decisión de la parte actora se hizo de manera consciente y espontánea sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la época, pues el actor suscribió el formulario de afiliación requerido legalmente y aprobado por la Superintendencia Bancaria. Dijo que conforme al interrogatorio de parte, el actor confesó que la asesoría brindada por agentes comerciales de la AFP tuvo una duración de 45 minutos, advirtiendo además que su afiliación fue

completamente voluntaria y libre. Adujo que no es procedente ordenar la devolución de rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, porque tal orden resulta totalmente contradictoria con los efectos *ex tunc* de la ineficacia, como quiera que la consecuencia de dicha figura no es otra que declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, además, el actor se estaría beneficiando de dineros que en el RPM no se generan a su favor, como lo son los rendimientos financieros. Dijo que los gastos de administración tienen una destinación específica conforme a la Ley 100 de 1993, que ya se cumplió en el presente caso, pues la AFP las invirtió para la administración de los recursos del actor, y es por ello que ya no se encuentran en su poder, aunado a que la Superintendencia Financiera de Colombia ha sido clara en señalar los dineros que deben ser retornados al RPM, con base en el Decreto 3995 de 2008. Concluyó advirtiendo que el porcentaje destinado a los seguros de invalidez y sobrevivencia, fue trasladado a las aseguradoras contratadas por la sociedad, para el cubrimiento del demandante frente a dichos riesgos y es por ello que tales dineros no están llamados a su devolución por cumplir la finalidad prevista en la ley.

A su turno, la **DEMANDADA COLPENSIONES** sustenta el recurso de apelación alegando que, el demandante cuando solicitó su regreso al RPM hacia el año 2019 ya contaba con 57 años de edad, de manera que se encontraba inmerso en la prohibición legal de efectuar algún tipo de traslado. Adujo que en el presente caso, no se acredita ningún vicio en el consentimiento como el error la fuerza o el dolo, acotando que en todo caso, el actor no elevó la solicitud de rescisión del contrato dentro del término previsto en la normatividad vigente, que corresponde a 4 años, contados desde la fecha en que tuvo lugar el traslado de régimen pensional. Dijo que el convocante ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato, al autorizar la realización de los descuentos para sus aportes por un periodo de 20 años, lo cual implicó la ratificación del acto. Añadió que a la data del traslado no existía ninguna norma que exigiera a las demandadas suministrar la información con las características aducidas por la jurisprudencia, como lo es la doble asesoría. Señaló que conforme al interrogatorio de parte rendido por el actor, este tenía claro los beneficios y ventajas del RAIS, al aceptar que efectuó aportes voluntarios, aunado a que

presentó varios traslados horizontales, como acto de relacionamiento que evidencia su intención de pertenecer al mismo, como así se refirió en la sentencia SL1061-2021. Advirtió que permitir el retorno al RPM de una persona que ya cuenta con la edad de pensión, afecta el principio de sostenibilidad financiera de sistema y desconoce el principio de equidad. Concluyó indicando que de confirmarse la decisión opugnada, su cumplimiento por parte de Colpensiones debe condicionarse al traslado efectivo de los dineros ordenados a cargo de las demandadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por OSCAR ORLANDO LÓPEZ GONZÁLEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al**

potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, ni **PROTECCIÓN S.A.**, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (fl. 2 archivo 09 carpeta 01 del expediente digital), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS

demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el actor a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues el actor fue claro al manifestar que en ese tiempo corría la información que el ISS se iba a acabar, siendo la mejor opción afiliarse a los fondos privados. Que en reunión con los asesores de Porvenir S.A., la cual duró entre 45 minutos y una hora, le fue conformada esa situación del ISS, además, no recuerda si le dijeron que tendría la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, o efectuar aportes voluntarios, ni que tendría una cuenta de ahorro individual a su nombre. Concluyó advirtiendo que su afiliación a la AFP Porvenir la realizó de manera libre y voluntaria (Min. 00:10:49-00:49:10 archivo de audio 12 del expediente digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor, incluso aun cuando este realizó diferentes traslados entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, pues en

términos de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5188-2021 M.P, Gerardo Botero Zuluaga, se indicó que:

“(...) Tal postura es contraria a la adoctrinada por esta Sala de Corte, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador”. (Subraya fuera de texto).

Asimismo, resulta acertada la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron las AFP durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha

sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, seguros previsionales y sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexadas; no obstante, no debe pasarse por alto que el Juzgado de Conocimiento omitió hacer referencia expresa a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando

prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72.467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se

pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Se imponen costas a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 28 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.** también reintegrar a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

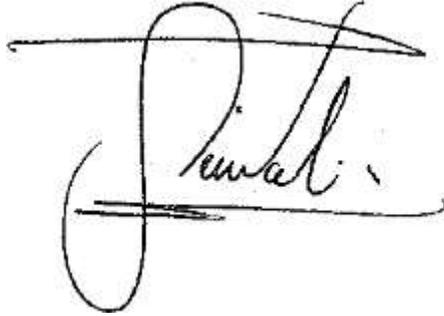
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a

un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-014-2019-00167-01
DEMANDANTE:	ERNESTO SARMIENTO GAITÁN
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Consulta Sentencia del 26 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Modificación pensión especial vejez alto riesg
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte activa contra la sentencia del 26 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ERNESTO SARMIENTO GAITÁN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-014-2019-00167-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se condene a la entidad demandada a modificar su pensión de vejez de alto riesgo, a pensión de vejez ordinaria, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desde el 30 de noviembre de 2013, junto con el pago de las diferencias pensionales debidamente indexadas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que, nació el 30 de noviembre de 1953, motivo por el cual para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, siendo así beneficiario del régimen de transición. Que cotizó para los riesgos de IVM al otrora ISS hasta el 31 de mayo de 2004, un total de 1.393 semanas, de las cuales 1.096 corresponden a semanas de cotización especial, por desempeño en actividades que implican exposición a alto riesgo. Añadió que el ISS mediante la Resolución 023638 de 2011, le reconoció pensión especial de vejez, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1281 de 2004, a partir del 30 de noviembre de 2008, en cuantía de un SMLMV, en cumplimiento de la orden emitida dentro del proceso ordinario laboral 2010 00429, seguido en el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá. Que el 30 de noviembre de 2013, cumplió 60 años, alcanzando el estatus pensional, conforme a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990. Que el 9 de enero de 2019 solicitó ante Colpensiones la reliquidación de la prestación en mención, conforme al Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, misma que fue negada en la Resolución SUB 4801 del 14 de enero de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones invocadas en su contra, fundamentando que la pensión de vejez de alto riesgo fue reconocida al demandante en cumplimiento a un fallo proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, por manera que, de accederse a

¹ Folios 25 a 32 y 35 archivo 01 del Expediente Digital

² Fls. 54 a 58 archivo 01 del Expediente Digital

lo solicitado, se generaría una vulneración al principio de seguridad jurídica, aunado a que el reconocimiento de la pensión de vejez de alto riesgo implicó condiciones favorables para el actor, en la medida que la misma le fue reconocida y pagada desde los 55 años, es decir, antes de lo establecido en el Decreto 758 de 1.990.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe-principio de legalidad y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de octubre de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, y en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor, a quien condenó en costas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que, la pensión especial de vejez fue prevista por el legislador para cubrir el riesgo de vejez a aquellos trabajadores que desarrollan o ejercen de forma permanente la labor, que por su exposición o ejecución, conllevan a un deterioro físico prematuro, el cual reduce ampliamente la calidad de expectativa de vida saludable del asegurador, y es por ello que, el régimen especial de la pensión de vejez, implica la posibilidad de pensionarse a una edad inferior a la establecida para la pensión general de vejez. Precisó que en todo caso, la prestación especial no es distinta a la de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, o que ambas constituyan dos tipos de amparos, que salvaguarden contingencias diferentes, pues se trata de las mismas pensiones, cuya única diferencia implica anticipar la edad de vejez, en tratándose de actividades de alto riesgo, como así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia. Concluyendo que no se puede modificar la pensión especial de vejez a pensión de vejez general, aunado a que el demandante está percibiendo la prestación más favorable, como quiera que la pensión especial le fue reconocida desde el año 2008, sin tener los 60 años exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, siendo claro que ha sido

beneficiario de ella, 5 años antes de completar dicha edad, pues esta la cumplió en el año 2013.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar la viabilidad en mutar la pensión especial de vejez por alto riesgo que actualmente disfruta ERNESTO SARMIENTO GAITÁN, por la ordinaria de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; pendiendo de las resultas, proceder a liquidar las diferencias pensionales y, la procedencia en fulminar condena por indexación.

CONSIDERACIONES

Con miras a resolver el *sub judice* planteado en líneas anteriores, la

Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., del cual se colige que a Ernesto Sarmiento Gaitán le fue reconocida pensión especial por actividades de alto riesgo mediante Resolución 023683 del 11 de julio de 2011, a partir del 30 de noviembre de 2008, en cuantía inicial de \$461.500, bajo los apremios del Decreto 1281 de 1.994 y en cumplimiento de lo previsto en sentencia proferida el 9 de diciembre de 2010 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá (folios 6 a 8 archivo 01 del expediente digital); igualmente, se comprobó que nació el 30 de noviembre de 1.953, por lo que arribó a los 60 años en el mismo día y mes del año 2013 (folio 3 archivo 01 del expediente digital), aunado a que cotizó al otrora ISS un total de 1.393.71 semanas, hasta el 31 de mayo de 2004 (folios 17 a 18 archivo 01 del expediente digital); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

El reclamo jurisdiccional planteado por la parte accionante gravitó en torno a dos tópicos esenciales, el primero establecer su condición de beneficiario de la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 de similar año y, en segundo lugar, la posibilidad de convertir la pensión especial por actividades de alto riesgo que viene disfrutando, en aplicación del principio de favorabilidad.

Definido lo precedente, procede esta Colegiatura a dilucidar los anteriores cuestionamientos, siendo indispensable discurrir sobre el objetivo de la pensión de vejez y la especial por alto riesgo, y como deriva de esto, la razón legislativa para proteger a los ciudadanos, siempre y cuando, se configure el riesgo que dio origen a las prestaciones.

Así las cosas, ha sido constante la jurisprudencia y doctrina nacional al enseñar que la pensión de vejez surgió con el propósito de propender por la protección, cuidado y asistencia de aquellos que, arribando a una edad cronológica, les era impedido su reincorporación al trabajo por disminución de capacidades laborales y el evidente aumento demográfico. Estableciendo de cara a su resguardo, un sistema que nació bajo la idea paralela del seguro privado, pero con la diferencia fundamental que el Estado suministraría la cualidad de social al ejercer su función económica y de amparo.

Sin embargo, diáfano resulta entender que la labor estatal no elimina de su naturaleza, la necesidad de que el individuo efectúe actos de previsión materializados en el pago de aportes y que, como todo seguro, comporte la existencia de un riesgo a cubrir a título de condición futura, sin el cual, no existiría prestación a otorgar. Riesgo que ha sido entendido como aquellas contingencias «*que una vez presentadas disminuyen total o parcialmente, en forma temporal o definitiva, la capacidad laboral del afectado y/o aumentan sus gastos*»³, además de ser «*la posibilidad de que acontezca el hecho futuro e incierto*»⁴.

Definido este postulado, ha de indicarse que en tratándose de la vejez, el riesgo acaece ante la pérdida de la capacidad laboral no emanada de una enfermedad invalidante, sino por asuntos fisiológicos generacionales, que acarrea la disminución de sus ingresos, sin el cual, no habrá lugar a acceder a una prestación económica que supla el ingreso económico que con antelación devengaba. Aspectos que no resultan ajenos o desconocidos por la Organización Internacional del Trabajo, pues mediante el Convenio 102 de 1952 determinó parámetros mínimos en los que debían cimentar el sistema de seguridad social los Estados miembros, normatividad que en su artículo 26 señaló:

- «1. La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita.
2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate (...).»

Ahora, en tratándose de la pensión especial por alto riesgo, habrá de señalarse que la misma fue gestada primeramente desde el Acuerdo 049 de 1990, en su artículo 15, al indicar la modificación de la edad de pensión a fin de que aquella fuera disminuida para los trabajadores que laboraran en las actividades relacionadas en los literales del artículo en mención, pero precisando diáfano que esta prerrogativa solo tendría como auxilio, la modificación en «*la edad para el derecho a la pensión de vejez*» con relación a las semanas desplegadas en el mismo trabajo, por la especial protección en la vejez derivado de la salud de los afiliados, así como facilitar su recuperación ante la exposición a sustancias vulnerantes a su haber corporal, pero en

³ RODRÍGUEZ MESA, R., (1999), *La Seguridad Social en Colombia*, Bogotá D.C.: Legis.

⁴ ARENAS MONSALVE, G., (2006), *El Derecho Colombiano De La Seguridad Social*, Bogotá D.C.: Legis.

manera alguna por el riesgo de la invalidez, sino que esta continua cubriendo el arribo a una edad avanzada; lo cual se preserva en los Decretos 1281 de 1994 y 2030 de 2003, siendo por tanto el elemento diferenciador entre la prestación especial y la pensión ordinaria, la anticipación de la edad, cuyo trato preferente se sustenta en el ejercicio de actividades de alto riesgo que afectan la expectativa de vida saludable de las personas.

Por manera que, en la forma como fue regulada la prestación aludida en el sistema de seguridad social integral, no se trata de pensiones disimiles o requisitos distantes, sino que la modificación impetrada fue en razón a la edad, por lo que mal haría en considerarse la mutación de una prestación por otra cuando, se *itera*, es la misma pero concedida en diversos momentos.

Sobre el particular, la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral, con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo en sentencia SL1353 de 2019, enseñó:

«(...) la pensión anticipada por trabajos de mayor riesgo ampara a las personas que por su actividad, oficio o profesión se encuentran expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud al punto de generar una menor expectativa de vida o estar expuestas a un mayor nivel de siniestralidad.

Por ello, la exigencia de requisitos para obtener una pensión especial de vejez, son inferiores a los consagrados en términos generales para quienes no se encuentran expuestos en forma superlativa a riesgos de carácter laboral y justifica con suficiencia que se consagren en proporción a la actividad que los trabajadores desarrollan en su espacio laboral, en cuanto están sujetos a una mengua de sus expectativas de vida saludable.

Esas son las razones por las que el régimen especial de pensiones por actividades de alto riesgo, prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional, a lo que se agrega que la reducción de la edad solo es posible cuando se ha superado la base mínima de cotizaciones exigida en el sistema general de pensiones».

Motivo por el cual, al encontrarse cubierto el riesgo perseguido por SARMIENTO GAITÁN atinente a la vejez, pero en un estadio disímil por las condiciones de salud y, con los mismos aportes que ahora reclama uso para la prestación ordinaria, es que emana diáfananamente inviable su reclamo jurisdiccional al pretender el acceso a la pensión ordinaria prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, como si fuera diferente y, sin la cobertura

de los rubros antes concedidos durante 5 años, a razón de la especial de alto riesgo.

Aspectos que evitan relegar de fuerza jurídica a la determinación de primer grado y, por el contrario, confirmar su absolución. Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 26 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



EDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-016-2020-00229-01
DEMANDANTE:	SUSANA VILLAMIZAR RAMÍREZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 30 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado 2º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia del 30 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **SUSANA VILLAMIZAR RAMÍREZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, quien llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-016-2020-00229-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende la nulidad de la afiliación efectuada ante la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y la afiliación realizada ante OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.; como consecuencia de ello, se condene a SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos; se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en el RPM; se condene a las demandadas en costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió al RPM, el 20 de febrero de 1987; que se trasladó al RAIS mediante solicitud de vinculación suscrita ante la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 8 de junio de 1994; que el 1º de marzo de 2013 se trasladó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.; que el traslado de régimen pensional lo realizó porque el asesor de la AFP le dijo que el ISS se acabaría y que perdería todos sus aportes pensionales y que en el RAIS se podría pensionar a cualquier edad con una mesada muy superior a la que recibiría en el RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y argumentó que la afiliación de la demandante con Colpatría, hoy Porvenir S.A., en el año 1994, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 003696 -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 CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Agregó, que la AFP le garantizó el derecho de retracto a la parte actora, como lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 33800 del mismo año, ya que mi entidad, el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo

¹ Archivo 01 Expediente Digital

² Archivo 26 Expediente Digital

un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SKANDIA S.A.³

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y, como argumentos de defensa, sostuvo que la afiliación de la demandante con la AFP se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, propiciándole toda la información pertinente para que la misma tomara la decisión consiente de afiliarse. En acatamiento del ARTÍCULO 13 literal b) de la ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en la precitada ley es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestó por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Propone como excepciones de fondo: cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, genérica.

En escrito separado presentó llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

COLPENSIONES⁴

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el traslado realizado por la señora SUSANA

³ Archivo 13 Expediente Digital

⁴ Fs. 1-20 Archivo 20 Expediente Digital

VILLAMIZAR RAMIREZ se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para dicha data se pudiera brindar la información certera y precisa que solicita la demandante, sin embargo, que ha de tenerse en cuenta que de acuerdo a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, si se determina el incumplimiento de algún deber por los Fondos Privados, en aras de proteger la sostenibilidad financiera del RPM, es procedente la devolución de la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual sin lugar a deducciones por ningún concepto.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, innominada.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.⁵

La aseguradora se opuso a las pretensiones del llamamiento y en garantía realizado por SKANDIA S.A. y a las pretensiones de la demanda dirigidas contra esta última. Como argumentos de su postura expuso que con relación a SKANDIA la parte demandante no cambió de régimen pensional, sino que operó un traslado de un Fondo de Pensiones a otro, es decir, se trató de una mutación en línea horizontal y ello equivale a que jurídicamente el actor conservó su estatus. Agregó, que su llamante cumplió a cabalidad con sus deberes de información en consideración al tipo de traslado que voluntariamente el afiliado realizaba, la información brindada fue completa y comprensible y no hubo inducción a error ni se posibilitó que él se registrara en el proceso de toma de decisión del traslado. Frente al llamamiento, indicó que, para la época de vigencia del Seguro Previsional, la cobertura de éste estuvo activa y los correspondientes riesgos estuvieron asegurados hasta el punto de que, si la contingencia se hubiera realizado, la compañía aseguradora habría cumplido con su obligación de pago. añadió, que la suma cuyo reembolso o reintegro pretende la llamante en garantía corresponde a la prima legalmente devengada por la aseguradora, quien no intervino ni participó en la contratación que SKANDIA S.A. realizó con la afiliada hoy demandante.

⁵ Fs. 2-22 Archivo 06 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Propuso como excepciones de mérito frente a la demanda: el acto jurídico de afiliación al rais, y el de su posterior traslado a otras AFP's, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a "SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.;" prescripción de la acción de nulidad y/o ineficacia; legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional; reconocimiento oficioso de excepciones.

Frente al llamamiento en garantía propuso como excepciones de fondo: inexistencia de derecho contractual por parte de "SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.;" frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.;" MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante "SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A." y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 30 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS, el 8 de junio de 1994; condenó a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus

propios recursos, discriminados por ciclos y valores con el respectivo IPC; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados por ciclos y valores con el respectivo IPC, por el tiempo en que estuvo afiliada la demandante en dicha AFP; absolvió a MAPFRE del llamamiento en garantía realizado por SKANDIA S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declaró probada la excepción de inexistencia del derecho contractual propuesta por MAPFRE; condenó en costas a PORVENIR S.A. y a SKANDÍA S.A. en favor de la parte demandante y a SKANDÍA S.A. en favor de MAPFRE.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Frente llamado en garantía MAPFRE, consideró que debía ser absuelto por cuanto la obligación de devolver las sumas descontadas por conceptos de prima de seguro previsional recaía exclusivamente en la AFP y no en la Aseguradora.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Además, que la actora de manera libre y voluntaria decidió trasladarse al RAIS y COLPENSIONES fue una parte pasiva en ese negocio jurídico.

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada frente a la condena de devolver los gastos de administración, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, es inviable la devolución de tales gastos, pues el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, en el RPM también se destina el 3 % a financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, por lo que no están

destinadas a financiar la pensión del usuario. Aduce que tales emolumentos si se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, precisamente por no hacer parte integral del capital que financia la prestación de vejez, además que se está desconociendo el principio de las restituciones mutuas, por cuanto la AFP generó unos rendimientos a la cuenta de ahorro individual de la demandante por su labor de administración y que se está desconociendo que la prima previsional de seguros no se pueden devolver, ya que fueron descontados para cumplir una garantía con una póliza, por lo que ninguno de esos conceptos debe devolverse en razón a que la AFP cumplió con su deber de información y ello se demuestra con el formulario de afiliación. Finalmente, afirma que ordenar la devolución indexada de esos conceptos es una doble condena porque no se están teniendo en cuenta los rendimientos financieros generados por la AFP.

La demandada **SKANDIA S.A.** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis, como motivos de disidencia que, debe revocarse la condena impartida por devolución de sumas adicionales, ya que este proceso no se trata del reconocimiento de una pensión de invalidez o sobrevivencia que es para lo que operan estas sumas a cargo de las aseguradoras. Asimismo, que los gastos de administración y las primas de seguros provisionales debidamente indexadas por cuanto la ley es taxativa respecto los emúlenos que deben trasladarse cuando se presenta un traslado del RAIS al RPM. Además, por cuanto dichos recursos tienen destinación específica conforme lo reglado por la Ley 100 de 1993. Añade que, en caso de que se confirme que tales recursos deben ser devueltos, se tenga en cuenta la excepción de prescripción como quiera que los mismos no están destinados a financiar la pensión de vejez. De otro lado, que la indexación al ser una actualización del dinero, conforme a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, no resulta procedente, porque el capital que reposa en la cuenta de ahorro individual de la actora no se ha depreciado, en tanto que, por el contrario, ha generado rendimientos financieros, por lo que se debe analizar la figura de la compensación. Finalmente aduce, en relación con el llamamiento en garantía, que pese a que el objeto del contrato con la aseguradora es el seguro de previsión para las pensiones de invalidez y sobrevivencia, a la AFP se le está condenado a devolver unos recursos por dichas primas que ya no están a su disposición por haber sido trasladados oportunamente a MAPFRE, por lo que esta debe reembolsarlos, ya que al declararse la ineficacia del traslado, lo accesorio debe seguir la misma suerte de los principal y, por tanto, queda sin efectos el contrato de seguros al perderse el intereses asegurable.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por SUSANA VILLAMIZAR RAMÍREZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Protección S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un

afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de

información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó PORVENIR S.A., ni ninguna de las AFP del RAIS convocadas al proceso, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante Colpatria hoy **PORVENIR S.A.** (f. 49 archivo 27), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y también con SKANDIA S.A. (f. 15 archivo 12), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa

pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante el actor a Colpatria hoy **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, aunque no fue objeto de apelación, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues la actora fue clara y contundente en manifestar que cuando laboraba en el Hotel Bogotá Plaza, reunieron a los trabajadores en la cafetería y les manifestaron que el otrora ISS se iba acabar y que con ello se perderían los aportes pensionales realizados, aspecto que motivó su traslado al RAIS, pero no se les brindó ninguna información en relación con ese régimen pensional (Min. 44:25 – 1:02:45 archivo de audio y video 16).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron cada una de

las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión de la A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretenden hacer ver las recurrentes, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de

administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Frente al argumento de SKANDÍA S.A., relativo a que, en su caso, los valores correspondientes a las primas de seguros previsionales deben ser reembolsados por la llamada en garantía MAPFRE, por ser la Aseguradora con quien contrató tales pólizas y quien recibió a satisfacción las mencionadas primas, basta señalar que dicha entidad de seguro es un tercero de buena fe que no participó en la afiliación de la promotora de la acción con la AFP, por lo que mal se haría en endilgársele responsabilidad por una omisión en la obligación de información y asesoría que no le es imputable. Aunado a lo anterior, como se dejó sentado en líneas que anteceden, la jurisprudencia especializada laboral ha sido pacífica en que tales emolumentos deben ser retornados por las AFP del RAIS en los casos como el que ahora se estudia, con cargo a sus propios recursos, de ahí que resulta totalmente improcedente la solicitud elevada por esta recurrente.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 may. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*».

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción alegada por las AFP del RAIS recurrentes, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR

S.A. y SKANDIA S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE. Asimismo, se condenará en costas a SKANDIA S.A. y en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., por no haber prosperado el recurso de apelación frente al llamamiento en garantía, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

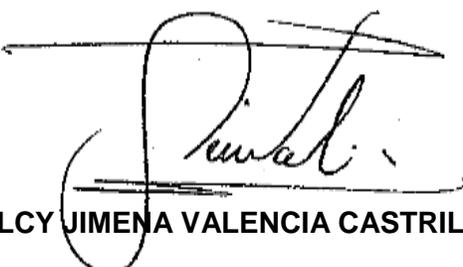
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

TERCERO: COSTAS a cargo de SKANDIA S.A. y en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

(En uso de permiso)

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-016-2019-00204-01
DEMANDANTE:	JORGE ENRIQUE ROTAVISTA SOLÍS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 21 de Junio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, respecto de la sentencia del 21 de Junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JORGE ENRIQUE ROTAVISTA SOLÍS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con radicado No. **11001-31-05-016-2019-00204-01**.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El señor JORGE ENRIQUE ROTAVISTA SOLIS a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. por vicios del consentimiento, y por ende, que se encuentre válidamente afiliado a Colpensiones; como consecuencia, se disponga su regreso automático como afiliado al RPM administrado por Colpensiones; condenar a la AFP Porvenir a trasladar los dineros y rendimientos causados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro; que se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició sus aportes a pensión en el RPM; que el 5 de julio de 1.994 se trasladó al RAIS, a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., e igualmente, en el mes de marzo de 1.998 se vinculó a la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA S.A. y, en el mes de noviembre de 2010, se trasladó a la AFP PORVENIR, pero que estas sociedades no desplegaron una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, ya que se omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

¹ Archivo 04 carpeta 01 del expediente digital.

² Folios 1 a 14 archivo PDF carpeta 18 del expediente digital.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado realizado por el actor lo fue de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para ese momento se pudiera brindar la información certera y precisa que solicita el demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.³

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual manifestó que siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación el 8 de septiembre de 2010 fue producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.⁴

³ Folios 1 a 27 archivo PDF carpeta 28 del expediente digital.

⁴ Folios 1 a 29 archivo PDF carpeta 20 del expediente digital.

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual manifestó que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información, indicando claramente todas las características, regulaciones del RAIS y su funcionamiento, así como los rasgos diferenciadores respecto al RPM, señalando con total claridad que la forma de construir la pensión en uno y otro son distintas y excluyentes, sin que pueda hablarse de situación más ventajosa o desventajosa en uno y otro, dado que simplemente son regímenes diferentes y excluyentes, correspondiendo al afiliado realizar su propio juicio de favorabilidad, de acuerdo a sus condiciones particulares, tal y como lo hizo el demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP`s convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, improcedencia de condena en perjuicios y la genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.⁵

La demandada SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones invocadas en su contra, para lo cual manifestó que la afiliación realizada por el actor, se efectuó dentro del marco legal vigente para tal momento, esto es, del 1º de marzo de 1998 al 31 de octubre de 2010 y conforme los postulados de buena

⁵ Folios 1 a 19 archivo PDF 2019-204 contestación carpeta 14 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

fe, por tanto no existe causal de nulidad que invalide la vinculación del convocante al RAIS.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de junio de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS el 5 de julio de 1994 a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.; como consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante y que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada con cargo a su propios recursos, discriminando los respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los periodos en que el demandante se afilió a la AFP; condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones aquellos valores que hubiere podido recibir con ocasión a la afiliación del actor en el período en que estuvo afiliado a dicha sociedad, tales como gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses si los hubiere, dineros que se deben trasladar de forma indexada y con cargo a sus propios recursos; condenó a la AFP Skandia S.A. a trasladar

a Colpensiones aquellos valores que hubiere podido recibir con ocasión a la afiliación del actor en el período en que estuvo afiliado a dicha sociedad, tales como gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses si los hubiere, dineros que se deben trasladar de forma indexada y con cargo a sus propios recursos; condenar a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegren las AFP demandadas para reactivar la afiliación del demandante y proceder a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los valores en la historia laboral del convocante; declaró no probadas la excepciones propuestas y condenó en costas a las AFP Porvenir S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Protección S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que los fondos privados hayan cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.** sustenta el recurso de apelación alegando que, el Juzgado de Conocimiento no valoró que el consentimiento informado del actor se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento público en el cual este declaró que efectuaba su vinculación de manera libre, voluntaria y sin presiones, habiendo sido asesorado sobre los efectos de tal decisión, conforme así lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, circunstancia que no representa una declaración vacía, sino el cumplimiento de un requerimiento legal que se atendió con la firma de la parte activa, quien se presume un sujeto capaz de

obligarse. Adujo que la decisión de primer grado, está desconociendo el principio de la autonomía de la voluntad privada, definido en la sentencia C-349 de 2006, como el poder del afiliado reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efectos vinculantes, de los intereses y derechos de los que es titular, y de esta manera crear derechos y obligaciones, siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres. Señaló que tampoco procede la condena por gastos de administración, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el RPM también destina un 3% de su cotización a financiar esos gastos, pensiones de invalidez y sobrevivencia, siendo claro que estos cobros no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, aunado a que su devolución constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, en tanto no existe norma que disponga tal devolución, según se puede constatar del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, el cual menciona cuáles son los dineros que deben ser remitidos con ocasión al traslado de régimen pensional, como lo es el saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros, cuyo desconocimiento, implicaría que la parte actora reintegrara los frutos obtenidos, en virtud de la teoría de las restituciones mutuas.

A su turno, la **DEMANDADA SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** sustenta el recurso de apelación alegando que, en el presente caso no se materializó la contingencia de la invalidez o la muerte, de suerte que no es procedente que en la sentencia se ordene la devolución de sumas adicionales de la aseguradora; sumó a ello que desde el año 2011, trasladó todos los recursos del actor hacia la AFP Porvenir S.A, por manera que desde esa época no cuenta con recurso alguno del convocante, por tanto no es procedente la condena que ordena la devolución de gastos de administración, considerando que dichas sumas no están en su poder y menos aún, que ello lo sea de manera indexada, pues la decisión opugnada ya ordenó a la AFP Porvenir S.A. remitir a Colpensiones todos los recursos que se encuentran a su cargo, incluidos los rendimientos financieros, lo cual compensa cualquier devaluación monetaria, como así lo ha definido el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Concluyó indicando que es procedente dar aplicación al fenómeno de la

prescripción sobre los gastos de administración, toda vez que estos tienen una destinación distinta a la financiación de la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JORGE ENRIQUE ROTAVISTA SOLIS al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLEMENA hoy PORTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el

legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información,**

de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ni SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de

Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLMENA** hoy **PORTECCIÓN S.A.** (fl. 44 archivo PDF carpeta 20 del expediente digital), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el actor a **COLMENA** hoy

PROTECCIÓN S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues el actor fue claro al manifestar que para trasladarse, los asesores de la AFP, le indicaron que ello era la mejor opción, dado que la entidad a la que se encontraba afiliado presentaba problemas, al punto que iba a acabarse, acotando que no tuvo posibilidad de hacer preguntas, tampoco le informaron sobre las ventajas del RAIS o lo que sucedería con las semanas que estaban cotizadas en el ISS. Adujo que fue engañado, al no habersele explicado a fondo las consecuencias de su decisión (Min. 00:26:34-01:11:51 archivo de audio 11 del expediente digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor, así como la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron las AFP durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera

producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, seguros previsionales y sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexadas, contrario a lo indicado por Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y la AFP Porvenir S.A.; no obstante, no debe pasarse por alto que el Juzgado de Conocimiento omitió hacer referencia expresa a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la

permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72.467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, alegada por las AFP demandadas, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas

no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Se imponen costas a cargo de Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 21 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** también reintegrar a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de

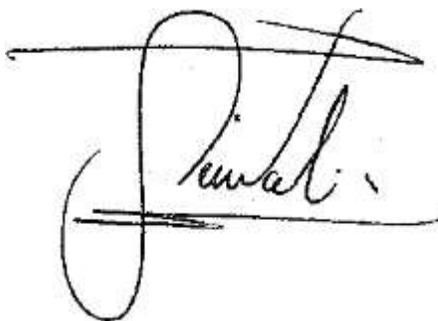
los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

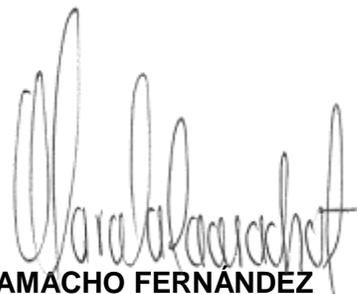
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-019-2019-00477-01
DEMANDANTE:	AURA NELSI ZAMBRANO ZAMBRANO
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 10 de mayo de 2022
JUZGADO:	Juzgado 2º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia del 10 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor COLPENSIONES, en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **AURA NELSI ZAMBRANO ZAMBRANO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PESNIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-019-2019-00477-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes a partir del 6 de septiembre de 2018, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente Juan Clímaco Guerrero Martínez (Q.E.P.D.); al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las mesadas pensionales y; costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que conformó con el causante una unión marital de hecho que se mantuvo desde el año 2003 al 6 de septiembre de 2018, compartiendo techo, lecho y mesa; que el afiliado fallecido cotizó 137,14 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso, por lo que, el 4 de octubre de 2018, solicitó a la AFP el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero esta le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que la convivencia de la actora con el causante solo se mantuvo por espacio de 4 años y 11 meses, lo cual se logró evidenciar con las declaraciones extrajuicio que fueron aportadas. Además, que el causante sí estuvo casado y al momento de su fallecimiento su estado civil era viudo.

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada.

¹ Archivo 03 Carpeta 01 Expediente Digital

² Archivo 08 Carpeta 01 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 10 de mayo de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer a la demandante la pensión de sobrevivientes, a partir del 6 de septiembre de 2018, en cuantía de un SMMLV, a razón de 13 mesadas al año; condenó al pago de \$41.737.746,60 por concepto de retroactivo pensional liquidado del 6 de septiembre de 2018 al 30 de abril de 2022; a indexar las mesadas pensionales a la fecha efectiva de pago; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la pasiva.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló, en síntesis, que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues cotizó 141,43 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso. De otro lado, que de acuerdo con la sentencia SL1730 de 2020, cuando se trata de la muerte del afiliado no es necesario que la cónyuge o compañera permanente acredite un término mínimo de convivencia, sino demostrar cualquiera de esas dos calidades y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, aspecto que se probó por la demandante con los testimonios practicados. Agregó, que el hecho de que la actora y el causante hubiesen tenido parejas anteriores que ambos enviudaron, no era óbice para considerar que la actora era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. Frente a los intereses moratorios, sostuvo que eran improcedentes porque COLPENSIONES, en su momento, negó la pensión de sobrevivientes en aplicación minuciosa de la ley, en razón a que la demandante no acreditó los cinco años de convivencia que se indican en la norma, pero la prestación le es recocida dentro del proceso conforme al criterio jurisprudencial referido, por lo que, en su defecto, ordenó la indexación de las mesadas reconocidas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, argumentando que se deben reconocer los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la mora en el pago de la pensión de sobrevivientes, ya que con la reclamación administrativa y dentro del proceso se logró demostrar que la actora si convivió con el causante por más de cinco años anteriores al deceso de este último, pues en la investigación administrativa la AFP recaudó

unos testimonios de vecinos y familiares que demostraban la convivencia por un espacio superior al mínimo exigido en la ley, pero la entidad decidió negar el derecho basada únicamente en la versión de un familiar del causante, que era contrario a los demás testimonios, que probaron que la relación de la pareja inició en enero de año 2012, fecha desde la cual se debe tener por iniciada la convivencia.

La demandada **COLPENSIONES** también interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que la demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes debido a que no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ello, ya que no logró acreditar los cinco años de convivencia que se establecen en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, por lo que existe una falta de causa para pedir el derecho pensional. Agregó, que validadas las declaraciones extrajuicio aportadas por la reclamante, se evidenció que la convivencia con el causante se dio solo por 4 años y 11 meses, aunado a que el causante era viudo y por esa calidad, en vida, se le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, por lo que la AFP ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal. Finalmente, expone que el pago de costas y agencias en derecho es contrario a la destinación específica de los recursos que administra la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite

establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, determinar si la señora AURA NELSI ZAMBRANO ZAMBRANO tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Juan Clímaco Guerrero Martínez (Q.E.P.D.); segundo, si resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y; tercero; si se debe revocar la condena en costas impuesta a COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor Juan Clímaco Guerrero Martínez (Q.E.P.D.), falleció el 6 de septiembre de 2018, según se desprende del registro civil de defunción³; **2.** Que la demandante presentó reclamación administrativa de la pensión de sobrevivientes, el 4 de octubre de 2018, la cual le fue negada a través de Resolución SUB 319245 del 6 de diciembre de 2018⁴; **3.** Que la negativa de la pensión fue confirmada mediante Resolución SUB 36191 del 12 de febrero de 2019.⁵

Como punto de partida, se tiene que la norma aplicable para dilucidar el presente conflicto es la vigente al momento de la muerte del afiliado, que como ya se anotó, ocurrió el 6 de septiembre de 2018, calenda para la cual estaban vigentes los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, respectivamente. El primer precepto normativo en referencia dispone que para que un afiliado deje causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, debe haber cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento.

En el presente asunto, revisada la historia allegada al proceso por COLPENSIONES⁶, se tiene que el señor Juan Clímaco Guerrero Martínez (Q.E.P.D.) cotizó 540,43 semanas en toda su vida laboral, de la cuales, de acuerdo con el cómputo efectuado por la Sala, 141,43 semanas fueron cotizadas dentro de los tres años anteriores a su deceso, que corresponde al interregno transcurrido entre 6 de septiembre de 2015 y 6 de septiembre de 2018, motivo

³ Archivo GEN-RCD-AP-2018_12545272-20181004090212.pdf del Expediente Administrativo

⁴ Archivo GRF-AAT-RP-2018_12545272-20181206071149.pdf del expediente Administrativo

⁵ Archivo GRF-AAT-RP-2018_16087037-20190212015522.pdf del expediente Administrativo

⁶ Archivo GEN-REQ-IN-2019_11764437_2-20191031094112.PDF del expediente Administrativo

por el cual, es dable concluir que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios.

EMPLEADOR	F/DESDE	F/HASTA	TOTAL
JUAN CLÍMACO GUERRERO MARTÍNEZ	6/09/2015	30/09/2015	0
	1/10/2015	31/12/2015	90
	1/01/2016	31/03/2016	90
	1/05/2016	31/12/2016	240
	1/01/2017	31/12/2017	360
	1/01/2018	31/07/2018	210
	1/08/2018	6/09/2018	0
TOTAL DIAS			990
TOTAL SEMANAS			141,43

Ahora, el segundo precepto normativo referido al inicio de la providencia, esto es, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dispone que serán beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, la cónyuge o la compañera permanente del causante, siempre y cuando acrediten que hicieron vida marital con el causante hasta su muerte, habiendo convivido con este no menos de 5 años con anterioridad a su muerte.

En relación con este requisito legal, la Sala Laboral de la CSJ, a través de la sentencia SL1730-2020, varió la postura que había sostenido de antaño, para indicar que los 5 años de convivencia señalados en la normativa en comento, solo se exigen a la cónyuge o compañera reclamantes de la pensión, en aquellos casos en los cuales el fallecido es un pensionado, pero que cuando quien fallece es un **afiliado**, únicamente se deberá acreditar, como mínimo, “(...) *la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (...)*”. esta tesis fue reiterada en la sentencia SL2901-2021, en cual se dijo que, “*Entender que el requisito de convivencia del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 es exigible solo para quien pretenda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada por el pensionado fallecido y no para quien solicite tal prestación respecto del causante afiliado sin un derecho pensional consolidado, no comporta una vulneración del principio de igualdad ni es contrario al principio de no discriminación, pues está fundado en un elemento diferenciador, cual es la condición en la que se encuentre el asegurado causante de la prestación.*”.

Por su parte, la Corte Constitucional se pronunció sobre este aspecto en la sentencia SU-149 de 2021, en la cual expuso lo siguiente:

“Sobre la violación directa de la Constitución, la Sala sostuvo que se desconoció el principio de igualdad con la interpretación del requisito de convivencia previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. La distinción introducida por la Corte Suprema de Justicia, al disponer que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados, no armoniza con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia. Así mismo, esa diferenciación carece de una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad, por lo que resulta arbitraria.

La violación directa de la Constitución también se presentó por desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Este precepto se desconoce cuándo se reconocen derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes. Esto ocurrió en el presente caso al dejar en firme la providencia que ordenó el reconocimiento pensional a la compañera permanente, pese a no demostrar la convivencia de cinco años exigida en la ley. A esta razón se suma, que la regla sentada por la Corte Suprema de Justicia incrementaría en un número importante el número de personas que se harían acreedoras de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia y el pasivo pensional aumentaría en 461% según estimaciones aportadas por el Ministerio de Hacienda en sede de revisión. Así, al no tenerse en cuenta el requisito de convivencia de la peticionaria con el afiliado, se omite el criterio de distribución de recursos escasos que es necesario para evitar una afectación desproporcionada a las finanzas del Sistema General de Pensiones, lo que redundaría en la vulneración de los principios de universalidad y sostenibilidad financiera.

Asimismo, la Sala Plena determinó que en la decisión de la Sala de Casación Laboral se configuró un defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal aplicable al caso analizado. Sostuvo que la lectura acogida por la Corte Suprema de Justicia partía de una hermenéutica plausible del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. No obstante, en concordancia con lo expuesto sobre la violación directa de la igualdad y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, dicha interpretación contradecía principios constitucionales y conducía a resultados desproporcionados respecto de la desprotección del grupo familiar ante reclamaciones pensionales ilegítimas y en relación con la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que es amparar a la familia del fallecido.

Por último, para verificar la configuración del desconocimiento del precedente, la Sala determinó que el precedente aplicable en la materia es la Sentencia SU-428 de 2016. La Sala de Casación Laboral se apartó indebidamente de esa decisión pues no cumplió con las cargas de transparencia y suficiencia de la argumentación. No mencionó explícitamente su apartamiento del precedente fijado por la Corte Constitucional ni mucho menos expuso en forma adecuada las razones

por las cuales su postura divergente garantizaba de mejor modo los principios y valores constitucionales involucrados. Esto a pesar de que se trataba de un fallo de unificación que determinaba, con carácter vinculante, el contenido y alcance del derecho a la seguridad social ante el problema jurídico materia de decisión en el asunto de la referencia.”

Vistas las dos posturas jurisprudenciales en comento, a juicio de esta Colegiatura, analizados los argumentos esgrimidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral para sustentar el cambio de precedente frente al requisito para obtener la pensión de sobreviviente (cuando la muerte deviene del afiliado), contrarían el principio sostenibilidad financiera. Recordemos que es un deber asegurar la eficiencia, sostenibilidad y existencia de los regímenes pensionales, principalmente para lograr tener los recursos necesarios para poder prestar, reconocer y pagar las diferentes prestaciones a cargo del sistema, el cual se verá seriamente afectado ante la inaplicación del requisito de la convivencia ante el fallecimiento del afiliado, sin obviar el hecho de que se trasgrede el principio de igualdad al ofrecer disímil tratamiento para igual derecho, y es que si bien no es lo mismo un pensionado que un afiliado, la prestación que protegerá al beneficiario de la contingencia de la muerte si lo es. En suma, en los términos del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 del 2003, es requisito sine qua non para acceder a la pensión de sobrevivientes, originada con el fallecimiento de un afiliado al Sistema de Pensiones, tratándose de eventuales beneficiarios, ya sea cónyuges o compañeros permanentes, la convivencia en un tiempo no menor a cinco años, tal y como se exige para acceder al beneficio pensional al fallecer el pensionado, pensarlo de otra forma además de darle un sentido exegético a la norma desconoce los principios de solidaridad, igualdad y sostenibilidad que permean las leyes que gobiernan el sistema de seguridad social. En tal orden, las enseñanzas traídas por la Corte Constitucional en sentencia SU-149- 2021, sumado a que propenden por garantizar el derecho de igualdad propio de esta clase de decisiones, se ajustan a un correcto entendimiento de la norma dado que se acompaña con los principios rectores de la seguridad social.

Conforme lo expuesto, considera esta Corporación que, independientemente si la pensión de sobrevivientes se reclama por muerte de afiliado o pensionado, si quien pretende el reconociendo es cónyuge o compañero (a) permanente, debe acreditar el mínimo de 5 años de convivencia que, para el caso de esta última, deben ser inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante. Adicionalmente, es necesario resaltar que, en

cualquiera de las dos posturas jurisprudenciales para acceder a prestaciones de sobrevivencia, es un requisito sine qua non, cuando quien reclama es compañero (a) permanente, que la unión marital de hecho o el núcleo familiar debe encontrarse vigente para la fecha de la muerte del causante.

Aclarado lo anterior, en el caso bajo estudio, la Sala no comparte lo considerado por la A quo en relación con la convivencia de la promotora de la acción con el afiliado fallecido, pues si bien podría colegirse que para la fecha del deceso de este último existía una relación con vocación de permanencia, contrario a lo esgrimido por el recurrente activo, los medios de prueba practicados no enseñan fehacientemente que la pareja convivió por un lapso correspondiente al mínimo exigido por la norma, en razón a que los testimonios recaudados dentro del juicio; primero, no son prueba contundente de la convivencia y; segundo, los mismos presentan contradicciones frente a la versión de la promotora de la acción, conforme se pasa a explicar:

En el expediente admirativo obra declaración extrajuicio rendida por la señora AURA NELSI ZAMBRANO ZAMBRANO, en la cual manifestó, bajo la gravedad del juramento, que había iniciado su convivencia con el señor Juan Clímaco Guerrero Martínez (Q.E.P.D.) desde el 8 de septiembre de 2013⁷; sin embargo, al absolver interrogatorio de parte dentro del proceso, afirmó que había iniciado su convivencia con el causante, el 6 de septiembre de 2013, es decir, exactamente cinco años antes del fallecimiento de este (Min. 07:30 – 23:15).

También milita en el plenario la declaración extrajuicio que rindió el señor Oscar Alberto Guerrero, hijo del causante, dentro de la cual manifestó que le constaba que su padre había convivido con la demandante por espacio de cinco años y medio y que dicha convivencia se mantuvo hasta la fecha de la muerte del afiliado⁸. Al rendir testimonio dentro del proceso, dicho testigo si bien podría decirse que ratificó su declaración extrajuicio, como quiera que expuso que la convivencia de la pareja había iniciado a principios de 2013 (Min. 24:50 – 38:19), nótese como esa versión contradice lo expuesto por la propia promotora de la acción, quien se itera, indicó que la convivencia con el causante se inició en septiembre de 2013.

⁷ Archivo GEN-COM-AU-2018_12093812-20180925014334.pdf del Expediente Administrativo

⁸ Archivo GEN-ANX-CI-2018_16087037-20181219010200.pdf del Expediente Administrativo

Ahora, dentro del proceso también se escuchó la declaración de la señora Patricia Barrantes Sanabria (Min. 47:55 – 58:31); no obstante, esta deponente no es testigo directa de la convivencia que pudo existir entre el causante y la promotora de la acción, ya que indicó que conoció a la pareja porque estos compraban en un establecimiento de su propiedad la harina y la mantequilla para una panadería que estos tenían, pero señaló que nunca los visitó en su casa de habitación y que sabía que vivían juntos porque un hijo de la demandante, que era su trabajador en dicho establecimiento, se lo comentó, es decir, la declarante no es testigo directa de la convivencia de la pareja y, por tanto, menos aún podría dar cuenta del lapso que perduró la misma.

También se observa la declaración extrajuicio de la señora Dilia María Rojas Benavidez dentro de la cual expuso que conoció a la demandante, el 14 de septiembre de 2013 y a su vez, que le constaba la convivencia de esta con el afiliado fallecido desde el 8 de septiembre de 2013⁹, resultando no solo evidente su contradicción al manifestar que le consta la convivencia del causante con la demandante incluso por un periodo anterior al que afirmó conocer a esta última, sino que la fecha en la cual aduce le consta dicha convivencia es insuficiente para demostrar el término mínimo de convivencia exigido en la norma aplicable, que es de cinco años.

En efecto, analizados los medios de prueba que obran en el plenario bajo las reglas de la sana crítica, resultan protuberantes las contradicciones que existen en las versiones de los declarantes entre sí y en relación con lo afirmado por la promotora de la acción, tanto en declaración extrajuicio como dentro del proceso al absolver interrogatorio de parte e incluso la contradicción entre estas dos versiones, situación que de contera impide que la Sala pueda dar por demostrado que la señora AURA NELSI ZAMBRANO ZAMBRANO convivió con el señor Juan Clímaco Guerrero Martínez (Q.E.P.D.) dentro de los cinco años anteriores al deceso de este, ya que no existe en el cartapacio un elemento de juicio que en realidad dé cuenta de dicha convivencia por el lapso exigido por la norma aplicable.

Hay que resaltar que no es posible, como lo pretende el recurrente activo, que se tenga por iniciada la convivencia desde el año 2012, época para la cual

⁹ Archivo GRP-MCC-TE-2018_12545272-20181004090212.pdf del Expediente Administrativo

afirmó la demandante inició un noviazgo con el afiliado fallecido, pues aunque el testigo Oscar Alberto Guerrero manifestó que antes de que la pareja iniciara su convivencia llevaba más o menos un año de noviazgo, lo cierto es que ese aspecto no cumple con los criterios que frente al concepto de convivencia ha desarrollado la jurisprudencia especializada laboral, los cuales fueron reiterados en la Sentencia SL3246-2022 y que corresponden a entranar una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacía un destino común, lo cual se condensa en conformar un núcleo familiar con vocación de permanencia, aspecto que, conforme la versión entregada por la propia promotora de la acción, inicio en septiembre de 2013.

En criterio de este Cuerpo Colegiado, si bien de las declaraciones extrajuicio y las recibidas dentro del proceso se podría tener por demostrado que en efecto existió una convivencia entre la actora y el causante, son las imprecisiones y las contradicciones de estas las que impiden que se le dé plena credibilidad a los deponentes en relación con el lapso en que estuvo vigente dicha convivencia y, en consecuencia, no es posible tener por demostrado el requisito mínimo de cinco años exigido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, siendo esa la carga probatoria que debía cumplir la promotora de la acción.

En ese sentido, indefectiblemente la Sala, al no encontrar elementos de juicio que acrediten la convivencia de cinco años entre la señora AURA NELSI ZAMBRANO ZAMBRANO y el señor Juan Clímaco Guerrero Martínez (Q.E.P.D.), anteriores al deceso de este, debe revocar la sentencia de primera instancia, en tanto la A quo reconoció el derecho pensional bajo la tesis que la demandante no había acreditado ese lapso mínimo de convivencia, pero fundó su decisión dentro del marco de la sentencia SL1730-2020, sobre la cual ya se refirió esta Sala de Decisión. En esos términos, la Sala queda relevada, por sustracción de materia, de analizar los demás problemas jurídicos planteados.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será revocada. Costas de ambas instancias a cargo de la parte DEMANDANTE. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

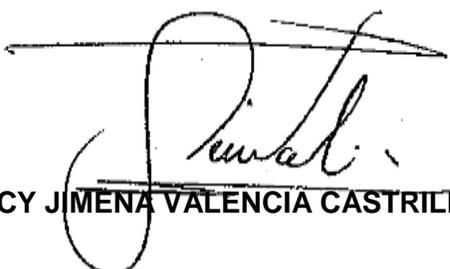
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 10 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de ambas instancias a cargo de la parte DEMANDANTE. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

(En uso de permiso)

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2019-00597-01
DEMANDANTE:	MARÍA LUZ CELIS DE MORALES
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 22 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia del 22 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta, en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA LUZ CELIS DE MORALES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PESNIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-024-2019-00597-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que el señor José del Carmen Morales Patiño (Q.E.P.D.) dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes; que la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes desde el 30 de junio de 2003; como consecuencia de ello, se condene a la pasiva al reconocimiento y pago de esa prestación desde la fecha indicada; al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación, y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor José del Carmen Morales Patiño (Q.E.P.D.) falleció el 30 de junio de 2003 por causas de origen común; que para esa fecha estaba afiliado al RPM y había cotizado 149 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento; que convivió con el causante en calidad de esposos desde el 29 de noviembre de 1975 hasta la fecha del deceso de este; que presentó la reclamación de la pensión de sobrevivientes, pero esta le fue negada porque el causante no cumplía el requisito de fidelidad al sistema; no obstante se le reconoció la calidad de beneficiaria y se le concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, expuso que el afiliado no alcanzó a cotizar las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento.

Propone como excepciones de fondo: Carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 22 de septiembre de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobreviviente a partir del 30 de junio de 2003, en cuantía inicial del SMLMV, por 14 mesadas al año; a pagar la suma de

¹ Archivo 003 Expediente Digital

² Archivo 08 Carpeta 01 Expediente Digital

\$65.703.214, por concepto del retroactivo pensional causado entre el 10 de septiembre de 2016 y el 31 de agosto de 2022, del que autorizó descontarse los aportes a salud; a reconocer y pagar los intereses moratorios, de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 10 de septiembre de 2016 y hasta cuando se efectuó el pago del retroactivo pensional; declaró probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas entre 30 de junio de 2003 y el 09 de septiembre de 2016 y condenó en costas a la pasiva.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que el causante falleció 30 de junio de 2003, acreditando el requisito de densidad de semanas, como quiera que dentro de los tres años anteriores al deceso cotizó 149 semanas, y que si bien para esa data estaba vigente el requisito de fidelidad al sistema, pues su inexequibilidad fue declarada a través de sentencia C-556 de 2009, los operadores judiciales tenían la obligación de inaplicar normas que fueran regresivas, más aun cuando dicha norma desde siempre fue inconstitucional, pues la sentencia tuvo un carácter declarativo y no constitutivo, por lo que había de tenerse como cumplidos los requisitos para causar la pensión de sobrevivientes. Agregó, que la demandante había acreditado la calidad de cónyuge supérstite y no era necesario que acreditara los 5 años de convivencia con antelación a la muerte del afiliado conforme lo establecido por la Sala Laboral de la CSJ en la sentencia SL1730 de 2020, por lo cual era procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero como quiera que la reclamación administrativa se agotó con la Resolución del 27 de junio de 2004 y la demanda solo se presentó hasta el 10 de septiembre de 2019, se encontraban prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 10 de septiembre de 2016. Además, que del retroactivo se debía descontar el valor reconocido a la demandante por indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Finalmente, sostuvo que procedían los intereses moratorios debido que la AFP omitió el pago de las mesadas pensionales a las que tenía derecho la demandante desde 2003.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que no puede condenarse a los intereses moratorios, pues la entidad resolvió la solicitud de la pensión efectuando el análisis del caso particular con base en la preceptiva legal que llevó a negar el reconocimiento, puesto que la demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos de ley. Agregó que el causante falleció en el año 2003, de lo que se

observa que en su momento no dejó causada la prestación, por lo que la entidad procedió a reconocer una indemnización sustitutiva, es decir, se actuó de buena fe bajo los parámetros del artículo 49 de la Ley 100 de 1993. Frente a las costas, alega que se debe tener en cuenta que dentro del proceso la entidad tuvo animo conciliatorio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, determinar si la señora MARÍA LUZ CELIS DE MORALES tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor José del Carmen Morales Patiño (Q.E.P.D.); segundo, si resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y; tercero; si se debe revocar la condena en costas impuesta a COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor José del Carmen Morales Patiño (Q.E.P.D.), falleció el 30 de junio de 2003, según se desprende del registro civil de defunción (f. 1 Archivo 005 ED); **2.** Que la señora MARÍA LUZ CELIS DE MORALES y el señor José del Carmen Morales Patiño (Q.E.P.D.) contrajeron nupcias, el 29 de noviembre de 1975, según se extrae del registro civil de matrimonio (f. 2 Archivo 005 ED); **3.** Que la demandante presentó reclamación administrativa de la pensión de sobrevivientes, el 17 de julio de 2003, la cual le fue negada a través de

Resolución No. 019265 de 2004, y en su defecto se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes (fs.4-5 Archivo 005 ED).

Es necesario resaltar, que, en el referido acto administrativo, la AFP reconoció que el señor José del Carmen Morales Patiño (Q.E.P.D.) había cotizado 149 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento, pero sustentó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en que este solo acreditaba 17,69 % de fidelidad al sistema. Asimismo, reconoció que la señora MARÍA LUZ CELIS DE MORALES acreditó los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerada beneficiaria de la prestación, razón por la que, en defecto de esta, se le reconoció la indemnización sustitutiva.

Ahora, como punto de partida, se tiene que la norma aplicable para dilucidar el presente conflicto es la vigente al momento de la muerte del afiliado, que como ya se anotó, ocurrió el 30 de junio de 2003, calenda para la cual estaban vigentes los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, respectivamente. El primer precepto normativo en referencia disponía para esa calenda lo siguiente:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. (modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003)
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:*
 - a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;*
 - b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.”*

Los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 fue declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-556 de 2009, es decir, para la fecha en que falleció el señor José del Carmen Morales Patiño (Q.E.P.D.), las normas aún no habían sido declaradas inexecutable. Sin embargo, de acuerdo con la línea jurisprudencial vigente sobre ese tópico que ha desarrollado

la Sala Laboral de la CSJ, reiterada recientemente en Sentencia SL2408-2022, el requisito de fidelidad impuesto por las citadas normas, impuso una condición regresiva en materia pensional que no se encontraba contenida en la Ley 100 de 1993 en su versión original, razón por la cual, independientemente del momento en que se declaró su inexecutable, tales preceptos siempre fueron contrario al orden constitucional y a los principios que rigen el SGSSP, razón por la que los operadores judiciales deben de abstenerse de dar aplicación a tales exigencias.

Dijo la Sala Laboral de la CSJ, en esa oportunidad, lo siguiente:

“En lo que tiene que ver con el requisito de fidelidad al sistema, es preciso recordar que esta Corporación en sentencias CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832 y CSJ SL, 10 jul. 2010, rad. 42423 (pensión de invalidez), y luego en providencias CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 42540 y CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 42501 (pensión de sobrevivientes), cambió su criterio para señalar que el requisito de fidelidad incorporado en las reformas pensionales (L. 797 y L. 860 de 2003) del sistema general de pensiones, impuso una evidente condición regresiva en relación con lo establecido originalmente en la L. 100/1993, motivo por el cual, los juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicar esa exigencia, por resultar abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la Carta Política, especialmente con el principio de progresividad y no regresividad.

Tal decisión, no debe ser vista como una aplicación retroactiva de la sentencia C-556/2009, como lo asegura la censura, sino, más bien, como un ejercicio de inaplicación de un precepto que desde su expedición fue manifiestamente contrario a los mandatos de la Carta Política.

Así las cosas, la decisión del Tribunal en este aspecto también es acertada, y se amolda al criterio de esta Corporación, reiterado en múltiples sentencias como la CSJ SL 17484-2014, CSJ SL 9182-2014, CSJ SL6317-2016, CSJ SL6320-2016 y CSJ SL6326-2016.”

Claro resulta entonces que, a pesar de que para la fecha del deceso del afiliado no se había declarado la inexecutable de los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, los requisitos contenidos en dichos preceptos no son exigibles a ningún afiliado al sistema y como quiera que revisada la historia laboral allegada al proceso por COLPENSIONES³, se tiene que el señor José del Carmen Morales Patiño (Q.E.P.D.) cotizó 373,43 semanas en toda su vida laboral, de las cuales, de acuerdo con el cómputo efectuado por la Sala, 142 semanas fueron cotizadas dentro de los tres años anteriores a su deceso, que corresponde al interregno transcurrido entre 30 de junio de 2000 y 30 de junio de 2003, motivo por el cual, es dable concluir que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios.

³ GEN-RES-CO-2019_7852131-20190627031530.PDF del expediente Administrativo
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

EMPLEADOR	F/DESDE	F/HASTA	TOTAL
JOSÉ DEL CARMEN MORALES PATIÑO	30/06/2000	30/06/2000	1
	1/07/2000	31/12/2000	180
	1/01/2001	31/05/2001	150
	1/07/2001	31/12/2001	180
	1/01/2002	30/09/2002	270
	1/11/2002	31/12/2002	60
	1/01/2003	31/05/2003	150
	1/06/2003	30/06/2003	0
TOTAL DIAS			991
TOTAL SEMANAS			142

Ahora, respecto la calidad de beneficiaria de la señora MARÍA LUZ CELIS DE MORALES, como se dejó sentado al inicio de estas consideraciones, dicha calidad ya le fue reconocida a la promotora de la acción a través de la Resolución No. 019265 de 2004, con la cual le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

Que según lo expuesto hasta el momento la única prestación a la que hay lugar es la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 49 de la Ley 100, en concordancia con el artículo 36 de la misma Ley, razón por la cual se procederá a reconocerla a las personas que acrediten su calidad de beneficiarios.

Que revisados los documentos obrantes en el expediente, se establece que los solicitantes acreditaron los requisitos para ser considerados como beneficiarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual se procederá a reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cual se liquidará conforme con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 20 de la misma Ley, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, y 3 del Decreto 1730 de 2001.

Que en consecuencia,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Negar pensión de sobrevivientes de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

ARTICULO SEGUNDO: Conceder indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, por fallecimiento del afiliado JOSE DEL CARMEN MORALES PATIÑO así:

BENEFICIARIO	INDEMNIZACION
CELIS DE MORALES MARIA LU	3.068,560

Con base en lo anterior, encontrando la Sala que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la prestación principal que cubre el riesgo de muerte, es decir, la pensión de sobrevivientes, por lo que resulta procedente su reconocimiento a la señora MARÍA LUZ CELIS DE MORALES, al no encontrarse en discusión su condición de beneficiaria del causante, por lo cual habrá de confirmarse la decisión que al respecto adoptó la primera instancia, en tanto declaró el derecho pensional en cabeza de la actora desde el 30 de junio de 2003, fecha del fallecimiento del causante.

Sin embargo, tal como también lo declaró el A quo, atendiendo que la reclamación administrativa fue resuelta a través de la Resolución No. 019265 de 2004 y que la demanda fue presentada solo hasta el 10 de septiembre de 2019

(Archivo 006 ED), es decir, cuando ya habían transcurrido con creces los tres años indicados en el artículo 151 del C.P.T. y S.S., todas las mesadas causadas con antelación al 10 de septiembre de 2016 se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo.

En relación con el monto de la mesada pensional, hay que anotar que el A quo declaró que esta sería equivalente al salario mínimo, sin que la parte demandante presentara inconformidad alguna frente al fallo, razón por la que también se confirmara la decisión en ese aspecto. El número de mesadas serán 14, como quiera que la pensión se causó con anterioridad a la limitación de mesadas pensionales establecida por el A L. 01 de 2005.

Una vez realizada la liquidación del retroactivo pensional desde el 10 de septiembre de 2016 al 30 de noviembre de 2022, conforme la actualización de la condena ordenada por el artículo 283 del C.G.P., arrojó como resultado la suma de **\$73.080.516**, el cual se seguirá causando, hasta la fecha efectiva de su pago, razón por la que se modificará la sentencia en ese aspecto. COLPENSIONES está autorizada para descontar del retroactivo los aportes con destino al SGSSS y también la suma que por concepto de indemnización de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes hubiese pagado a la demandante, debidamente indexada desde la fecha en que haya realizado el pago y hasta la fecha en que efectivamente realice el descuento autorizado.

DESDE	HASTA	#MES	MESADA CALCULADA	RETROACTIVO
10/09/2016	31/12/2016	4,66	\$ 689.455,00	\$ 3.212.860
1/01/2017	31/12/2017	14	\$ 737.717,00	\$ 10.328.038
1/01/2018	31/12/2018	14	\$ 781.242,00	\$ 10.937.388
1/01/2019	31/12/2020	14	\$ 828.116,00	\$ 11.593.624
1/01/2020	31/12/2020	14	\$ 877.803,00	\$ 12.289.242
1/01/2021	30/04/2021	14	\$ 908.526,00	\$ 12.719.364
1/01/2022	30/11/2022	12	\$ 1.000.000,00	\$ 12.000.000
TOTAL RETROACTIVO				\$ 73.080.516

Con relación a los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos se generan una vez vence el plazo de 4 meses que por ley tiene la entidad administradora para el reconocimiento de la pensión de vejez. Al respecto, ha dicho el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral que los intereses moratorios tienen naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, por lo cual no dependen de la buena o mala fe del deudor, sino que son procedentes ante la

circunstancia objetiva de mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, ya sean completas o parte de ellas (CSJ SL2659-2021 y CSJ SL2843-2021).

No obstante, hay que resaltar que si bien la Sala Laboral de la CSJ ha enseñado que, por regla general, no se consulta la buena o mala fe del deudor para determinar la procedencia de los intereses, existen excepcionalísimos eventos en que estos resultan improcedente, "...v. gr., cuando «*las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas*» (CSJ SL3130-2020).

En el presente caso, es evidente que para cuando se resolvió el asunto administrativamente la norma sobre fidelidad al Sistema General de Pensiones estaba vigente (año 2003), pero después fue declarada inexecutable (año 2009) y la jurisprudencia especializada laboral decidió la inaplicación de ese literal a) del art. 12 de la Ley 797 de 2003 por inconstitucionalidad, desde su vigencia, al tratarse de una disposición regresiva (año 2012), y la demanda fue incoada en el año 2019, es decir, con posterioridad a los pronunciamientos judiciales. Por esta razón, tal como lo definió la Sala de Casación Laboral dentro de la Sentencia SL2408-2022, citada en líneas que anteceden, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 solo resulta procedente a partir de la ejecutoria del fallo, motivo por el cual la Sala modificará la sentencia en el sentido de ordenar que las mesadas pensionales sean indexadas mes a mes desde su causación hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia y, a partir del día siguiente al de la ejecutoria, comenzarán a causarse los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas pensionales adeudadas.

Finalmente, en relación con la condena en costas objeto de reproche por la recurrente. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia, por lo que considera la Sala que no le asiste razón a la apelante, pues conforme el art. 365 del C.G.P., al revisar su actuar durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que mantuvo su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo cuando la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, razón por lo que se confirmará la decisión en ese sentido.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada. Costas de esta instancia a cargo de la parte DEMANDADA, por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 22 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a la señora **MARÍA LUZ CELIS DE MORALES** la suma de **\$73.080.516**, por concepto de retroactivo de la pensión de sobrevivientes liquidado del 10 de septiembre de 2016 al 30 de noviembre de 2022, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de su pago. COLPENSIONES está autorizada para descontar del retroactivo la suma que por concepto de indemnización de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes hubiese pagado a la DEMANDANTE, debidamente indexada desde la fecha en que haya realizado el pago y hasta la fecha en que efectivamente realice el descuento autorizado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

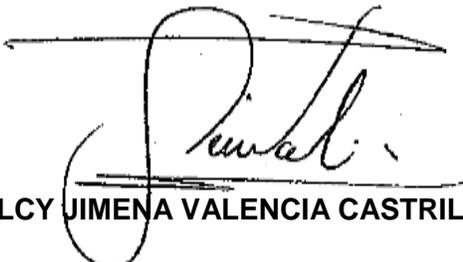
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a indexar mes a mes las mesadas pensionales reconocidas a la señora **MARÍA LUZ CELIS DE MORALES** desde su causación hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia y, a partir del día siguiente al de la ejecutoria, comenzarán a causarse los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas pensionales adeudadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte DEMANDADA.
Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

(En uso de permiso)

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2020-00355-01
DEMANDANTE:	GLORIA MARCELA CORTÉS JARAMILLO
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Consulta Sentencia 25 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Corrección historia laboral
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de atender el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE frente a la sentencia del 25 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **GLORIA MARCELA CORTÉS JARAMILLO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-024-2020-00355-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA Y REFORMA¹

La promotora de la acción pretende se ordene a COLPENSIONES incluir en su historia laboral los periodos de enero de 1996 a septiembre de 1997 por cuenta del empleador LAVANDERÍA MODERNA LIMITADA y se condene en costas a la demandada.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que laboró para la empresa LAVANDERÍA MODERNA LIMITADA entre el 1º de febrero de 1995 al 1º de noviembre de 2002, periodo durante el cual estuvo afiliada en pensión a COLPENSIONES y en salud a EPS COLMENA hoy ALIANSALUD, en esta última de 1996 a 2002; que la empresa entró en proceso liquidatorio, siendo designada como liquidadora para adelantar el trámite de la liquidación, según acta de socios del 5 de septiembre de 2002; que dentro del proceso de liquidación procedió a revisar los aportes a pensión efectuados a los diferentes trabajadores, incluyendo los suyos, observando que en su historia laboral aparecían aportes no pagados, por lo que procedió a cancelarlos a COLPENSIONES, con los respectivos intereses a través de MI PLANILLA de COMPENSAR, pero estos quedaron cargados a su nombre; que pese a haber cancelado los aportes y registrarse el pago de los mismos, en su historia laboral se registra la anotación “*No registra la relación laboral en afiliación para este pago*” y el periodo cancelado aparece en cero, por lo que solicitó a COLPENSIONES que corrigiera su historia laboral, pero recibió respuesta informándole que no podían cargar a su historia laboral tales periodos, por cuanto fueron realizados como independiente y pagados en forma extemporánea.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LA REFORMA²

La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, sostuvo que las inconsistencias presentadas en los pagos y la afiliación de la demandante impiden acceder a la solicitud de actualización de tiempos laborados para la empresa LAVANDERÍA MODERNA cuando ni siquiera obra afiliación.

¹ Fs. 4-19 Archivo 01 y Fs. 3-18 Archivo 8 Expediente Digital

² Fs. 25-32 Archivo 05 y Fs. 2-3 Archivo 14 Expediente Digital

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), cobro de lo no debido, buena fe, falta de causa para pedir, prescripción, genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 25 de octubre de 2022, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamento de su decisión, manifestó la A quo que no existe prueba de la afiliación de la demandante al sistema pensional por cuenta de la LAVANDERÍA MODERNA LIMITADA después del periodo de septiembre de 1995, cuando se registró su novedad de retiro. Asimismo, que no existía prueba fehaciente, como lo exige la jurisprudencia en estos casos, de la existencia del vínculo laboral con dicha empresa para ordenar que realice el pago de cálculo actuarial, pues los medios de prueba practicados no ofrecían la claridad suficiente para esa declaratoria, en razón a que el testimonio de Fabio Villamil no resulta creíble debido a que manifestó que no conocía a los socios de la empresa y que su relación siempre fue la de cliente, cuando del acta de socios se observa que el testigo era socio de dicha entidad. Agregó, frente al testimonio de Juan Carlos Soler, que el testigo no dio cuenta de la ciencia de su dicho y que la relación laboral no se desprendería del hecho que la demandante hubiese estado afiliada al sistema de salud o caja de compensación por cuenta de la empresa.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos, las pretensiones de la presente acción y lo decidido por la Primera Instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si es procedente o no ordenar a COLPENSIONES que corrija la historia laboral de la señora GLORIA MARCELA CORTÉS JARAMILLO con inclusión del periodo transcurrido del 1º de enero de 1996 a 30 de septiembre de 1997.

CONSIDERACIONES

Lo pretendido por la promotora de la acción es que COLPENSIONES incluya los periodos de enero de 1996 a septiembre de 1997, no registrados en su historia laboral, aduciendo que durante dicho interregno fue trabajadora dependiente de LAVANDERÍA MODERNA LIMITADA, entidad actualmente disuelta y en estado de liquidación, según se extrae de la Escritura Pública No. 2225 del 28 de noviembre de 2002³ y del certificado de existencia y representación.⁴

Frente a este aspecto, lo primero que se debe precisar es que, conforme la historial laboral de la demandante expedida por COLPENSIONES, la señora

³ Fs. 24-25 Archivo 01 Expediente Digital

⁴ Fs. 29-30 Archivo 01 Expediente Digital

GLORIA MARCELA CORTÉS JARAMILLO estuvo afiliada al sistema pensional por cuenta de LAVANDERÍA MODERNA LIMITADA desde el 15 de febrero de 1990 hasta el 1º de septiembre de 1995, fecha en que se registró su novedad de retiro (fs. 40-19 Archivo 01 ED), es decir, este caso no se trata de aportes en mora, sino una supuesta omisión en la afiliación, razón por la que, al tenor de lo adocinado por la jurisprudencia especializada laboral, los eventos de «*mora*» en el pago de los aportes se diferencian en sus consecuencias frente a la «*falta de afiliación*» al sistema de pensiones, pues en este último caso, que es el de la demandante, no es posible imputarle negligencia o descuido a la entidad de seguridad social en relación con el deber de cobro coactivo de los aportes.

Lo anterior, por cuanto al no existir el acto de afiliación que informara al sistema pensional sobre el vínculo laboral, no es posible atribuirle responsabilidad a la administradora en relación con el cobro de los aportes, en tanto desconocía el hecho generador de la cotización. De esta manera, COLPENSIONES no estaba habilitada para adelantar acciones de cobro contra los empleadores omisos, por cuanto era ajena a la existencia de la relación de trabajo que ahora afirma la demandante (CSJ SL3609-2021).

En este sentido, también ha adocinado la Sala Laboral de la CSJ, de manera pacífica y reiterada, que para convalidar los aportes por omisión en la afiliación, esto es, a través del cálculo actuarial, se requiere la comprobación de la existencia de la relación laboral durante el período en que el trabajador dice haber prestado sus servicios, más aún, como en este caso, que en la historia laboral aparece la anotación “*no registra la relación laboral en afiliación para este pago*” para los ciclos que se pretende sean imputados y que fueron cancelados directamente por la promotora de la acción.

Ahora, en criterio de la Sala, tal como lo consideró la A quo, en este asunto no existen elementos de prueba con la identidad suficiente para tener por demostrada una relación laboral entre la demandante y la LAVANDERÍA MODERNA LIMITADA, situación que impide dar prosperidad a las pretensiones de la demanda.

Respecto del testimonio del señor Fabio Villamil Camacho (Min. 14:16 – 25:31) hay que señalar que este testigo fue completamente contradictorio y su versión riñe con la realidad que emerge de otros elementos de prueba que obran en el expediente, pues aunque manifestó que la demandante prestaba sus servicios en la lavandería porque era quien lo atendía cuando requería de los servicios y que además le constaba que realizaba algunas labores de plancha, indicó que esto le constaba porque era vecino y cliente de la lavandería, siendo esa su única relación con dicha entidad, negando categóricamente que hubiese sido dueño de esta o socio; sin embargo, del certificado de existencia y representación, se observa que el señor Villamil Camacho, junto con la aquí demandante, tenían la calidad socios capitalistas de la sociedad (f. 30 Archivo 01 ED), además, ambos suscribieron el acta de la reunión en la que se decidió y aprobó la disolución y liquidación de la sociedad. Resultó tan evidente y contradictoria la versión del testigo, que, en medio de su declaración, la señora GLORIA MARCELA CORTÉS JARAMILLO, abogada que actúa en causa propia, presentó desistimiento del testimonio, solicitud que le fuese negada como quiera que ya el medio de prueba estaba siendo practicado y por esa presunta falta a la verdad del testigo, la Jueza de instancia compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación.

Sobre el testimonio del señor JUAN CARLOS SOLER PEÑUELA (Min. 30:08 – 39:53), debe indicar la Sala que analizando la versión entregada bajo las reglas de la sana crítica, la misma no resulta creíble y, por tanto, no es medio de prueba idóneo para tener por acreditada la relación laboral necesaria para ordenar la imputación de pago de aportes que pretende la promotora de la acción, pues este testigo indicó conocer a esta última desde hace más de cuarenta años porque estudiaron juntos la carrera de derecho en la Universidad del Rosario, época desde la cual son amigos y además que eran vecinos, por lo cual le constaba que la actora había laborado en la LAVANDERÍA MODERNA LIMITADA como Administradora desde 1994 o 1995, lo cual también le constaba porque era quien lo atendía cuando visitaba el establecimiento. No obstante, este testigo indicó no saber quiénes eran los socios o dueños de la lavandería, ni tampoco si la actora ostentó alguna de esas dos calidades, situación que, en criterio de esta Corporación resulta extraño cuando ese mismo testigo tenía un conocimiento tan preciso, pues así los relacionó, de todas las entidades y empresas en las que había laborado la demandante e incluso

fue enfático en que conocía esos aspectos personales por la larga relación de amistad que tenían, por lo que cuando menos resulta extraño que no conociera que la demandante era una de las socias capitalistas de la lavandería, es decir, una de sus dueñas. Asimismo, nótese que el testigo indicó que le constaba que la actora había laborado desde 1994 o 1995 en dicha empresa, pero lo que muestra la historia laboral de COLPENSIONES, es que desde 1990 había sido afiliada como trabajadora dependiente y que fue precisamente en 1995 cuando se realizó su novedad de retiro.

De otro lado, hay que resaltar que precisamente por esa calidad de socia capitalista es que de los formularios de afiliación a la EPS por cuenta de esa sociedad no es posible tener por acreditado el vínculo laboral, lo que no implica que en el campo de la realidad un socio no pueda ser a la vez empleado de la sociedad; sin embargo, ante dicha particularidad, la prueba de la demostración de la prestación personal del servicio y en general de todos los elementos del contrato de trabajo, deben ser de una identidad suficiente que no dejen margen de incertidumbre en el operador judicial a efectos de convalidar el vínculo laboral.

De acuerdo con lo anterior, ante las imprecisiones y contradicciones de los testigos y que no existe en el plenario una prueba documental que dé cuenta certera de la existencia del contrato de trabajo entre la señora GLORIA MARCELA CORTÉS JARAMILLO y la LAVANDERÍA MODERNA LIMITADA, no es posible ordenar a COLPENSIONES a que, a través del cálculo actuarial, reciba el periodo de cotización que echa de menos la demandante y, en consecuencia, tampoco se le puede ordenar a la AFP que corrija la historia laboral.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada. Sin Costas en esta instancia por conocerse en consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

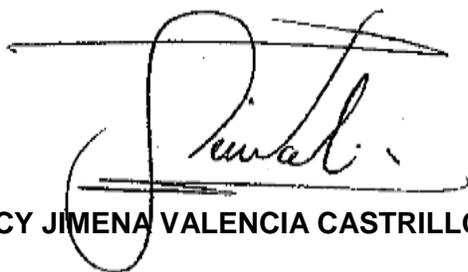
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 25 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

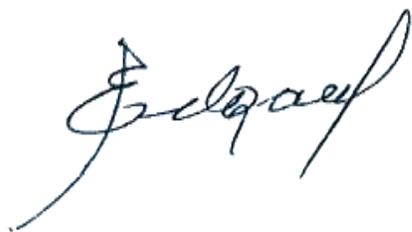
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

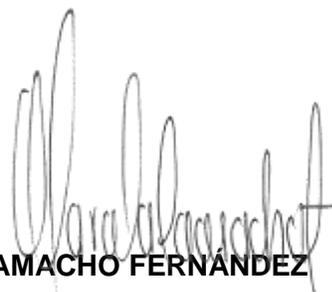
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2021-00506-01
DEMANDANTE:	MARÍA DEL PILAR CONDE OSPINA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 21 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos **PROVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 21 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA DEL PILAR CONDE OSPINA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. 11001-31-05-024-2021-00506-01.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende declare la ineficacia de la afiliación, efectuada del RPM al RAIS en el mes de enero de 1997 ante PORVENIR S.A.; se ordene a PORVENIR S.A. retornar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES, recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad y se condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que desde el 9 de octubre de 1989 hasta el 31 de enero de 1997, estuvo afiliada al otrora ISS, acumulando un total de 372.57 semanas cotizadas; que en enero de 1997, cuando laboraba en la empresa Inversiones la Rosita LTDA, los asesores de la AFP PORVENIR S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional, le aseguraron que el ISS se acabaría, perdiendo lo cotizado hasta el momento, que en el RAIS tendría mayores rendimientos y podría pensionarse en el momento en que quisiera, pero no se le informó del derecho de retracto que le asistía, por todo lo anterior, realizó el traslado del RPM al RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la vinculación de la actora se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños; se llevó a cabo después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación el 08 de noviembre de 1996, mediante formulario de afiliación -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica.

¹ Fs. 5-2 Archivo 01 Expediente Digital

² Fs. 2-24 Archivo 05 Expediente Digital

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que no tuvo conocimiento directo de los pormenores del traslado de la demandante al RAIS, sin embargo, precisa que dicho traslado tiene plena validez, en tanto para la época en que se efectuó el mismo, no se encontraba reglada la forma en que los fondos deben informar de las consecuencias de su traslado al afiliado más allá del contenido de la charla y del formulario de afiliación.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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), cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 21 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A., que se hizo efectiva el 1º de enero de 1997; declaró que para todos los efectos legales, nunca se vinculó al RAIS y siempre permaneció en el RPM; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todo los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, aportes del fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de condenar en costas.

³ Fs. 3-31 Archivo 04 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada PORVENIR S.A. apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumento que el traslado fue eficaz y válido, pues a la demandada se le brindó información y acompañamiento por parte del asesor y esta manifestó haber recibido información clara y precisa, de forma individual, frente a las características y ventajas del RAIS como lo dijo en el interrogatorio de parte. Agregó, que el desconocimiento de la ley no es excusa y las condiciones sobre afiliación, aportes y prestaciones económicas están contenidas en la Ley 100 de 1993 y las partes no podían pactar condiciones distintas, por lo que no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, pues el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento público que se presume auténtico y no fue tachado por ninguna de las partes, de ahí que no puede restársele valor. Además, que para la fecha de la afiliación de la actora no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales. Que imponer cargas no establecidas para la época del traslado es violatorio del debido proceso, por lo que no se puede ordenar la devolución de los gastos de administración, pues estos también existen en el RPM y no forman parte integrante de la pensión de vejez, por lo cual están sometidos al término de prescripción y, en todo caso, esos gastos deben ser compensados con los rendimientos que produjo la cuenta de ahorro individual, aunado a que al ordenarse la indexación se está imponiendo una doble carga a la AFP.

La demandada **COLPENSIONES**, también interpuso recurso de apelación argumentando que la inversión de la carga de la prueba se debe evaluar en cada caso concreto y, en este asunto, se observó que la demandante recibió la información necesaria para la fecha del traslado, pues conoce varias de las

características del RAIS. Que el traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, en razón a que la entidad cuenta con sus afiliados naturales y este tipo de procesos le está imponiendo cargas adicionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARÍA DEL PILAR CONDE OSPINA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **PORVENIR S.A.** (f. 90 Archivo 05 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las

características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en que se trasladó al RAIS porque le dijeron que el ISS se iba a acabar y perdería sus aportes y si bien reconoció que dentro de la reunión individual que sostuvo con el asesor de PROVENIR S.A., que duró alrededor de diez minutos, este le indicó que se abriría una cuenta de ahorro individual a su nombre y que los ahorros generarían unos rendimientos, no por ello ha de colegirse que se cumplió con la obligación que tenía la AFP, pues esta estaba obligada, no solo a proporcionar esas mínimas características del régimen que estaba ofertando, sino las diferencias de este con el RPM y cuales serías las consecuencias, benéficas o no de efectuar el traslado de régimen pensional, aspectos que brillan por su ausencia en este caso (Min. 18:12 - 28:40 archivo de audio y video 013 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración, que cobró la AFP del RAIS durante el

tiempo en que estuvo vinculada la demandante, incluyendo el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliado en el RAIS. Sin embargo, la A quo omitió referirse a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, concepto que también ha de ser devuelto por PORVENIR S.A., en las mismas condiciones anotadas para los demás conceptos. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble

sanción como lo pretende hacer ver la recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*”.

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

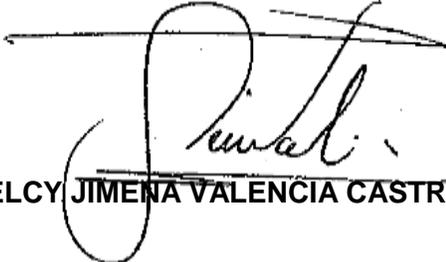
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia del 21 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** que **PORVENIR S.A.** también está obligada en trasladar a **COLPENSIONES** debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes por todo el tiempo en que la señora **MARÍA DEL PILAR CONDE OSPINA** estuvo afiliado en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2019-00522-01
DEMANDANTE:	HÉCTOR MANUEL SÁNCHEZ SANA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 3 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 3 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **HÉCTOR MANUEL SÁNCHEZ SANA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-024-2019-00522-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad de la afiliación, efectuada del RPM al RAIS el 5 de octubre de 1999 ante COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.; como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a registrar su afiliación en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático; se condene a ambas demandadas a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la autorización de su traslado al RPM, desde el 5 de octubre de 1999 hasta la fecha en que se verifique la devolución de los aportes pensionales efectuados, junto con la indexación; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que desde el 21 de noviembre de 1985 hasta el 30 de septiembre de 1.997, estuvo afiliado al otrora ISS, acumulando un total de 609,89 semanas cotizadas; que el 10 de septiembre de 1997, los asesores de la AFP demandada, motivaron su traslado al RAIS ofreciéndole beneficios y prerrogativas superiores y de plano ilusorias a las que podía obtener en el RPM al momento de pensionarse, como por ejemplo que obtendría una mesada pensional superior en un tiempo mucho menor, aunado a que el ISS se acabaría, perdiendo la posibilidad de acceder a una pensión. Que debido a un trámite administrativo de actualización o corrección de su fecha de nacimiento, Colpensiones permitió que feneciera el plazo máximo previsto por la ley para trasladarse de régimen pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la vinculación del actor se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños; se llevó a cabo después de haber sido amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 0283372 -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

¹ Páginas 4 a 13 Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 105 a 124 Archivo 01 Expediente Digital

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica.

COLPENSIONES³

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que no tuvo conocimiento directo de los pormenores del traslado del demandante al RAIS, sin embargo, precisa que si este decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, ello se debió a la información que le brindaron los asesores de la AFP primigenia, aunado a que no obra ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las condiciones de su traslado y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A.⁴

La vinculada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que informó de manera adecuada y completa al demandante, con anterioridad a su vinculación, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el RAIS, lo cual se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación, en el que dejó constancia que su elección fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de

³ Paginas 53 a 64 Archivo 01 Expediente Digital

⁴ Paginas 189 a 235 Archivo 01 Expediente Digital

vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de octubre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a COLFONDOS S.A., realizada el 10 de septiembre de 1997; declaró que para todos los efectos legales, nunca se vinculó al RAIS y siempre permaneció en el RPM; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, aportes del fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES debidamente indexados, los valores que hubiere deducido de los aportes efectuados por el demandante por concepto de gastos de administración; ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante en el RPM y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación argumentando que el traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, en razón a que la entidad cuenta con sus afiliados naturales y este tipo de procesos le está imponiendo cargas adicionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por HÉCTOR MANUEL SÁNCHEZ SANA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido

consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **COLFONDOS S.A.** ni **PORVENIR S.A.**, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el

deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS S.A.** (página 239 Archivo 01 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **COLFONDOS S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que, pese a no ser objeto de reproche, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el demandante fue claro en indicar que un asesor de Colfondos se acercó a su oficina, informándole que el ISS había colapsado, y por ende, lo que había cotizado ya se había perdido, además, le ofreció que con su salario se pensionaría con 4 o 5 salarios mínimos. De otro lado, que se trasladó a la AFP Colpatria porque el asesor de dicha sociedad le indicó que por políticas de su empleador, iban a hacer un cambio de fondo de pensiones (Min. 18:47 - 34:22 archivo de audio y video 08 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobraron las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar a las AFP convocadas trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Sin embargo, la A quo omitió referirse a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, concepto que también ha de ser devuelto por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en las mismas condiciones

anotadas para los demás conceptos. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.”

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el

interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el actor.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **TERCERO** y **CUARTO** de la sentencia del 3 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24)

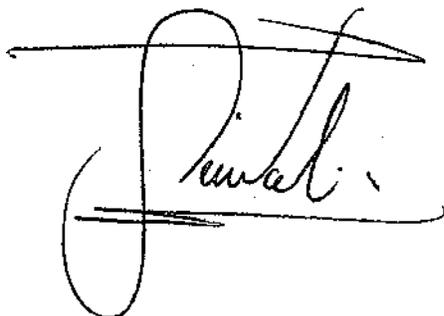
Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** que **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** también están obligadas en trasladar a **COLPENSIONES** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes por todo el tiempo en que el señor **HÉCTOR MANUEL SÁNCHEZ SANA** estuvo afiliado en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

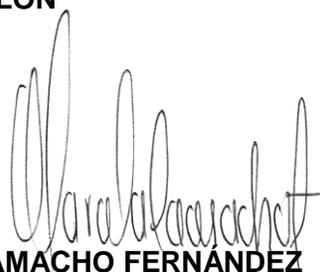
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

(En uso de permiso)

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2021-00573-01
DEMANDANTE:	ROSA CRISTINA MICHEL Y BELTRÁN
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 3 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PROVENIR S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 3 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ROSA CRISTINA MICHEL Y BELTRÁN** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-024-2021-00573-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de la afiliación, efectuada del RPM al RAIS ante PORVENIR S.A., e igualmente, la vinculación efectuada ante la AFP PROTECCIÓN S.A.; se ordene a COLPENSIONES a recibirla en el RPM; se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y cobros por administración al RPM administrado por COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A. los cobros por gastos de administración con destino a COLPENSIONES y se condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que desde el año 1.978, estuvo afiliada al otrora ISS; que en el año de 1999, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. y en el año 2003 se vinculó a la AFP PROTECCIÓN sin que se le informara por dichas sociedades las consecuencias reales de tales actos jurídicos, además, no le brindaron una asesoría, no le promediaron un posible monto de la pensión que pudiese obtener en uno u otro régimen, ni le dieron una información completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el RPM y sus posibles consecuencias futuras.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS 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 hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento.

¹ Fs. 5-2 Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 2 a 25 Archivo 07 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES³

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que no tuvo conocimiento directo de los pormenores del traslado de la demandante al RAIS, sin embargo, precisa que si esta decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, ello se debió a la información que le brindaron los asesores de la AFP primigenia, aunado a que no obra ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, 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 de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A.⁴

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento, y de cualquier fuerza para realizarlo. Dijo que del formulario de vinculación que suscribió la demandante se observa que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, el cual tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada.

³ Páginas 2 a 31 Archivo 04 Expediente Digital

⁴ Páginas 2 a 23 Archivo 08 Expediente Digital

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buen fe, prescripción, inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A., que se hizo efectiva el 25 de noviembre de 1999; declaró que para todos los efectos legales, nunca se vinculó al RAIS y siempre permaneció en el RPM; ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todo los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, aportes del fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES lo que haya deducido de los aportes efectuados a pensión por la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada PORVENIR S.A. apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que el deber de información que ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia se ha venido modulando con el paso del tiempo, por manera que no puede considerarse que esa obligación era la misma en el año 1.999, a la que se exige con posterioridad al año 2014, pues para aquella época ese deber se cumplía atendiendo lo establecido en el Decreto 663 de 1993, con un asesoría de carácter verbal sobre las características de los dos regímenes pensionales, que en el presente caso fue atendido, no siendo dable exigírsele su demostración con una prueba adicional al formulario de afiliación, pues ello no era requerido por la normatividad vigente. Adujo que el deber de información también debió ser observado por el accionante, conforme al Decreto 2255 del año 2010 que contiene el Estatuto Financiero, sin embargo, la parte activa no atendió tal obligación. Señaló que el cambio en las condiciones pensionales que pueda tener un afiliado o esa disparidad entre lo que pretendía recibir como pensión y el monto que posteriormente le presente su administradora de pensiones, no se constituye en una razón suficiente para la declarar la ineficacia de régimen pensional, pues conforme a lo definido por la Corte Constitucional, ambos regímenes tienen por finalidad el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lo cual se cumple por parte de la administradora de pensiones. Dijo que conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la ineficacia tiene lugar cuando se encuentra probado un constreñimiento sobre el afiliado en su escogencia de régimen, ya sea por parte de las AFP o del propio empleador, lo cual no se evidencia en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, aunado a que esa norma no se refiere al deber de información, sino a la protección de la libertad del afiliado, quien no debe recibir ningún tipo de presión en su escogencia de régimen. Concluyó que no es procedente la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, porque ello desborda los efectos de la ineficacia, al ordenar por un lado que se retornen todos los descuentos realizados y a la vez remitir los rendimientos, pese a que debe entenderse que el traslado no tuvo lugar, sin ninguna contraprestación para la AFP, pese a la generación de réditos a favor del afiliado, aunado a que esos réditos serán recibidos por Colpensiones, cuando no contribuyó a su causación, lo cual igualmente, recibirá de manera indexada, generándose un desequilibrio para la AFP, porque ello implica una doble corrección monetaria.

La demandada **COLPENSIONES**, también interpuso recurso de apelación argumentando que la inversión de la carga de la prueba se debe evaluar en cada caso concreto y, en este asunto, se observó que la demandante recibió la información necesaria para la fecha del traslado, el cual efectuó de manera libre y voluntaria, conforme así se advierte de su interrogatorio de parte. Que el traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, en razón a que la entidad cuenta con sus afiliados naturales y este tipo de procesos le está imponiendo cargas adicionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ROSA CRISTINA MICHELY BELTRÁN al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente

que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.** ni **PROTECCIÓN S.A.**, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **AFP PORVENIR S.A.** (Página 39 Archivo 07 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en indicar que se trasladó al RAIS porque las asesoras de Porvenir S.A. le informaron que el ISS se iba acabar, entonces que se afiliara con la sociedad como una mejor opción para ella, acotando que la reunión llevada a cabo duró alrededor de 10 minutos, al punto que solo firmó el formulario, ya que le dijeron que se lo diligenciaban. Que también le refirieron que tenían las mismas garantías del ISS, que se pensionaría con el valor de su último salario y que sus aportes efectuados en el RPM serían trasladados a la AFP (Min. 11:46 - 28:47 archivo de audio y video 22 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión

de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobraron las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, incluyendo el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Sin embargo, la A quo omitió referirse a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, concepto que también ha de ser devuelto por las AFP convocadas, en las mismas condiciones anotadas para los demás conceptos. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará

la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca hicieron parte de la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto

legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] *más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

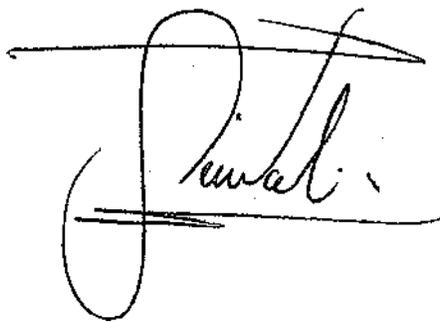
PRIMERO: ADICIONAR los numerales **TERCERO** y **CUARTO** de la sentencia del 3 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** que **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** también están obligadas en trasladar a **COLPENSIONES** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes por todo el tiempo en que la señora **ROSA CRISTINA MICHELY BELTRÁN** estuvo afiliada en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

(En uso de permiso)

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-025-2021-00048-01
DEMANDANTE:	FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 19 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión especial de vejez por alto riesgo
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE, MODIFICA, ADICIONA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por las partes y atender el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte COLPENSIONES, en lo que no fue objeto de apelación contra la sentencia del 19 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-025-2021-00048-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que es beneficiario de la pensión especial por actividades de alto riesgo de que trata el Decreto 1281 de 1994, en virtud del régimen de transición del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003; como consecuencia de ello, se condene a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez por actividades de alto riesgo desde el 28 de enero de 2015, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación y costas procesales. Subsidiariamente pretende que se condene al pago de la pensión de vejez por actividades del alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003, a partir del 1º de junio de 2020.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que nació el 28 de enero de 1963; que es afiliado al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES; que gran parte de su vida laboral la realizó en actividades de alto riesgo, por su exposición a sustancias cancerígenas en la empresa Eternit; que para el año 2015, contaba con 1157 semanas cotizadas y 52 años de edad; que para el 2004 contaba con más de 1000 semanas, cumpliendo con el requisito del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003; que el 8 de junio de 2016 le solicitó a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de una pensión por actividades de alto riesgo, allegando el certificado de salud ocupacional de Eternit, en el que se especificaba la exposición a asbesto y crisolito, pero la prestación le fue negada; que en abril de 2020, completó más de 1300 semanas cotizadas a pensiones; que a través de comunicado del 17 de marzo de 2020, la empresa Eternit informó, entre otras cosas, cuál era el cargo desempeñado, fecha de ingreso y egreso, el horario laboral, que el trabajo era desempeñado en el área operativa, y que había realizado los aportes especiales del 6% y 10%, por lo que nuevamente solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo anexando dicha certificación, pero la prestación le volvió a ser negada bajo el argumento que no contaba con las semanas mínimas con cotización especial, ya que estas solo se contabilizaban a partir del 22 de junio de 1994, que fue cuando legalmente se establecieron.

¹ Fs. 1-8 Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa sostuvo, en síntesis, que el demandante no cumple con los requisitos del Decreto 2090 de 2003 para acceder a la pensión de vejez por actividades del alto riesgo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, innominada, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 19 de agosto de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo a partir del 7 de noviembre de 2017, en cuantía inicial de \$1.360.278, sobre 14 mesadas anuales; al pago de \$99.816.320 por concepto de retroactivo pensional; al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 6 de marzo de 2021 y hasta la fecha de pago de las mesadas pensionales; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo que las pretensiones principales debían ser despachadas desfavorablemente, en razón a que el demandante no era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 8 del Decreto 1286 de 1994, como tampoco del establecido en el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, pero sí debían salir avante las pretensiones subsidiarias, ya que el actor tenía derecho a la prestación conforme este último Decreto porque documentalmente estaba acreditado, con la certificación expedida por Eternit, que este había ejercido actividades catalogadas como de alto riesgo y de acuerdo con la historia laboral expedida por COLPENSIONES, laboró para dicha entidad del 28

² Fs. 25-32 Archivo 05 y Fs. 2-3 Archivo 14 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de septiembre de 1981 al 31 de marzo de 2004, interregno que equivale a 1157 supera semanas de cotización en actividades del alto riesgo, lo que supera el mínimo de 700 semanas que exige la norma, además, alcanzó los 55 años el 28 de enero de 2018 y cotizó en toda su vida laboral, hasta el 12 de abril de 2020, un total de 1307,29 semanas, por lo que, al tener 457 semanas de cotización especial adicionales a las mínima requeridas, la edad pensional se le debía disminuir en 7 años, adquiriendo el estatus de pensionado, el 12 de abril de 2013, pero como había presentado la reclamación administrativa el 7 de noviembre de 2020, las mesadas causadas con antelación al 7 de noviembre de 2017 se encontraban prescritas. Agregó, que la pensión se debía liquidar en los términos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y que los intereses moratorios procedían desde el 6 de marzo de 2021, fecha en que se cumplieron los cuatro meses en que se presentó la reclamación administrativa.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación y, como sustento del este, argumentó que la sentencia se debe modificar en tres aspectos a saber: Primero, respecto la interrupción de la prescripción tenida en cuenta por el Juzgado, pues esta fue la de noviembre de 2020, pero desde el 2 de junio de 2020 de forma virtual se había presentado la reclamación administrativa como se indica en el hecho doce de la demanda, por lo que la prescripción debe declararse desde el 2 de junio de 2017 y no como fue declarada por el Despacho y; segundo, en relación con el monto de las agencias en derecho, teniendo en cuenta el monto de las condenas proferidas, las cuales ascienden a más de ciento veinte millones de pesos, por lo que, conforme los acuerdos del CSJ, el 5 % de esas condenas ya supera los seis millones de pesos y; tercero, que teniendo en cuenta la fecha de la reclamación administrativa, los cuatro meses que se deben contabilizar para efectos del reconocimiento de los intereses moratorios inician en junio de 2020, por lo que estos proceden a partir de octubre de 2020.

La parte demandada también apeló el fallo bajo el argumento que el demandante no cumple con las semanas exigidas por el Decreto 2090 de 2003 para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo, pues según la historia laboral,

solo cuenta con 153,99 semanas cotizadas con tarifa de alto riesgo, suma inferior a las 700 mínimas exigidas por la referida norma. Adicionalmente, que si bien la entidad dentro de la resolución emitida el 25 de noviembre de 2020 indicó que se cuenta con una certificación emitida por el empleador Eternit S.A. para acreditar las actividades de alto riesgo desempeñadas por el demandante del 22 de junio de 1994 al 25 de marzo de 2004, ello solo acredita 502 semanas cotizadas con tarifa de alto riesgo, las cuales son inferior a las exigidas por el Decreto 2090 de 2003. Finalmente, sostiene que se deben revocar los intereses moratorios y la condena en costas, debido a que la AFP ha actuado conforme a derecho y por no tiene rubro destinado al pago de este último concepto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, si el demandante tiene o no derecho a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo establecida en el Decreto 2090 de 2003; segundo, determinar la fecha en que se interrumpió la prescripción con la reclamación administrativa; tercero, si son o no procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y; cuarto, si procede ordenar al Juez que aumente el valor de las agencias en derecho.

CONSIDERACIONES

Pretende el señor **FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA**, le sea reconocida la pensión especial de vejez por desempeñar a actividades de alto riesgo, específicamente “Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas”. Para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, lo primero que se debe tener en cuenta, es que en virtud del principio del efecto general e inmediato de la ley laboral, y conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la norma que rige el derecho pensional es la establecida en el Decreto No. 2090 de 2003, por encontrarse vigente para el 28 de enero de 2018, fecha en que el actor cumplió los 55 años, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1963 (fs. 13-14 Archivo 01 ED).

Ahora, el artículo 3º del Decreto 2090 de 2003, dispone que los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones que se dediquen en forma permanente a actividades catalogadas como de alto riesgo y efectúen una cotización especial durante por lo menos 700 semanas, continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez.

Por su parte, el artículo 4º del mentado Decreto, establece como requisitos para acceder a la pensión especial de vejez, haber cumplido 55 años de edad y tener cotizadas el número de semanas mínimo establecido en el artículo 9o de la Ley 797 de 2003. Seguidamente, indica la norma que la edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un año por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Ahora, de la historia laboral aportada por COLPENSIONES³, se tiene que el señor **FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA**, cuenta con 1307,29 semanas cotizadas entre el 29 de septiembre de 1981 y el 31 de mayo de 2020, de lo cual resulta evidente que supera el requisito de densidad de semanas dispuesto en el artículo 9 de la ley 797 de 2003.

³ Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1970-20210426080122.PDF del Expediente Administrativo
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

De otro lado, obra en el plenario certificación expedida por ETERNIT COLOMBIANA S.A., la cual hace constar que el promotor de la acción laboró para dicha entidad del 28 de septiembre de 1981 al 25 de marzo de 2004 (f. 27 Archivo 01 ED). Asimismo, milita la historia ocupacional, expedida por esa misma empresa, en la cual, además de describirse cada uno de los cargos y funciones desempeñadas por el demandante, se especifican los principales factores de riesgo a los que estuvo expuesto, evidenciándose que durante todo su vínculo laboral estuvo expuesto a material particulado de asbesto y crisolito, los cuales corresponden a sustancias comprobadamente cancerígenas.

También reposa en el plenario certificación emitida por la Dirección Nacional de Prevención de Riesgos Laborales de la ARL Seguros Bolívar, la cual da cuenta que el demandante estuvo cubierto por dicha ARL por cuenta de ETERNIT COLOMBIANA S.A. entre el 1º de enero de 1997 y 28 de marzo de 2004, con clase de riesgo V, tasa de cotización del 6,960 % y con matriz de riesgo verificada con identificación de peligro de exposición a partículas de asbesto crisolito (f. 29 Archivo 01 ED).

Para la Sala, de acuerdo con los medios de prueba a los que se ha hecho alusión, es claro que el señor FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA laboró al servicio de ETERNIT COLOMBIANA S.A. del 28 de septiembre de 1981 al 25 de marzo de 2004, con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, por lo cual, dicho interregno, que equivale a 1.171 semanas, deben ser tenidas en cuenta como válidas en actividades de alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003.

Es de anotar, que si bien en la historia laboral expedida por COLPENSIONES se indica que el actor solo cuenta con 153,99 semanas cotizadas con tarifa de alto riesgo, pues en efecto se registra que ETERNIT COLOMBIANA S.A. solo realizó las cotizaciones con tarifa adicional entre marzo de 2000 y marzo de 2004 de forma intermitente, ello no se traduce en que el promotor de la acción vea frustrado su derecho pensional, pues de conformidad con la pacífica línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterada recientemente en sentencia SL2457-2022, *si se acredita que la actividad cumplida por el trabajador corresponde*

a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez, sin perjuicio de que ésta pueda reclamarle al empleador que no cumplió la obligación del aporte especial, el cubrimiento de ese faltante en los términos que prevea la ley, o que el juez lo imponga por tratarse de una obligación legal (CSJ SL398-2013, reiterada en CSJ SL9013-2017, y CSJ SL999-2020).

En ese sentido, teniendo claro que el señor **FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA** desarrolló una actividad catalogada como de alto riesgo dentro del vínculo laboral que sostuvo con ETERNIT COLOMBIANA S.A., COLPENSIONES deberá adelantar las respectivas acciones de cobro frente a dicha entidad. Sin embargo, debe resaltarse que la obligación de los empleadores de pagar una cotización adicional para las actividades de alto riesgo fue introducida al ordenamiento jurídico por el Decreto 1281 de 1994, el cual entró en vigencia el 22 de junio de 1994 y correspondía a seis (6) puntos adicionales sobre la cotización señalada en la Ley 100 de 1993, lo cual fue modificado por el Decreto 2090 de 2003, que entró en vigencia el 26 de julio de 2003, e incrementó a diez (10) puntos adicionales la cotización especial, aspecto que deberá ser tenido en cuenta por la AFP al ejercer las acciones de cobro, por lo cual se adicionará la sentencia en este sentido.

Colofón a todo lo anterior, se tiene que el demandante cotizó en toda su vida laboral, un total de con 1307 semanas, de las cuales 1171 semanas fueron con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, por lo que no existe duda para la Sala que cumple los requisitos del Decreto 2090 de 2003, para acceder a la pensión especial de vejez.

Ahora bien, al tener 471 semanas adicionales a las primeras 700 exigidas en actividades de alto riesgo por el artículo 3 del Decreto 2090 de 2003, el promotor de la acción tiene derecho a la reducción máxima en la edad pensional, es decir que causo el derecho a la pensión especial de vejez cuando cumplió los 50 años, que lo fue, el 28 de enero de 2013, pero como quiera que el señor **FREYLER**

ADENAUER LÓPEZ MENDIETA completó las 1300 semanas mínimas exigidas por el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el 12 de abril de 2020, adquirido el estatus de pensionado el 12 de abril de 2013, tal como fue considerado por el A quo, en razón a que solo a partir de cumplimiento de todos los requisitos del Decreto 2090 de 2003 es que se puede realizar la reducción en la edad pensional que dispone dicha norma. Sin embargo, pasó por alto el operador judicial de instancia que una cosa es la fecha de causación del derecho pensional, y otra cosa la fecha en que el afiliado puede empezar a disfrutar de la prestación, pues en lo que atañe a la fecha de disfrute, este procede una vez se realiza el retiro del Sistema conforme a establecido por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, y en este caso, el actor realizó la novedad de retiro, el 30 de mayo de 2020, motivo por el cual la pensión especial de vejez debe reconocerse a partir del 1º de junio de 2020, sin que pueda llegar a colegirse que el promotor de la acción continuó cotizando después del cumplimiento de los 55 años por una causa imputable a COLPENSIONES, ya que como se dejó establecido en líneas que anteceden, las 1300 semanas mínimas exigidas por el RPM las alcanzó solo hasta el 12 de abril de 2020.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia será modificada en cuanto a la fecha de reconocimiento de la pensión especial de vejez al demandante, como quiera que este aspecto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y, consecuentemente, también habrá de revocarse lo atienen a la prescripción declarada por el A quo, en tanto que, siendo la fecha de reconocimiento de la pensión, el 1º de junio de 2020 y que la demanda fue presentada el 12 de enero de 2021 (Archivo 02 ED), ninguna mesada pensional se encuentra afectada por el fenómeno extintivo, por lo cual resulta inocuo el estudio del recurso de apelación que contra ese medio exceptivo presentó la parte activa.

Ahora, la liquidación de la pensión de vejez debe hacerse de conformidad con los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, en el sentido que partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas **será del equivalente al 65%**, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada y a partir del 2005, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del IBL, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula antes señalada.

LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN - IBL								
Expediente:								
Afiliado(a):	FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA			Nacimiento:	28/01/1963	55 años a	28/01/2018	
Edad a	1/04/1994	31		Última cotización:			30/06/2007	
Sexo (M/F):	M			Desde	1/01/1997	Hasta:	30/05/2020	
Calculado con el IPC base 2008				Fecha a la que se indexará el cálculo			1/06/2020	
SBC: Indica el número de salarios base de cotización que se están acumulando para el período en caso de varios empleadores.								
PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO	ÍNDICE	ÍNDICE	DÍAS DEL	SALARIO	IBL	NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA	COTIZADO	INICIAL	FINAL	PERIODO	INDEXADO		
1/01/1997	31/01/1997	458.123	26,5481	103,8000	30	1.791.208	\$ 1.791.208	\$ 14.927
1/02/1997	28/02/1997	404.586	26,5481	103,8000	30	1.581.884	\$ 1.581.884	\$ 13.182
1/03/1997	31/03/1997	500.968	26,5481	103,8000	30	1.958.727	\$ 1.958.727	\$ 16.323
1/04/1997	30/04/1997	413.826	26,5481	103,8000	30	1.618.012	\$ 1.618.012	\$ 13.483
1/05/1997	31/05/1997	517.556	26,5481	103,8000	30	2.023.584	\$ 2.023.584	\$ 16.863
1/06/1997	30/06/1997	728.581	26,5481	103,8000	30	2.848.667	\$ 2.848.667	\$ 23.739
1/07/1997	31/07/1997	610.414	26,5481	103,8000	30	2.386.648	\$ 2.386.648	\$ 19.889
1/08/1997	31/08/1997	534.582	26,5481	103,8000	30	2.090.153	\$ 2.090.153	\$ 17.418
1/09/1997	30/09/1997	455.708	26,5481	103,8000	30	1.781.765	\$ 1.781.765	\$ 14.848
1/10/1997	31/10/1997	633.216	26,5481	103,8000	30	2.475.801	\$ 2.475.801	\$ 20.632
1/11/1997	30/11/1997	446.130	26,5481	103,8000	30	1.744.316	\$ 1.744.316	\$ 14.536
1/12/1997	31/12/1997	1.645.617	26,5481	103,8000	30	6.434.171	\$ 6.434.171	\$ 53.618

1/01/1998	31/01/1998	473.230	31,2252	103,8000	30	1.573.129	\$ 1.573.129	\$ 13.109
1/02/1998	28/02/1998	501.078	31,2252	103,8000	30	1.665.702	\$ 1.665.702	\$ 13.881
1/03/1998	31/03/1998	464.446	31,2252	103,8000	30	1.543.929	\$ 1.543.929	\$ 12.866
1/04/1998	30/04/1998	605.741	31,2252	103,8000	30	2.013.627	\$ 2.013.627	\$ 16.780
1/05/1998	31/05/1998	609.479	31,2252	103,8000	30	2.026.053	\$ 2.026.053	\$ 16.884
1/06/1998	30/06/1998	801.473	31,2252	103,8000	30	2.664.287	\$ 2.664.287	\$ 22.202
1/07/1998	31/07/1998	785.085	31,2252	103,8000	30	2.609.809	\$ 2.609.809	\$ 21.748
1/08/1998	31/08/1998	593.312	31,2252	103,8000	30	1.972.310	\$ 1.972.310	\$ 16.436
1/09/1998	30/09/1998	565.955	31,2252	103,8000	30	1.881.369	\$ 1.881.369	\$ 15.678
1/10/1998	31/10/1998	1.418.766	31,2252	103,8000	30	4.716.316	\$ 4.716.316	\$ 39.303
1/11/1998	30/11/1998	576.897	31,2252	103,8000	30	1.917.743	\$ 1.917.743	\$ 15.981
1/12/1998	31/12/1998	1.197.170	31,2252	103,8000	30	3.979.678	\$ 3.979.678	\$ 33.164
1/01/1999	31/01/1999	1.324.827	36,4244	103,8000	30	3.775.414	\$ 3.775.414	\$ 31.462
1/02/1999	28/02/1999	598.271	36,4244	103,8000	30	1.704.918	\$ 1.704.918	\$ 14.208
1/03/1999	31/03/1999	691.027	36,4244	103,8000	30	1.969.248	\$ 1.969.248	\$ 16.410
1/04/1999	30/04/1999	375.220	36,4244	103,8000	30	1.069.280	\$ 1.069.280	\$ 8.911
1/05/1999	31/05/1999	305.647	36,4244	103,8000	30	871.015	\$ 871.015	\$ 7.258
1/06/1999	30/06/1999	811.409	36,4244	103,8000	30	2.312.306	\$ 2.312.306	\$ 19.269
1/07/1999	31/07/1999	594.637	36,4244	103,8000	30	1.694.562	\$ 1.694.562	\$ 14.121
1/08/1999	31/08/1999	547.058	36,4244	103,8000	30	1.558.974	\$ 1.558.974	\$ 12.991
1/09/1999	30/09/1999	688.057	36,4244	103,8000	30	1.960.784	\$ 1.960.784	\$ 16.340
1/10/1999	31/10/1999	670.655	36,4244	103,8000	30	1.911.193	\$ 1.911.193	\$ 15.927
1/11/1999	30/11/1999	1.076.583	36,4244	103,8000	30	3.067.983	\$ 3.067.983	\$ 25.567
1/12/1999	31/12/1999	1.235.550	36,4244	103,8000	30	3.520.998	\$ 3.520.998	\$ 29.342
1/01/2000	31/01/2000	551.821	39,7870	103,8000	30	1.439.643	\$ 1.439.643	\$ 11.997
1/02/2000	29/02/2000	678.692	39,7870	103,8000	30	1.770.636	\$ 1.770.636	\$ 14.755
1/03/2000	31/03/2000	683.624	39,7870	103,8000	30	1.783.503	\$ 1.783.503	\$ 14.863
1/04/2000	30/04/2000	938.173	39,7870	103,8000	30	2.447.595	\$ 2.447.595	\$ 20.397
1/05/2000	31/05/2000	709.560	39,7870	103,8000	30	1.851.168	\$ 1.851.168	\$ 15.426
1/06/2000	30/06/2000	852.126	39,7870	103,8000	30	2.223.108	\$ 2.223.108	\$ 18.526
1/07/2000	31/07/2000	797.704	39,7870	103,8000	30	2.081.126	\$ 2.081.126	\$ 17.343
1/08/2000	31/08/2000	785.272	39,7870	103,8000	30	2.048.692	\$ 2.048.692	\$ 17.072
1/09/2000	30/09/2000	905.509	39,7870	103,8000	30	2.362.378	\$ 2.362.378	\$ 19.686
1/10/2000	31/10/2000	760.546	39,7870	103,8000	30	1.984.185	\$ 1.984.185	\$ 16.535
1/11/2000	30/11/2000	946.878	39,7870	103,8000	30	2.470.306	\$ 2.470.306	\$ 20.586
1/12/2000	31/12/2000	2.700.236	39,7870	103,8000	30	7.044.633	\$ 7.044.633	\$ 58.705
1/01/2001	31/01/2001	522.383	43,2676	103,8000	30	1.253.208	\$ 1.253.208	\$ 10.443
1/02/2001	28/02/2001	795.365	43,2676	103,8000	30	1.908.098	\$ 1.908.098	\$ 15.901
1/03/2001	31/03/2001	834.249	43,2676	103,8000	30	2.001.381	\$ 2.001.381	\$ 16.678
1/04/2001	30/04/2001	934.040	43,2676	103,8000	30	2.240.782	\$ 2.240.782	\$ 18.673
1/05/2001	31/05/2001	967.616	43,2676	103,8000	30	2.321.332	\$ 2.321.332	\$ 19.344
1/06/2001	30/06/2001	812.009	43,2676	103,8000	30	1.948.027	\$ 1.948.027	\$ 16.234
1/07/2001	31/07/2001	763.419	43,2676	103,8000	30	1.831.459	\$ 1.831.459	\$ 15.262
1/08/2001	31/08/2001	995.235	43,2676	103,8000	30	2.387.590	\$ 2.387.590	\$ 19.897
1/09/2001	30/09/2001	816.294	43,2676	103,8000	30	1.958.307	\$ 1.958.307	\$ 16.319

1/10/2001	31/10/2001	989.592	43,2676	103,8000	30	2.374.053	\$ 2.374.053	\$ 19.784
1/11/2001	30/11/2001	831.425	43,2676	103,8000	30	1.994.607	\$ 1.994.607	\$ 16.622
1/12/2001	31/12/2001	1.479.707	43,2676	103,8000	30	3.549.849	\$ 3.549.849	\$ 29.582
1/01/2002	31/01/2002	400.402	46,5760	103,8000	30	892.342	\$ 892.342	\$ 7.436
1/02/2002	28/02/2002	829.275	46,5760	103,8000	30	1.848.135	\$ 1.848.135	\$ 15.401
1/03/2002	31/03/2002	851.625	46,5760	103,8000	30	1.897.945	\$ 1.897.945	\$ 15.816
1/04/2002	30/04/2002	775.261	46,5760	103,8000	30	1.727.759	\$ 1.727.759	\$ 14.398
1/05/2002	31/05/2002	1.014.727	46,5760	103,8000	30	2.261.436	\$ 2.261.436	\$ 18.845
1/06/2002	30/06/2002	844.598	46,5760	103,8000	30	1.882.284	\$ 1.882.284	\$ 15.686
1/07/2002	31/07/2002	894.993	46,5760	103,8000	30	1.994.595	\$ 1.994.595	\$ 16.622
1/08/2002	31/08/2002	929.555	46,5760	103,8000	30	2.071.621	\$ 2.071.621	\$ 17.264
1/09/2002	30/09/2002	1.100.349	46,5760	103,8000	30	2.452.255	\$ 2.452.255	\$ 20.435
1/10/2002	31/10/2002	901.460	46,5760	103,8000	30	2.009.008	\$ 2.009.008	\$ 16.742
1/11/2002	30/11/2002	1.007.673	46,5760	103,8000	30	2.245.716	\$ 2.245.716	\$ 18.714
1/12/2002	31/12/2002	1.317.753	46,5760	103,8000	30	2.936.765	\$ 2.936.765	\$ 24.473
1/01/2003	31/01/2003	955.677	49,8329	103,8000	30	1.990.637	\$ 1.990.637	\$ 16.589
1/02/2003	28/02/2003	980.488	49,8329	103,8000	30	2.042.318	\$ 2.042.318	\$ 17.019
1/03/2003	31/03/2003	886.363	49,8329	103,8000	30	1.846.259	\$ 1.846.259	\$ 15.385
1/04/2003	30/04/2003	1.163.272	49,8329	103,8000	30	2.423.049	\$ 2.423.049	\$ 20.192
1/05/2003	31/05/2003	711.026	49,8329	103,8000	30	1.481.039	\$ 1.481.039	\$ 12.342
1/06/2003	30/06/2003	1.019.387	49,8329	103,8000	30	2.123.343	\$ 2.123.343	\$ 17.695
1/07/2003	31/07/2003	1.152.061	49,8329	103,8000	30	2.399.697	\$ 2.399.697	\$ 19.997
1/08/2003	31/08/2003	1.268.712	49,8329	103,8000	30	2.642.677	\$ 2.642.677	\$ 22.022
1/09/2003	30/09/2003	1.152.047	49,8329	103,8000	30	2.399.668	\$ 2.399.668	\$ 19.997
1/10/2003	31/10/2003	1.063.902	49,8329	103,8000	30	2.216.066	\$ 2.216.066	\$ 18.467
1/11/2003	30/11/2003	1.325.940	49,8329	103,8000	30	2.761.880	\$ 2.761.880	\$ 23.016
1/12/2003	31/12/2003	1.043.971	49,8329	103,8000	30	2.174.550	\$ 2.174.550	\$ 18.121
1/01/2004	31/01/2004	1.033.483	53,0673	103,8000	30	2.021.499	\$ 2.021.499	\$ 16.846
1/02/2004	29/02/2004	1.361.281	53,0673	103,8000	30	2.662.673	\$ 2.662.673	\$ 22.189
1/03/2004	28/03/2004	692.947	53,0673	103,8000	30	1.355.408	\$ 1.355.408	\$ 11.295
1/08/2017	31/08/2017	1.475.000	93,1129	103,8000	30	1.644.295	\$ 1.644.295	\$ 13.702
1/09/2017	30/09/2017	1.475.000	93,1129	103,8000	30	1.644.295	\$ 1.644.295	\$ 13.702
1/10/2017	31/10/2017	1.475.000	93,1129	103,8000	30	1.644.295	\$ 1.644.295	\$ 13.702
1/11/2017	30/11/2017	1.475.000	93,1129	103,8000	30	1.644.295	\$ 1.644.295	\$ 13.702
1/12/2017	31/12/2017	1.475.000	93,1129	103,8000	30	1.644.295	\$ 1.644.295	\$ 13.702
1/01/2018	31/01/2018	1.475.000	96,9199	103,8000	30	1.579.707	\$ 1.579.707	\$ 13.164
1/03/2018	31/03/2018	651.035	96,9199	103,8000	30	697.250	\$ 697.250	\$ 5.810
1/04/2018	30/04/2018	781.242	96,9199	103,8000	30	836.701	\$ 836.701	\$ 6.973
1/05/2018	31/05/2018	781.242	96,9199	103,8000	30	836.701	\$ 836.701	\$ 6.973
1/06/2018	30/06/2018	781.242	96,9199	103,8000	30	836.701	\$ 836.701	\$ 6.973
1/07/2018	31/07/2018	1.562.484	96,9199	103,8000	30	1.673.401	\$ 1.673.401	\$ 13.945
1/08/2018	31/08/2018	1.562.484	96,9199	103,8000	30	1.673.401	\$ 1.673.401	\$ 13.945
1/09/2018	30/09/2018	1.562.484	96,9199	103,8000	30	1.673.401	\$ 1.673.401	\$ 13.945
1/10/2018	31/10/2018	1.562.484	96,9199	103,8000	30	1.673.401	\$ 1.673.401	\$ 13.945
1/11/2018	30/11/2018	1.562.484	96,9199	103,8000	30	1.673.401	\$ 1.673.401	\$ 13.945

1/12/2018	31/12/2018	1.562.484	96,9199	103,8000	30	1.673.401	\$ 1.673.401	\$ 13.945
1/01/2019	31/01/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/02/2019	28/02/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/03/2019	31/03/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/04/2019	30/04/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/05/2019	31/05/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/06/2019	30/06/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/07/2019	31/07/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/08/2019	31/08/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/09/2019	30/09/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/10/2019	31/10/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/11/2019	30/11/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/12/2019	31/12/2019	1.656.232	100,0000	103,8000	30	1.719.169	\$ 1.719.169	\$ 14.326
1/01/2020	31/01/2020	1.656.232	103,8000	103,8000	30	1.656.232	\$ 1.656.232	\$ 13.802
1/02/2020	29/02/2020	1.656.232	103,8000	103,8000	30	1.656.232	\$ 1.656.232	\$ 13.802
1/03/2020	31/03/2020	1.656.232	103,8000	103,8000	30	1.656.232	\$ 1.656.232	\$ 13.802
1/04/2020	30/04/2020	1.656.232	103,8000	103,8000	30	1.656.232	\$ 1.656.232	\$ 13.802
1/05/2020	31/05/2020	1.656.232	103,8000	103,8000	30	1.656.232	\$ 1.656.232	\$ 13.802
	TOTALES				3.600		246.711.979	2.055.933
	TOTAL SEMANAS COTIZADAS					514,29		
	TASA DE REEMPLAZO	64,33%			PENSION			1.322.582
					PENSION RECONOCIDA			1.322.582

Con base en lo anterior, se obtuvo un IBL por valor de \$2.055.933, por lo que si el monto de la pensión inicia con la base del 65.50% (factor r), menos el 1,17 %, como quiera que el IBL comprende 2,34 veces el salario mínimo de 2020 (factor s), según el año que sirve para determinar el IBL, $(2.055.933/877.802=2,34)$, arroja una tasa de remplazo del 64,33 %, sin que sea dable adicionarle algún punto porcentual como quiera que el demandante no cuenta con 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, lo que arroja una mesada pensional por valor de \$1.322.582, la cual es inferior a la obtenida por la primera instancia, razón por la que habrá de modificarse la sentencia en ese puntual aspecto, el cual también se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Hay que tener en cuenta, que el método de liquidación de la pensión de vejez y la pensión especial de vejez es el mismo, siendo el único aspecto que las diferencia, que en esta última el afiliado tiene el derecho de acceder a una edad más temprana a la prestación.

El número de mesada serán 13, en razón a que la pensión se causó con posterioridad a la limitación de mesadas pensionales establecida en el inciso 8 del artículo 1º del A.L. 01 de 2005, motivo por el que la sentencia también será modificada en ese sentido, que también se estudia por el grado de consulta en favor de la AFP del RPM, debido a que el A quo declaró que el demandante tenía derecho a 14 mesadas anuales.

Una vez realizada la liquidación del retroactivo pensional desde el 1 de junio de 2020 al 30 de noviembre de 2022, conforme la actualización de la condena ordenada por el artículo 283 del C.G.P., arrojó como resultado la suma de **\$45.083.855**, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de su pago, razón por la que se modificará la sentencia en ese aspecto. COLPENSIONES está autorizada para descontar del retroactivo los aportes con destino al SGSSS, por lo que en ese sentido, será adicionada la sentencia.

MESADAS ADEUDADAS				
PERIODO		Mesada	Número de	Deuda total
Inicio	Final	adeudada	mesadas	mesadas
1/06/2020	30/06/2020	1.322.582	1,00	1.322.582
1/07/2020	31/07/2020	1.322.582	1,00	1.322.582
1/08/2020	31/08/2020	1.322.582	1,00	1.322.582
1/09/2020	30/09/2020	1.322.582	1,00	1.322.582
1/10/2020	31/10/2020	1.322.582	1,00	1.322.582
1/11/2020	30/11/2020	1.322.582	2,00	2.645.164
1/12/2020	31/12/2020	1.322.582	1,00	1.322.582
1/01/2021	31/01/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/02/2021	28/02/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/03/2021	31/03/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/04/2021	30/04/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/05/2021	31/05/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/06/2021	30/06/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/07/2021	31/07/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/08/2021	31/08/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/09/2021	30/09/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/10/2021	31/10/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/11/2021	30/11/2021	1.343.876	2,00	2.687.751
1/12/2021	31/12/2021	1.343.876	1,00	1.343.876
1/01/2022	31/01/2022	1.419.401	1,00	1.419.401

1/02/2022	28/02/2022	1.419.401	1,00	1.419.401
1/03/2022	31/03/2022	1.419.401	1,00	1.419.401
1/04/2022	30/04/2022	1.419.401	1,00	1.419.401
1/05/2022	31/05/2022	1.419.401	1,00	1.419.401
1/06/2022	30/06/2022	1.419.401	1,00	1.419.401
1/07/2022	31/07/2022	1.419.401	1,00	1.419.401
1/08/2022	31/08/2022	1.419.401	1,00	1.419.401
1/09/2022	30/09/2022	1.419.401	1,00	1.419.401
1/10/2022	31/10/2022	1.419.401	1,00	1.419.401
1/11/2022	30/11/2022	1.419.401	2,00	2.838.803
Totales				\$45.083.855

A partir del 1º de diciembre de 2022, COLPENSIONES deberá continuar pagando al demandante una mesada pensional por valor de \$1.419.401, sin perjuicio de los incrementos anuales que decreta el Gobierno Nacional.

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.		
CALCULADA		
AÑO	IPC Variación	MESADA
2.020	0,0161	1.322.582
2.021	0,0562	1.343.876
2.022		1.419.401

Con relación a los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos se generan una vez vence el plazo de 4 meses que por ley tiene la entidad administradora para el reconocimiento de la pensión de vejez. Al respecto, ha dicho el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral que los intereses moratorios tienen naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, por lo cual no dependen de la buena o mala fe del deudor, sino que son procedentes ante la circunstancia objetiva de mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, ya sean completas o parte de ellas (CSJ SL2659-2021 y CSJ SL2843-2021).

En el presente asunto, le asiste razón en los argumentos expuestos por el recurrente activo, pues en efecto, se observa que desde el 2 de junio de 2020, el señor FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA presentó la reclamación administrativa a través del portal web de COLPENSIONES, la cual quedó registrada

bajo el radicado 2020_5366880 (fs. 74-79 Archivo 01 ED) e incluso la AFP dio respuesta a la reclamación a través de comunicado del 8 de junio de 2020, dentro del cual indicó que no era procedente darle trámite a la solicitud pensional, debido que, *“La correcta presentación de las solicitudes es a través de los formularios y trámites establecidos...”*, sin percatarse que el actor había anexado el respectivo formato solicitud de prestaciones económicas, por lo que era procedente que la entidad remitiera la reclamación al área correspondiente. En ese sentido, los intereses moratorios resultan procedentes a partir del 3 de octubre de 2020, día siguiente al vencimiento de los cuatro meses con que contaba COLPENSIONES para reconocer la prestación y se causaran hasta la fecha efectiva de pago de las mesadas adeudadas.

Hay que resaltar que los argumentos de la pasiva respecto que los intereses no son procedentes aduciendo a que la entidad siempre actuó conforme a derecho no son de recibo, en razón a que el actor allegó con la reclamación administrativa todos los documentos que acreditaban que había laborado en actividades de alto riesgo en ETERNIT COLOMBIANA S.A., por lo que, a partir de ese momento, la AFP ha debido iniciar las respectivas acciones de cobro frente a dicho empleador y no simplemente negar la prestación alegando una insuficiencia en las semanas cotizadas con tarifa de alto riesgo.

Finalmente, en relación con la inconformidad presentada por la parte actora frente al monto de las agencias en derecho, debe indicarse que la apelación de la sentencia no es el momento procesal oportuno para recurrir ese aspecto, pues de conformidad con el numeral 5 del artículo 366 del C.G.P., aplicable al proceso laboral por virtud de la remisión analógica establecida en el artículo 145 del C.P.T. y S.S., *“La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.”*, de ahí que Sala no emitirá ningún pronunciamiento al respecto.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será revocada parcialmente, modificada y adicionada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por

no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la Sentencia del 19 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia identificada en el numeral anterior, en el siguiente sentido:

- **DECLARAR** que el señor **FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, a partir del 1º de junio de 2020, en cuantía inicial de \$1.322.582, a razón de 13 mesadas al año.
- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar al señor **FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA** la suma de **\$45.083.855** por concepto de retroactivo pensional liquidado del 1º de junio de 2020 al 30 de noviembre de 2022, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de su pago y del cual se autoriza a descontar la parte correspondiente a los aportes con destino al SGSSS. A partir del 1º de diciembre de 2022, **COLPENSIONES** deberá continuar pagando al demandante una mesada pensional por valor de **\$1.419.401**, sin perjuicio de los incrementos anuales que decreta el Gobierno Nacional.
- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al señor **FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA** los intereses moratorios del artículo 141

de la Ley de 1993, a partir del 3 de octubre de 2020 y hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas aquí reconocidas.

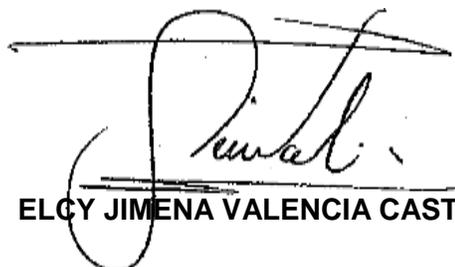
TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **INSTAR** a **COLPENSIONES** a que ejerza las acciones de cobro frente a ETERNIT COLOMBIANA S.A. por las cotizaciones con tarifa de alto riesgo en favor del señor **FREYLER ADENAUER LÓPEZ MENDIETA** que se encuentren en mora, atendiendo las precisiones realizadas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

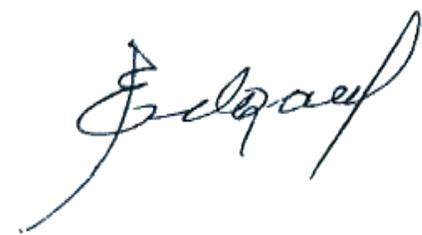
QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-026-2020-00255-01
DEMANDANTE:	ENA RAQUEL MÁRQUEZ TUIRÁN
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 20 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE contra la sentencia del 20 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ENA RAQUEL MÁRQUEZ TUIRÁN** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-026-2020-00255-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende declare la nulidad de la afiliación al RAIS administrado por PORVENIR S.A. o en su defecto la ineficacia de dicha afiliación; se declare que puede regresar al RPM; se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora etc., junto con todos los frutos e intereses y los respectivos rendimientos y las cuotas cobradas por concepto de administración; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 07 de enero de 2020; se condene a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, se expone que estuvo vinculada en el RPM hasta el mes de abril de 1994; que se trasladó a PORVENIR S.A., a partir del mes de abril de 1995, pero que al momento del traslado la AFP del RAIS omitió la obligación de asesorarla de manera objetiva, transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente cierta y de buena fe, respecto de todas las características, consecuencias y diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, especialmente frente a los requisitos para acceder a la pensión de vejez y la forma como se liquida el valor de la mesada pensional en uno y otro régimen; que también omitió informarle que además de cumplir 57 años de edad (07 de enero de 2020), para poder acceder a la pensión de vejez era necesaria la redención del bono pensional la cual está programada para el 07 de enero de 2023; que su pensión de vejez en el RPM sería muy superior a la que le otorgaría el RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la acción, fundamentando su postura en que el traslado de régimen efectuado por la demandante no carece de los elementos necesarios exigidos por la ley, en razón a que no probó causal alguna de que la afiliación ante PORVENIR S.A. es nula como lo manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales

¹ Fs. 2-9 Archivo 01 Expediente Digital

² Fs. 3-19 Archivo 08 Expediente Digital

para su existencia ante la vida jurídica de conformidad con el Decreto 692 de 1994 y Decreto 720 de la misma anualidad, por lo anterior, no infringe la norma por lo cual no procede lo pretendido, ya que la demandante ejerció su derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 plenamente valido, y no se evidencia la afirmación de vicio del consentimiento acaecido.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos.

PORVENIR S.A.³

La AFP del RAIS se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que la afiliación de la demandante al RAIS con Porvenir S.A. en el año 1994, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 020357-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 CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT.

Propusieron como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, compensación, inexistencia de la obligación, genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 20 de septiembre de 2022, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones del demandante y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que si bien no existía prueba de que al momento del traslado de régimen la demandante recibió información clara y suficiente respecto de las implicaciones que de dicho acto se desprendían; no obstante, no era procedente declarar la ineficacia de dicho traslado en atención que, al absolver interrogatorio de parte, la demandante manifestó que

³ Fs. 2-41 Archivo 11 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

actualmente devenga una pensión de vejez reconocida por PORVENIR S.A. desde el año 2021 bajo la modalidad de renta vitalicia con un seguro contratada con Seguros de Vida Alfa S.A., lo cual fue corroborado con la documental que se le requirió a PORVENIR S.A., de la que se tienen que la actora solicitó el reconocimiento de su pensión en diciembre de 2020, por lo que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, al tener la demandante la calidad de pensionada, no era posible retrotraer las cosas al estado que se encontraban antes de efectuarse el traslado de régimen, como quiera que esta se encuentra en una situación jurídica consolidada.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada argumentando que si bien la demandante es pensionada, ello se hizo con posterioridad a la presentación de la demanda, pues como indicó en el interrogatorio de parte, no podía quedar a la deriva y debía recibir ingresos para su sustento diario, de manera que fue esa la razón que la llevó a solicitar la pensión. Agregó, que ese hecho no desvirtúa en manera alguna que su mesada pensional se vio afectada, toda vez que en el RPM su mesada sería muy superior a la que recibe de PORVENIR S.A. en la actualidad, lo cual devienen precisamente porque al momento del traslado de régimen no fue informada sobre las condiciones pensionales y en la sentencia no se dijo nada respecto de esa situación., por lo que lo que se hace es permitir la consumación de la afectación económica a la demandante por parte de la AFP del RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la

alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si en el caso de la señora ENA RAQUEL MÁRQUEZ TUIRÁN se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para

las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.**
(Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Ahora, en el caso bajo estudio la Sala no puede pasar por alto que ENA RAQUEL MÁRQUEZ TUIRÁN, tiene la calidad de pensionado de PORVENIR S.A., quien mediante comunicación del 29 abril de 2021, le reconoció pensión de vejez, bajo la modalidad de renta vitalicia y para ello se contrató un seguro de renta vitalicia con la Compañía de Seguros Alfa S.A.(f. 65 Archivo 20). Es de anotar que al absolver interrogatorio de parte, la promotora de la acción reconoció que se encuentra actualmente percibiendo su pensión de vejez por parte de PORVENIR S.A. (Min. 07:35 – 22:20 Archivo de audio y video 19).

En un asunto de similares características fácticas, tratándose de la pretensión de un pensionado sobre la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro

individual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, señaló:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)², lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relievár algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado. Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.”

(...)

“La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.”

Ahora bien, respecto de las acciones con que contarían los pensionados que se encontraren en las circunstancias fácticas referidas en la decisión antes

mencionada (SL373 del 10 de febrero de 2021), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”

No obstante, en el presente asunto la demandante sólo petitionó la declaratoria de nulidad del traslado producido del RPM al RAIS, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como trasladar los aportes efectuados junto con los respectivos rendimientos y, en consecuencia, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, sin que se debatiera dentro del presente asunto si le asistía derecho a una eventual reparación de perjuicios.

Del escrito de demanda presentado no se logra evidenciar que la parte demandante pretendiera el reconocimiento y pago de indemnización total de perjuicios a cargo de las administradoras o la reparación de algún daño que considerara se le causó, tal como lo indica la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, aspecto que no fue considerado por la A quo, ni discutido dentro del proceso, sin que las demandadas en sus contestaciones se pronunciaran puntualmente al respecto, pues como ya se dijo, no fue solicitado en los términos indicados.

En tal virtud, atendiendo que la señora ENA RAQUEL MÁRQUEZ TUIRÁN tiene estatus de pensionada por vejez de PORVENIR S.A., acoge la Sala el precedente vertical referenciado y comparte las consideraciones que al respecto adoptó la A quo.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será

confirmada. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, que se dividirá entre las demandadas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, que se dividirá entre las demandadas.

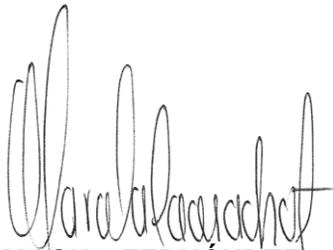
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

(En uso de permiso)

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-029-2021-00166-01
DEMANDANTE:	ALBERTO JOSÉ ROJAS ROBLES
DEMANDADO:	COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL ORO CAMPO S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 25 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato - Despido
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDADA contra la sentencia del 25 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ALBERTO JOSÉ ROJAS ROBLES** contra **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL ORO CAMPO S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-029-2021-00166-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo a partir del 1º de agosto de 2020; que su despido como gerente de la entidad fue ilegal e injusto; como consecuencia de ello, se condene a la pasiva al pago de la indemnización por despido injusto debidamente indexada y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que fue contratado como Gerente General de la demandada, según Acta de Reunión Extraordinaria N.º 001 de la Junta Directiva de 22 de julio de 2020; que la duración del contrato de trabajo era por un término fijo de dos años, conforme a la reforma de los estatutos protocolizada mediante la Escritura Pública 34 del 16 de enero de 2016, inscrita con el N.º 02177937 de 20 de enero de 2017, contados a partir del día 1º de agosto de 2020; que el salario mensual convenido fue la suma de \$12.000.000; que mediante reunión realizada el 10 de septiembre de 2020, la Junta Directiva de la demandada aprobó por mayoría prescindir de sus servicios, debido a la solicitud del Gerente Morris Harf Meyer, quien indicó dificultades en la coordinación con los objetivos diseñados por la dirección de la sociedad; que mediante comunicación del 14 de septiembre de 2020, el Presidente de la demandada le informó la decisión de removerlo del cargo aduciendo que se encontraba en periodo de prueba; que acorde con la minuta del contrato de trabajo no firmada y los estatutos de la demandada, en la liquidación se indicó expresamente que el contrato era a término fijo por dos años.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa expuso, en síntesis, que no existió contrato de trabajo a término fijo con el demandante, sino que este fue nombrado mediante acta de Junta Directiva del 22 de julio de 2020 y la decisión de removerlo del cargo fue tomada mediante acta del 10 de septiembre del mismo año, por no cumplir las metas propuestas, teniendo en cuenta la potestad estatutaria que tenía la compañía.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, genérica.

¹ Fs. 1-6 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 3-7 Archivo 004 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 25 de agosto de 2022, declaró que entre el demandante y la demandada existió un contrato a término fijo de 2 años del 1° de agosto de 2020 al 14 de septiembre de 2020, devengando como salario integral la suma de \$12.000.000; condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$270.800.000, por concepto de indemnización por despido injusto, y las costas procesales.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló, en síntesis, previa mención de los presupuestos normativos para la declaratoria de un contrato de trabajo, que con las actas Nos. 01 del 22 de julio de 2020 y 11 del 10 de septiembre de 2020, se demostró la existencia de la relación laboral, sus extremos y el salario devengado por el actor, y con el acta No. 09 del 11 de enero de 2017, se tiene que los gerentes eran nombrados por un periodo de dos años, lo cual fue reconocido por el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte al manifestar que el contrato de trabajo era a término fijo de dos años, por lo que, a pesar de que no había un contrato escrito firmado entre las partes, de las actas era claro que ese fue el término en que se pactó la relación laboral, pues incluso así se consignó en la liquidación del contrato de trabajo. Agregó, que el actor tenía derecho a la indemnización por despido injusto correspondiente al tiempo que le hacía falta para terminarse el contrato, como quiera que la demandada lo removió del cargo alegando que se encontraba en periodo de prueba, pero este debía constar por escrito y así no fue pactado. Además, que, si bien el demandante ostentaba un cargo de dirección, confianza y manejo, ello no implicaba que el periodo de prueba se pudiera pactar verbalmente.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que el demandante inició sus funciones a través de un acta suscrita por la Junta Directiva e igualmente la terminación de sus labores también se dio por medio de acta de la misma Junta, por lo que el actor tenía funciones de confianza y manejo y era un empleado de representación de la empresa, motivo por el que se le podía dar por terminado el contrato.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite* el determinar; primero; si el demandante tiene o no derecho al pago de la indemnización por despido injusto.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto la existencia del contrato de trabajo entre las partes, como tampoco que dicho contrato fue a término fijo de acuerdo a lo declarado por la primera instancia. La inconformidad de la pasiva estriba en que, a su juicio, debido que el actor fue designado como Gerente a través de designación realizada por la Junta Directiva de la empresa, lo que corresponde a un cargo de dirección confianza y manejo, y fue la misma Junta Directiva la que decidió removerlo del cargo, su contrato se podía dar por terminado sin el pago de la indemnización por despido injusto.

En efecto, se encuentra plenamente acreditado que en reunión extraordinaria de la Junta Directiva de COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL ORO CAMPO S.A., celebrada el 22 de julio de 2020, el señor ALBERTO JOSÉ ROJAS ROBLES fue elegido Gerente Conjunto de la sociedad, lo cual quedó consignado en el Acta No. 001 de esa calenda (fs. 7-10 Archivo 001 ED). También está demostrado que de acuerdo a la reforma a los estatutos de la sociedad que se hiciera en asamblea

extraordinaria del 12 de enero de 2017, registrada en el Acta No. 009 de la fecha y protocolizada mediante la escritura pública No. 34 del 16 de enero de 2017, otorgada en la Notaría Treinta y Seis del Círculo de Bogotá, el nombramiento de los gerentes de la compañía tendría una duración de dos años (fs. 11-24 Archivo 001 ED). Asimismo, que en reunión de Junta Directiva del 10 de septiembre de 2020, consignada en el Acta No. 011 de esa data, se decidió remover del cargo de gerente al demandante (fs. 30-33 Archivo 001 ED), lo cual le fue informado a este a través de comunicado escrito del 14 de septiembre de 2020, en los siguientes términos (f. 34 Archivo 001 ED):

Bogotá, septiembre 14 de 2020

Señor
ALBERTO JOSÉ ROJAS
Gerente Conjunto
C. I. Oro Campo S. A.
Ciudad

Apreciado Dr. Rojas,:

En mi calidad de Presidente de la Junta Directiva de la compañía, me permito informarle que en reunión adelantada el pasado 10 de septiembre del presente año y como consta en el Acta No 11, se tomó la decisión de removerlo del cargo que venía desempeñando en la compañía, acogiéndonos al derecho que tiene la empresa por encontrarse en periodo de prueba.

Por lo anterior agradecemos su colaboración prestada en este tiempo dentro de la empresa y por favor nos indica donde podemos consignarle los ingresos y las prestaciones sociales a que da lugar.

Cordialmente,


MORRIS HARF MEYER
Presidente

Ahora, el señor Morris Harf Meyer al absolver interrogatorio de parte en calidad de representante legal de la sociedad demandada, sostuvo que el cargo del demandante era de libre nombramiento y remoción por ser de dirección confianza y manejo y que: *“...el contrato era a término fijo de dos años, pero estaba dentro del periodo de prueba de los primeros dos meses de un nombramiento de libre remoción y de confianza, que perdió la confianza de la empresa y por eso dentro del término de los dos meses la empresa dio por terminado el contrato.”*. Además, reconoció que las partes no pactaron el periodo de prueba por escrito, pero sostuvo que el mismo consta en el C.S.T.

El periodo de prueba está definido por el artículo 76 del C.S.T., como “... *la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo.*”. en cuanto a su estipulación, el artículo 77 *ibídem*, establece que: “*El período de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo.*”. En ese sentido, al no haberse estipulado el periodo de prueba por escrito, no podía la demandada soportar la terminación del vínculo laboral en esa figura jurídica, razón por la que debía esperar a que culminara el periodo establecido estatutariamente para los gerentes o, en su defecto, invocar una de las justas causas establecidas en la ley laboral para terminar el contrato de trabajo, pero como quiera que no lo hizo, indefectiblemente ha de tenerse que el finiquito contractual se dio de manera injusta.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el señor ALBERTO JOSÉ ROJAS ROBLES desempeñó un cargo de dirección, confianza y manejo al interior de la COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL ORO CAMPO S.A., como lo refirió su representante legal al absolver interrogatorio de parte y se alega en el recurso de alzada; sin embargo, contrario a lo que al parecer entiende la pasiva, esa circunstancia no facultaba a la empresa para terminar el contrato de trabajo de forma unilateral, sin una justa causa y exonerarse del pago de la indemnización por despido injusto, pues en lo que respecta a ese puntual aspecto, el contrato de trabajo de esta clase de trabajadores se rige por las normas generales del C.S.T., como quiera que en lo único que varía frente a los demás trabajadores, es en lo relacionado a la jornada laboral (Art. 162 C.S.T.).

Adicionalmente, el representante legal de la demandada aduce que el cargo del actor era de libre nombramiento y remoción, pero lo cierto es que esa figura es propia de una clase de servidores públicos, pues en el caso de los trabajadores particulares, como lo era el señor ALBERTO JOSÉ ROJAS ROBLES, el contrato de trabajo tiene envuelta la condición resolutoria, pero cuando esta se da de forma unilateral por el empleador sin esgrimir una justa causa para ello, la consecuencia jurídica es que debe reconocer la indemnización tarifada en el artículo 64 del C.S.T.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

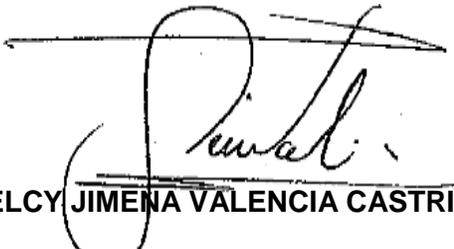
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago

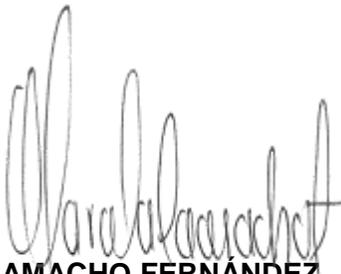
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-032-2019-00724-01
DEMANDANTE:	PIEDAD SUSANA RODRÍGUEZ RAMÍREZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 18 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia del 18 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **PIEDAD SUSANA RODRÍGUEZ RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-032-2019-00724-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad del traslado régimen pensional efectuado ante COLFONDOS S.A., el 22 de agosto de 1994, y la afiliación realizada ante la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el 29 de febrero de 2000; como consecuencia de ello, se ordene a COLPENSIONES recibirla en el RPM; se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todo el saldo de la cuenta de ahorro individual con su rentabilidad e intereses y se condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió al RPM, el 6 de junio de 1985, cotizando un total de 219,14 semanas; que el 22 de agosto de 1994 suscribió formulario de vinculación con COLFONDOS S.A., pero previamente no recibió una información o asesoría clara respecto las implicaciones de dicha afiliación; que el 29 de febrero de 2000, suscribió formulario de vinculación ante la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., pues le informaron que en dicho Fondo tendría una mayor rentabilidad, pero nunca recibió una información clara y real sobre su situación pensional, ni se le explicaron las condiciones pensionales de los regímenes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y argumentó que a la demandante se le brindó a través del promotor una asesoría integral, clara, comprensible y objetiva sobre el RAIS resaltando sus características principales y diferenciadoras, indicándole que el monto de su prestación económica sería variable, ya que depende del monto de los aportes ahorrados a lo largo de su vida laboral y los rendimientos financieros que generaban los mismos, además de sus aportes voluntarios, sus beneficiarios, la existencia o no de un bono pensional y la regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada pensional, realizando comparativos generales entre uno y otro, ya que no se podía determinar con exactitud al momento de la afiliación el monto de la mesada y mucho menos si sería superior o inferior a la del RPM , lo

¹ Fs. 4-33 Archivo 001 Carpeta 1 Expediente Digital

² Fs. 2-30 Archivo 02 Expediente Digital

que sí se conocía y se informó era la posibilidad de incrementarla a través de los rendimientos financieros y los aportes voluntarios y con base en esta información fue que la demandante tomó su decisión en forma libre y voluntaria.

Propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

COLFONDOS S.A.³

La AFP se opuso a la totalidad de las pretensiones planteadas y argumentó que la información que se brindó a la demandante fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, se informó al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y una vez la misma fuera solicitada ante la AFP, pues la misma se calcula a partir de tres variables: La edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión; el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si hay lugar a él; y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado; siendo la rentabilidad resultado del ejercicio en el mundo financiero, sin que ello implique riesgo para la afiliada, pues la superintendencia financiera en su deber de garante establece unos topes mínimos de rendimientos por los cuales las AFP deben responder a sus afiliados.

Propone como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

³ Fs. 2-18 Archivo 12 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

COLPENSIONES⁴

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que no existe en el plenario prueba que demuestre vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, por lo que vinculación al RAIS fue libre y voluntaria, pues el formulario de afiliación exigido para época de del traslado indica la manifestación de aceptar el traslado de régimen pensional de acuerdo a la información que le fuera ofrecida por el asesor comercial la AFP COLFONDOS S.A.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, presunción de legalidad de los actos jurídicos, compensación innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 18 de agosto de 2022, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante, el 22 de agosto de 1994, así como sus posteriores traslados entre administradoras de ese régimen; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, mientras estuvo la demandante afiliada a esa administradora, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados junto con sus rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al RPM, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz; condenó en costas a COLFONDOS S.A.

⁴ Fs. 10-32 Archivo 011 Carpeta 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 establece la posibilidad del afiliado de trasladarse de régimen cada cinco años, pero limitó ese derecho cuando al afiliado le faltaren diez años o menos para alcanzar la edad pensional, salvo para los beneficiarios del régimen de transición que se pueden trasladar en cualquier tiempo, lo cual se ratificó con el A.L. 01 de 2005, por lo que todas las actuaciones de la entidad deben estar encaminadas a proteger el principio de sostenibilidad financiera y, en este caso, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, razón por la que no es procedente su traslado, ya que se encuentra inmersa en la prohibición legal. Agregó, que se debe tener en cuenta que la demandante solo consultó sobre su situación pensional para el año 2018, incumpliendo así sus obligaciones como consumidor financiero, por lo cual, lo que existió fue un error de derecho que no vicia el consentimiento. Además, que no se podía exigir a las AFP el cumplimiento de obligaciones que no se encontraban vigentes para la época del traslado, como tampoco soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico y que conforme con el principio de relatividad jurídica, COLPENSIONES no puede verse beneficiada, ni perjudicada por la decisión que se adopte.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada PIEDAD SUSANA RODRÍGUEZ RAMÍREZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables

a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado

en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **COLFONDOS S.A.**, ni **PROTECCIÓN S.A.**, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS S.A.** (f. 94 archivo 12 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **COLFONDOS S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues la actora fue clara al manifestar que en la empresa en la que laboraba la visitó un asesor de COLFONDOS, y le manifestó que era importante que se trasladara al RAIS debido a que el ISS se iba a acabar y perdería su pensional, ya que solo continuarían funcionando los Fondos Privados, pero nunca se le proporcionó información respecto del régimen que le estaban ofertando, ni sus diferencias con el RPM (Min. 47:01 – 1:10:53 archivo de audio y video 24 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobraron cada una de las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus

consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión de la A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliado a cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema

pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

(En uso de permiso)

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-032-2019-00170-02
DEMANDANTE:	MARÍA MIREYA ACOSTA
DEMANDADO:	STELLA MARTÍNEZ PULIDO
ASUNTO:	Apelación Sentencia 19 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 19 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA MIREYA ACOSTA** contra **STELLA MARTÍNEZ PULIDO**, con radicado No. **11001-31-05-032-2019-00170-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora MARÍA MIREYA ACOSTA a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad con la señora STELLA MARTÍNEZ PULIDO del 5 de enero de 2007 al 30 de diciembre de 2017, terminado por decisión unilateral y sin justa causa por la parte empleadora; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de horas extras, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, sanción por falta de consignación de las cesantías, aportes a pensión y salud, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa y costas y agencias.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de enero de 2007, para desempeñar el cargo de cocinera, de lunera a viernes de 6 am a 4 pm, sin embargo, debió trabajar horas extras por orden de la empleadora. Que la asignación mensual ascendió a la suma de \$1.350.000. Que la parte pasiva, no reconoció a su favor el subsidio de transporte, las prestaciones de ley, tampoco la afilió al sistema de seguridad social integral, no le reconoció la dotación, ni le consignó las cesantías causadas a su favor. Que en el año 2018 se reunió con su empleadora en cita de conciliación ante el inspector del trabajo, dejando constancia de no acuerdo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

STELLA MARTÍNEZ PULIDO²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que nunca existió con la demandante contrato de trabajo. Añadió que la activa cuando tenía días libres, estaba

¹ Folios 3 a 30 del expediente físico.

² Folios 50 a 54 del expediente físico.

desempleada, en vacaciones o tenía necesidades económicas, prestó servicios a su favor, lo cual sucedió cualquier día, llegando a la hora que ella decidiera y retirándose cuando así lo dispusiera.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, ausencia de buena fe en la demandante y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de relación laboral, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la demandante, .

Como fundamento de su decisión, manifestó el *a quo*, previa mención de los presupuestos normativos y jurisprudenciales para la declaratoria de un contrato de trabajo, que de la contestación de la demanda se puede inferir que la activa prestó sus servicios a favor de la demandada, como quiera que este extremo procesal aceptó que aquella en algunas ocasiones estuvo colaborando en sus restaurantes; empero, la demandante tenía la carga de demostrar los extremos de la relación, mismos que no se encuentran probados en las diligencias, aunado a que respecto de ellos existen serias contradicciones en el proceso, ya que en la demanda se hizo referencia a una relación laboral diferente a lo que se refiere en el acta de conciliación y a lo manifestado por la activa en el interrogatorio de parte, como quiera que aceptó la falta de prestación de servicios en un interregno de tiempo, así como haber laborado a favor de terceros ajenos al proceso, no pudiéndose concluir la continuidad en la relación laboral que se pregona en el *libelo genitor*.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** sustenta el recurso de apelación alegando que, la parte más fuerte de la relación laboral, que lo es el empleador, está

llamada a llevar registros de la existencia del vínculo contractual, cuya omisión debe generar la consecuencia de darle credibilidad al dicho de la demandante, pues el desconocimiento de las obligaciones por parte del patrono, no puede permitirle beneficiarse de su propio dolo. En ese orden, solicitó revocar la decisión opugnada y acceder a las pretensiones formuladas, ya que la parte demandada no desvirtuó el dicho de la trabajadora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso interpuesto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: si se conjugan los presupuestos para establecer la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos procesales del 5 de enero de 2007 al 30 de diciembre de 2017; conforme a las resultas, definir la viabilidad en fulminar condena a título de horas extras, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa y aportes al Sistema de Seguridad Social integral en salud y pensión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad,

en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

RELACIÓN LABORAL

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación del mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte reclamante cumplió con la carga que le incumbía, es decir, si logró demostrar la prestación personal del servicio, para enmarcar su nexo en la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”.

Resulta necesario que el demandado, a su turno, en ejercicio de su facultad probatoria, desvirtúe la presunción legal y lleve al juzgador de instancia a un convencimiento de tal entidad, que conduzca a concluir que en la actividad ejecutada por el reclamante jurisdiccional no se presentaron los elementos del contrato laboral de que trata el artículo 23 del C.S.T., advirtiendo que conforme a la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 39600 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, si de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo, enseñanzas que dispusieron:

«Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente»

Acorde con ello, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPL, de las cuales es posible advertir que el debate no gravita en la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la pasiva, pues aunque esta en su interrogatorio de parte negó que la señora María Mireya Acosta laborara a su favor (min 4:45 – 10:24 archivo de audio 15 Cd. a folio 66 expediente físico), lo cierto es que desde el escrito de contestación de la demanda, la pasiva aceptó esa prestación personal del servicio al referir a folio 52 que *“(..). De acuerdo con la información suministrada por la señora Stella Martínez Pulido, la señora María Mireya Acosta efectivamente prestaba servicios en diferentes restaurantes de la ciudad, y cuando tenía días libres, cuando estaba desempleada, cuando estaba de vacaciones o cuando tenía necesidades económicas, siempre de manera sorpresiva y sin avisar se presentaba en el Restaurante de propiedad de mi representada y les solicitaba que le dejaran colaborar en el servicio con el fin de ganarse algunos pesos (...) Este servicio fue totalmente ocasional, la señora María Mireya Acosta se presentaba cualquier día y a cualquier hora, también se retiraba a cualquier hora. Es así que podía llegar a las nueve de la mañana a pedir que la dejaran realizar alguna labor y fácilmente se iba a las dos o tres de la tarde.”*

Por manera que, en el presente caso opera la presunción prevista por el artículo 24 del CST a favor de la parte activa; empero, tal circunstancia no resulta suficiente para declarar la relación laboral alegada, pues en el caso analizado no existe claridad sobre los extremos temporales del vínculo, ni la habitualidad e intencionalidad en su ejecución, que permitan efectuar el cálculo de las acreencias debidas, como quiera que no existe ningún medio de convicción que dé cuenta de tales elementos, lo cual tampoco puede corroborarse del propio dicho de la demandante, pues a las partes les está vedado constituir su propia prueba.

Además, del interrogatorio de parte rendido por la convocante, se extrae una realidad distinta a la planteada en el escrito de demanda, que impide reconocer una sola relación laboral, como así se persigue, pues la señora Mireya Acosta fue clara en indicar que si bien comenzó a laborar para la demandada en su restaurante denominado Calimeño hacia el año 2007, se ausentó un tiempo, sin especificar cuánto, para después volver al local a prestar sus servicios por 5 años continuos, hasta que presentó parálisis facial, por tanto debió retirarse nuevamente a fin de llevar su proceso de recuperación; posterior a ello, se dedicó a vender verduras o ensaladas; además, regresó al restaurante Calimeño, donde trabajó nuevamente para la pasiva hasta que el establecimiento fue vendido a un señor de nombre Dagoberto, para quien continuó prestando servicios; aunado a ello, indicó que después la demandada la llamó a fin que trabajada con ella en un nuevo restaurante denominado El Cali, en donde se quedó por un año más (Min.10:31 a 23:38 archivo 15 Cd. a folio 66 expediente físico).

De manera que, ni siquiera del propio dicho de la demandante es posible advertir la existencia de una sola relación laboral, dado que ella por el contrario, manifiesta que existieron varios vínculos contractuales, que en todo caso no pueden ser reconocidos por esta Sala de Decisión, porque la actora no es clara en los extremos laborales, y tampoco respalda su dicho con cualquier otro medio de convicción, lo cual resultaba necesario, en tanto se insiste, su propio dicho no constituye prueba para el reconocimiento de la relación alegada.

Ello es así, en la medida que esta situación imposibilita el reconocimiento de las prestaciones perseguidas, al no existir prueba en el paginario, que permita establecer los extremos temporales de la relación laboral, ni los días y el horario, en que la actora prestó el servicio. Siendo del caso acotar que no resulta suficiente lo manifestado en la contestación de la demanda, en tanto la accionada solo dijo de manera genérica que los servicios fueron prestados por la actora de manera esporádica, sin precisar fecha exacta, días y horario en el que la actora comparecía a sus establecimientos.

Conforme a lo expuesto, es claro que existe una imposibilidad de consumir un cómputo real de días en la semana, el mes o un año prestado, para con ello, desprender el valor de los jornales en cada ciclo de pago y, de contera, ratificar las posibles sumas debidas por acreencias laborales, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás pretensiones reclamadas en el escrito de demanda. Por tanto, no queda otra solución al presente debate que la confirmación del fallo impartido por el *a quo*, en tanto no se acreditaron diáfananamente los extremos temporales y los ciclos ejecutados por la trabajadora.

Recuérdese que, contrario a lo indicado en la alzada, era deber de la parte que alega, allegar prueba que conduzca a corroborar los extremos temporales y la continuidad del servicio en tal interregno, al tenor del artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión analógica de que trata el artículo 145 del Estatuto Adjetivo Laboral, y sin que ello pueda entenderse suplido con la indicación esbozada por la demandante en el curso del litigio, dimanando en la confirmación del fallo impugnado. Costas en esta instancia a cargo de la demandante, se fijan como agencias en derecho de segunda instancia un SMLMV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

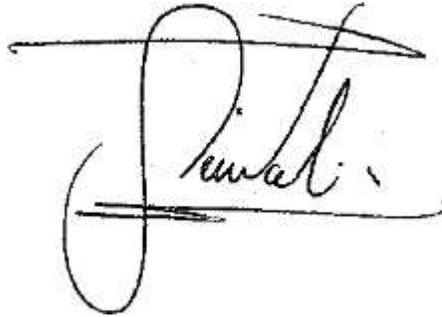
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 19 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA MIREYA ACOSTA** contra **STELLA MARTÍNEZ PULIDO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante, se fijan como agencias en derecho de segunda instancia un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

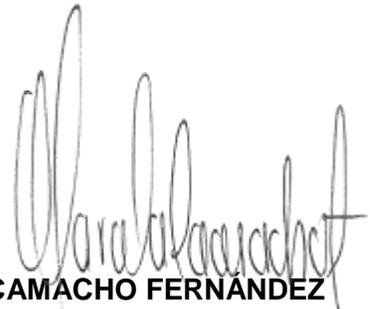
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-034-2021-00114-01
DEMANDANTE:	MARÍA IMELDA PARRA GONZÁLEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 12 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a su favor, respecto de la sentencia del 12 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA IMELDA PARRA GONZÁLEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con radicado No. **11001-31-05-034-2019-00114-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora MARÍA IMELDA PARRA GONZÁLEZ a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP CPOLFONDOS S.A. por omisión en el deber de información y vicios del consentimiento, y por ende, que su vinculación al RPM surte todos los efectos; como consecuencia, se disponga su traslado al RPM, e inscripción sin solución de continuidad, como si nunca se hubiere ido del mismo; se condene a Colfondos S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, gastos de administración, así como los demás dineros aportados durante todo el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS; que se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició sus aportes a pensión en el RPM; que en el mes de noviembre de 1999 se trasladó al RAIS, a través de la AFP COLFONDOS S.A., pero que esta sociedad no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, ya que se omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como también de las características de ambos regímenes pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no obra prueba

¹ Páginas 1 a 18 archivo 02 del expediente digital.

² Páginas 3 a archivo 06 del expediente digital.

alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), al contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Añadió que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMD, 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.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.³

La demandada COLFONDOS S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual manifestó que sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, así como el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por

³ Páginas 5 a 42 archivo 04 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS; como consecuencia, condenó a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, a Colpensiones, quien deberá reactivar la afiliación de la actora en el RPM y recibir todos los dineros que le fueren trasladados; declaró no probadas la excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP Colfondos S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES** sustenta el recurso de apelación alegando que, conforme se indicó en la contestación de la demandada y los alegatos de conclusión, la demandante no logró demostrar el presunto engaño al que fue sometida por la AFP, así como la falta de información al momento de la asesoría, de lo cual además, no tuvo conocimiento Colpensiones, por lo que queda sujeta a lo que la AFP del RAIS logre demostrar con relación a su gestión. Adujo que al revisar el formulario de afiliación suscrito por la parte actora bajo la gravedad del juramento, el mismo da cuenta de la manifestación

de la activa en cuanto a que su vinculación la efectuó libre de apremios y bajo su propia voluntad, por manera que tal acto tuvo lugar con el lleno de los requisitos legales, sin que pusiera de presente su deseo de retornar al RPM; tampoco se advierte nota de protesta o anotación alguna que permita evidenciar con probabilidad de certeza que hubo alguna inconformidad por parte de la demandante, por el contrario, se constata que las documentales adosadas se encuentran conforme a derecho. Señaló que es fácil concluir que en el asunto no concurre el vicio del consentimiento alegado por la convocante, acotando que esta debe asumir las consecuencias de sus decisiones, que no son otras que regirse por las normas previstas para el RAIS, máxime que después de 22 años no es posible alegar que ha sido engañada, solo por el hecho de ver sus expectativas fallidas. Concluyó advirtiendo que el actuar de Colpensiones siempre ha estado sujeto a las sentencias C- 789 de 2002, SU-062 de 2010, C-1024 de 2014, SU-130 de 2011 y T-060 de 2011.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARÍA

IMELDA PARRA GONZÁLEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados

una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **COLFONDOS S.A.** quien tenía la carga de la prueba

de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS S.A.** (página 107 archivo 02 del expediente digital), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la actora a **COLFONDOS S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que aunque ello no es objeto de reproche, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que para trasladarse, el jefe de recursos humanos de la empresa para la cual laboraba, los reunió para que el asesor de Colfondos S.A., les explicara los beneficios de la sociedad y las falencias del ISS. Que el asesor les dijo que Colfondos S.A. era una empresa con gran solidez, con sucursales en todo el país y que tenía mayores rendimientos que los demás fondos privados. Añadió que se trasladó porque el asesor le indicó que el ISS se iba a acabar y por la confianza que este le generó en ese momento (Min. 00:13:27-01:11:51 archivo de audio 18 del expediente digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora, así como la orden de remitir a **COLPENSIONES**

la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos. No obstante, la A quo omitió ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, lo cual deberá adicionarse en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue desacertada la decisión del A quo de no ordenar COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72.467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró

la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Se imponen costas a cargo de Colpensiones, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 12 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** también reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al

fondo de garantía de pensión. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

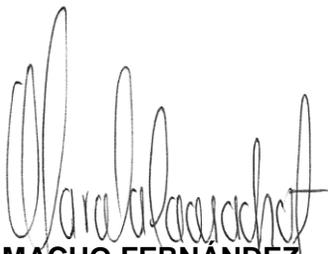
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

(En uso de permiso)
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-041-2021-00203-01
DEMANDANTE:	LUIS ALBERTO SANTANA ALARCÓN
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 27 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por **PROVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 27 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS ALBERTO SANTANA ALARCÓN** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-041-2021-00203-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de la afiliación, efectuada del RPM al RAIS ante PORVENIR S.A. el 14 de abril de 2003; se condene a PORVENIR S.A. trasladarlo junto con los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados al RPM administrado por COLPENSIONES, a quien a su vez debe ordenarse a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad en el RPM; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que desde el 20 de abril de 1995 estuvo afiliado al otrora ISS; que el 14 de abril de 2003, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., porque su asesor le indicó que el ISS no tendría fondos suficientes para responder por su pensión, dado que la entidad se acabaría, además, que al trasladarse de régimen obtendría una mejor pensión, mucho antes de obtener la edad requerida; sin embargo, no le fue proporcionada una asesoría profesional completa, clara y suficiente que le permitiera conocer las características y condiciones reales del RAIS y establecer un comparativo con las condiciones del RPM, al cual se encontraba afiliado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES³

¹ Páginas 3 a 30 Archivo 12 Expediente Digital

² Páginas 2 a 25 Archivo 07 Expediente Digital

³ Páginas 3 a 27 Archivo 04 Expediente Digital

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la afiliación efectuada por el demandante al RAIS cuenta con plena validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por este a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, aunado a que no obra soporte alguno en el expediente administrativo que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por el convocante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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 de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el RAIS y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 27 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor del RPM al RAIS; ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; ordenar a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a las demandadas

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que

abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada PORVENIR S.A. apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que el precedente de la Corte Suprema de Justicia no se debe aplicar de manera objetiva, sino en cada caso en concreto, como así lo han referido diferentes salas del Tribunal Superior de Bogotá, es por ello que, no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, comisiones, rendimientos, pues de acuerdo a lo indicado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina el 3% de las cotizaciones a financiar tales gastos, por tanto no hacen parte integrante de la pensión, estando así sujetos a la excepción de prescripción. Agregó que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó de forma expresa en el año 2020, que en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos del afiliado, aunado a que conforme a decisiones proferidas por el Tribunal de Cundinamarca y Amazonas, los rendimientos financieros son excluyentes con la indexación ordenada.

La demandada **COLPENSIONES**, también interpuso recurso de apelación argumentando que el Juzgado de Conocimiento no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico de traslado, acotando que todos los actos jurídicos tienen efectos *inter partes*, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el Juez, en razón a la declaratoria de ineficacia de traslado, la entidad no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, es por ello que, solicita revocar la condena impuesta de recibir al actor en el RPM, máxime que está afectando el equilibrio financiero del sistema general de pensiones previsto en el artículo 48 de la CP adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005, al existir una alta probabilidad de reconocer una pensión a favor del convocante. Concluyó indicando que el actor ya se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista para trasladarse de régimen pensional, aunado a que conforme a reiteradas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, hay lugar a ordenar el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es, recursos de la cuenta individual de ahorro, descuentos al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes de seguros previsionales y gastos de administración, e igualmente, se le paguen los perjuicios que se le está generando a la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por LUIS ALBERTO SANTANA ALARCÓN al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las

Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **AFP PORVENIR S.A.** (Página 52 Archivo 01 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado,

las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que, aunque ello no fue materia de reproche, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en indicar que se trasladó al RAIS porque el asesor de la AFP Porvenir S.A. habló con el contador de la empresa, siendo este quién hizo los trámites de los trabajadores, pues ninguno tuvo contacto con el asesor, pues fue el contador quien les habló de los beneficios del RAIS, como que se iba a pensionar más joven y con esa ilusión aceptó suscribir el formulario de afiliación (Min. 09:00 - 23:38 archivo de audio y video 22 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobraron las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por

la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración debidamente indexados. Sin embargo, el A quo omitió referirse a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que también han de ser devueltos por la AFP convocada, en las mismas condiciones anotadas para los demás. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como así lo indicó COLPENSIONES en su alzada.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca hicieron parte de la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*”.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el actor.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones

económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en los términos expuestos, sin que además, haya lugar a pronunciarse sobre los perjuicios reclamados por Colpensiones, dado que ello no hace parte de la *litis*. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 27 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** que **PORVENIR S.A.** también está obligada en trasladar a **COLPENSIONES** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por todo el tiempo en que el señor **LUIS ALBERTO SANTANA**

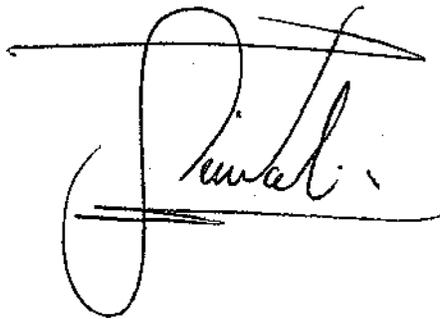
ALARCÓN estuvo afiliado en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

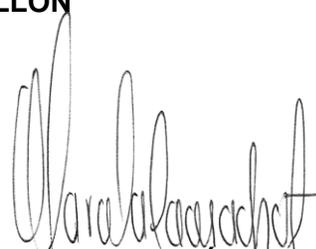
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

(En uso de permiso)

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-001-2018-00278-01
DEMANDANTE:	ÁLVARO EMIRO UBAQUE GONZÁLEZ
DEMANDADO:	REPRESENTAS DE BOGOTA S.A.
ASUNTO:	Consulta Sentencia del 10 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reliquidación prestaciones sociales
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de atender el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte DEMANDANTE frente a la sentencia del 10 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ÁLVARO EMIRO UBAQUE GONZÁLEZ** contra **REPRESENTAS DE BOGOTA S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-001-2018-00278-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende que, previa declaratoria de un contrato de trabajo entre las partes que fue terminado de forma unilateral por el empleador, se condene a la pasiva a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión y la indemnización por despido injusto con inclusión de la vivienda que le fue asignada para que residiera con su familia y el costo de los servicios públicos

¹ Fs. 6-17 Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de esta como factor salarial; a pagar las sanciones moratorias establecidas en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990; la indemnización por no pago de los intereses a las cesantías y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 3 de junio de 1996 suscribió contrato de trabajo a término fijo con la sociedad PROMOTORA ZENKA LTDA. para desempeñar el cargo de mecánico; que el contrato de trabajo fue cedido a REPRESENTAS DE BOGOTA S.A., el 1º de octubre de 1999; que en mayo de 1997 le fue asignada una vivienda para vivir con su familia; que no suscribió ni ratificó ninguna cláusula de exclusión salarial; que el 18 de diciembre de 2015 hizo entrega de la casa; que el monto de un predio como el que le fue asignado para que viviera con su familia es de \$2.000.000; que el costo de los servicios públicos era asumido por el empleador, los cuales estima en \$200.000; que durante la vigencia de la relación laboral, nunca se tuvo en cuenta la vivienda como factor salarial; que el contrato de trabajo fue terminado por el empleador, el 10 de mayo de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La pasiva se opuso a todas las pretensiones y, como argumentos de defensa expuso, en síntesis, que el 10 de enero de 1997, el demandante suscribió un contrato de comodato precario en relación con la vivienda a la que hace referencia en la demanda, además, que en el contrato de trabajo expresamente se estableció que conceptos tales como vestuario, alimentación y habitación no constituían salario para ningún efecto.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, pago, compensación, buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 10 de agosto de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 3 de junio de 1996 al 10 de mayo de 2016; absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y condenó en costas a la parte demandante.

² Fs. 2-15 Archivo 004 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló, en síntesis, que si bien el demandante vivió en la residencia ubicada en el predio el Barreno, ello fue en virtud del contrato de comodato precario que suscribió con la demandada, es decir, la vivienda se le otorgó a título gratuito, ya que el actor no debía cancelar ningún canon de arrendamiento, por lo que el demandante no cumplió con la carga probatoria de desvirtuar dicho contrato y, por el contrario, la demandada demostró que le canceló todas las acreencias laborales con base en el salario realmente devengado por el trabajador.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite* si la vivienda otorgada al demandante constituye factor salarial, en consecuencia, si es procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión e indemnización por despido injusto que depreca el demandante y condenar al pago de las sanciones moratorias reclamadas.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate en esta instancia judicial la existencia del contrato de trabajo entre las partes en la modalidad y extremos declarados por la primera instancia.

Pretende la parte demandante que se tenga como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales la vivienda que él fue otorgada para que viviera con su familia, estimando que un canon de arrendamiento de un predio de esas características asciende a la suma de \$2.000.000 y adicionalmente que también se incluyan como salario el costo de los servicios públicos que eran asumidos por el empleador, los cuales estimó en la suma de \$200.000.

Hay que indicar que no existe controversia respecto que el promotor de la acción vivió en la casa ubicada en el lote denominado el Barreno y que los servicios públicos eran asumidos por el empleador, pues así fue aceptado por la pasiva dentro de la contestación de la demanda; no obstante, sostiene que ello se realizó en virtud de un contrato de comodato precario suscrito entre las partes. En efecto, se observa que, el 10 de enero de 1997, la sociedad PROMOTORA ZENKA LTDA, quien cedió el contrato de trabajo del actor a la sociedad REPREVENTAS DE BOGOTA S.A., aquí demandada, suscribió un contrato de comodato precario con el señor ÁLVARO EMIRO UBAQUE GONZÁLEZ, en los siguientes términos (fs. 124-125 Archivo 01 ED):

los artículos 2200 y siguientes del Código Civil. PRIMERA. Objeto. - EL COMODANTE entrega a EL COMODATARIO y éste recibe a título de comodato o préstamo de uso, los bienes descritos que son administrados por EL COMODANTE: "una casa de habitación con todas sus mejoras, lote y anexidades que EL COMODANTE tiene en la ciudad de Bogotá, situada en la ladera occidental de las Colinas de Suba, la cual no cuenta con nomenclatura urbana, que se encuentra ubicada en la parte del lote di predio conocido como EL EDEN; dicha propiedad está adjunta al pozo profundo que suministra agua a la casa principal y está ubicada según plano que hace parte integral de éste contrato, en donde se identifican los correspondientes linderos". SEGUNDA..... Localización de los bienes. . Los bienes descritos en la cláusula anterior, están localizados en la ciudad de Santafé de Bogotá, tal como queda indicado en la cláusula anterior. TERCERA. Uso Autorizado. - EL COMODATARIO podrá utilizar los bienes objeto de éste contrato única y exclusivamente para la HABITACION del Comodatario y su familia. CUARTA. Comodato Precario.- EL COMODANTE podrá solicitar la restitución inmediata de los bienes entregados en comodato en cualquier momento sin que medie en favor de EL COMODATARIO ningún tipo de indemnización. EL COMODATARIO dispondrá en éste caso de un plazo máximo de cinco días para proceder de conformidad con la solicitud de EL COMODANTE. QUINTA. Obligaciones de EL COMODATARIO. Constituyen obligaciones especiales de EL COMODATARIO las que siguen : a) Cuidar y mantener los bienes recibidos en comodato, respondiendo por todo daño o deterioro que sufran, salvo los que se deriven de su uso legítimo y normal. EL COMODATARIO se obliga a responder aún de caso fortuito, acorde con la prescripción contenida en el artículo 2203 del Código civil; b) Responder por los daños que los bienes causen a terceros; c) Restituir los bienes cuando EL COMODANTE lo requiera; d) Asegurar debidamente los bienes relacionados en la cláusula primera; e) Utilizar los bienes de acuerdo con el uso autorizado ; f) No cambiar la ubicación de las cosas objeto del presente comodato sin la previa y escrita autorización de EL COMODANTE; g) Las demás disposiciones legales. SEXTA. Derecho de Retención. - EL COMODATARIO solamente podrá ejercer derecho de retención sobre las cosas dadas en comodato cuando EL COMODANTE no ha cubierto las expensas necesarias en que ha debido incurrir con el fin de mantenerlas en estado de servir para su uso natural o cuando la mala calidad de las cosas le ha ocasionado perjuicios y éstos no ha sido debidamente indemnizados. SEPTIMA. Estado de los Bienes. - Al momento de firmarse el presente acto jurídico, los bienes se encuentran en perfecto estado de funcionamiento. OCTAVA. Cláusula Penal. - Si EL COMODATARIO incumpliere una cualquiera de las obligaciones a su cargo, deberá pagar a EL COMODANTE la suma de CINCO MILLONES DE PESOS

Al absolver interrogatorio de parte, el promotor de la acción manifestó que suscribió el contrato de comodato porque si no lo hacía perdería el trabajo y que fue presionado por el empleador para que lo firmara (Min. 35:20 – 55:45 Archivo 10 ED). En esos términos tenemos que el demandante alega que en la suscripción del contrato de comodato medió uno de los vicios del consentimiento como es la fuerza.

No obstante, hay que señalar que no existe en el plenario ningún elemento de juicio en el cual se puedan soportar las afirmaciones del demandante, ya que ninguno de los testigos hizo tan siquiera mínima mención a esa circunstancia, lo cual resulta lógico como quiera que ninguno de ellos presencié ni es testigo directo de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se suscribió el referido contrato de comodato, a través del cual se le otorgó la vivienda al señor ÁLVARO EMIRO UBAQUE GONZÁLEZ para que la utilizara como lugar de habitación para él y su familia, a título gratuito.

En ese sentido, era carga probatoria de la parte actora acreditar que medió la fuerza, como unos de los vicios del consentimiento, en la suscripción del contrato de comodato, si su intención era restar validez a ese acuerdo de voluntades, a fin que se tuviera la entrega de la vivienda como parte del salario devengado por el trabajador, pero como quiera que no cumplió con esa obligación procesal, no encuentra la Sala ningún argumento fáctico, ni jurídico para colegir que el otorgamiento de esa vivienda deba ser tenido en cuenta como salario en especie, que sería que lo que correspondería, como quiera que la tenencia de esa bien inmueble en cabeza del actor se realizó a través de un instrumento legal que no riñe con el vínculo laboral que existió entre las partes.

Téngase en cuenta que la pacífica línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, ha enseñado que, respecto de los vicios del consentimiento con trascendencia para afectar los actos jurídicos que se originan en las relaciones del trabajo, estos deben ser contundentes, no estar sujetos a inferencias o presunciones de quien lo alega o está interesado, a quien le corresponde en consecuencia probarlo (CSJ SL16539-2014; CSJ SL10790-2014; CSJ SL13202-2015; CSJ SL3488-2022); lo que no ocurrió en el presente asunto.

Adicional a lo anterior, contrario a lo expuesto en la demanda, en este caso

se observa que entre el empleador y el trabajador se **suscribió un acuerdo de desalarización que se encontraba contenido dentro del contrato de trabajo**, aspecto que por sí solo, aún sin que mediara el aludido contrato de comodato, echaría al traste las pretensiones de la demanda, en tanto lo que se persigue es que se le asigne connotación salarial a la vivienda.

Sobre este aspecto, resulta pertinente resaltar que, entendido el salario como aquella retribución patrimonial del trabajador por prestar su fuerza de trabajo, el artículo 127 del C.S.T. establece que tiene la condición de salario, y hace parte de este, todo aquello que percibe el empleado en especie o dinero como contraprestación directa del servicio. En contraposición con ello, el artículo 128 del C.S.T. establece que no toda erogación, en especie o en dinero percibida por el trabajador se considera como factor salarial, siempre y cuando dichos emolumentos sean: (i) ocasionales, por mera liberalidad y de aquellas que la norma señaló expresamente como posibles de ser excluidas de factor salarial; (ii) de los que recibiese en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) las prestaciones sociales, el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, y, (iv) los beneficios habituales u ocasionales acordados con el empleador de forma expresa.

A su turno, la Jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la CSJ, ha reiterado que los postulados contenidos en el artículo 128 C.S.T., en el ámbito de aquellos pagos no constitutivos de salario, se erigen como una excepción a la generalidad acerca de que cualquier pago recibido por el trabajador constituye salario. Bajo ese panorama, debe quedar sumamente claro y detallado que beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial, siendo ineficaces todas aquellas cláusulas genéricas o globales, o aquellas estipulaciones que para su aplicación requiera acudir a otro tipo de interpretaciones más allá del contenido literal de lo pactado (SL1196-2022). También ha adoctrinado la Jurisprudencia que los pactos suscritos tendientes a restar incidencia salarial a determinados conceptos no son inquebrantables, pues de conformidad con la legislación, estos no están autorizados para disponer que no es salario un emolumento que, en esencia, conforme los parámetros de la norma sustantiva, si lo es (SL1922-2021).

En el presente asunto, en la cláusula cuarta del contrato de trabajo suscrito entre las partes, expresamente se estableció que: “...*suministros tales como alimentación, habitación, vestuario...*”, que le fueran otorgados al trabajador, “...*no*

son salario ni se computarán como factor de salario en ningún caso ni para ningún efecto.” (fs. 119-122 Archivo 01 ED).

Analizada la cláusula de desalarización mencionada, la Sala encuentra que se atempera a los criterios desarrollados por la jurisprudencia, como quiera que no se hace mención genérica a beneficios extralegales que puedan ser otorgados por el empleador, sino que hace referencia expresa al otorgamiento de “habitación”, que fue precisamente para lo cual le fue entregada la vivienda al aquí demandante, pues incluso de forma también expresa se encuentra contenido en el ya mencionado contrato de comodato.

En ese sentido, tampoco encuentra la Sala argumentos de hecho o de derecho para restar validez al pacto de desalarización suscrito entre empleador y trabajador, como quiera que el concepto que ahora pretende el actor tenga incidencia salarial y que, como ya se dijo, fue expresamente incluido en la cláusula de exclusión salarial contenida en el contrato de trabajo, esto es, la vivienda, no fue otorgada al promotor de la acción como contraprestación directa de sus servicios, sino para la correcta ejecución de las labores asignadas, aspecto que no riñe con los postulados del artículo 127 del C.S.T., y se adecua a los términos del artículo 128 ibídem.

Por lo expuesto, no resulta procedente otorgar incidencia salarial a la vivienda que le fuera otorgada al demandante por parte de la empresa demandada y, en consecuencia, las restantes pretensiones no tienen vocación de prosperidad.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad. Sin Costas en esta instancia por conocerse en consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

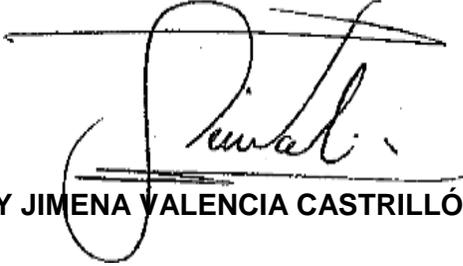
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Primero del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

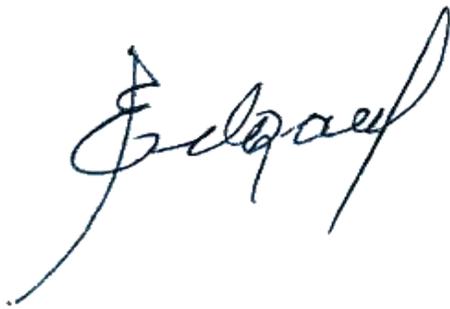
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-001-2019-00612-02
DEMANDANTE:	ENRIQUE ENCISO FORERO
DEMANDADO:	FUNDACIÓN CIDCA EN LIQUIDACIÓN
ASUNTO:	Apelación Sentencia 8 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 8 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ENRIQUE ENCISO FORERO** contra **FUNDACIÓN CENTRO DE INVESTIGACIÓN DOCENCIA Y CONSULTORÍA ADMINISTRATIVA CIDCA**, con radicado No. **11001-31-05-001-2019-00612-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El señor ENRIQUE ENCISO FORERO a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad con la demandada del 24 de febrero de 2003 al 25 de julio de 2017, terminado por decisión unilateral y sin justa causa por la parte empleadora; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de primas de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, caja de compensación familiar, sanción por falta de consignación de las cesantías, indemnización moratoria o indexación, devolución de la retención practicada indebidamente y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios personales a favor de la encartada de manera ininterrumpida del 24 de febrero de 2003 al 25 de julio de 2017, por virtud de diversos contratos de prestación de servicios, todo ello, bajo la continuada subordinación de la empleadora, ejerciendo sus funciones como médico, desde las instalaciones de la convocada. Que se le pagó la remuneración pactada en los contratos de prestación de servicios de manera mensual, previa acreditación de su afiliación al sistema de seguridad social y debido pago de aportes. Añadió que nunca ejerció como contratista independiente, sino como trabajador de la convocada, pese a ello, nunca fue afiliado al Sistema de Seguridad Social integral, ni a caja de compensación familiar, y tampoco le fueron reconocidas a sus favor las prestaciones sociales y vacaciones que se generaron a su favor. Que el 2 de agosto de 2018, elevó reclamación ante su empleadora peticionando el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas, lo cual le fue resuelto en sentido desfavorable, mediante comunicación del 6 de septiembre de símil año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 22 de marzo de 2022, el Juzgado de conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la FUNDACIÓN CENTRO DE

¹ Folios 1 a 23 archivo Demanda y Anexos carpeta 02 y 161 a 184 archivo 01 cuaderno principal del expediente digital.

INVESTIGACIÓN DOCENCIA Y CONSULTORÍA ADMINISTRATIVA CIDCA
EN LIQUIDACIÓN (Archivo 05 del expediente digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de septiembre de 2022, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *a quo* que, no existe prueba fehaciente de la continuidad en la prestación de los servicios por parte del actor, dado que presentó diferentes vinculaciones con la demandada de diversos contratos de prestación de servicios, entre los cuales existió solución de continuidad, ya que, entre el primer contrato y el segundo, transcurrió un término de 4 años. Agregó que tampoco se demostró una verdadera subordinación para predicar la existencia de una real relación laboral y menos aún se acreditó la prestación personal del servicio, lo cual no emana de lo dicho por el testigo traído por el convocante, toda vez que éste no presencié directamente los hechos, pues estos le constan por lo que le contó el demandante, quien por tanto no asumió la carga probatoria que le correspondía, conforme a lo previsto en el artículo 167 del CGP.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación alegando que *“respecto a su decisión, me permito interponer el recurso de apelación respecto a las costas impuestas en esta instancia al señor Enrique Enciso Forero”*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud del artículo 69 del CPT y de la SS la Sala en sede de consulta a favor de la parte activa revisará: si se conjugan los presupuestos para establecer la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos procesales del 24 de febrero de 2003 al 25 de julio de 2017; conforme a las resultas, definir la viabilidad en fulminar condena a título de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, aportes al Sistema de Seguridad Social integral en salud y pensión.

Lo anterior, habida consideración que ante la falta de sustentación del recurso de apelación formulado por la parte actora, la alzada debe declararse desierta. Ello es así, porque aun cuando en proveído del 3 de noviembre de 2022 se dispuso admitir el recurso de apelación impetrado por la parte demandante, necesario es indicar que analizado con minucia el mismo, la apoderada del citado se redujo a señalar que *“me permito interponer el recurso de apelación respecto a las costas impuestas en esta instancia al señor Enrique Enciso Forero”*.

Sobre el particular, cumple destacar, que el artículo 66 A del CPTSS, limitó expresamente la competencia del juez de segundo grado a *“las materias objeto del recurso de apelación”*, por tanto, corresponde a las partes determinar específicamente los aspectos a los que se contrae su inconformidad, sobre las condenas o las determinaciones impartidas, en consecuencia, la decisión de alzada únicamente podrá referirse a los temas en los que el recurrente haya mostrado discrepancia.

Significa lo anterior, que el apelante no sólo debe fundamentar el recurso indicando puntualmente su desacuerdo, sino, exponer los argumentos con los que pretende una decisión distinta a la del juzgador de primer grado, ya que, al juez de alzada no le está permitido suponer las razones que

fundamentan el reproche del recurrente. Por ello, quien discrepa de los argumentos expresados en la sentencia, tiene la obligación de confrontarla en forma expresa con razones válidas y consonantes, en el entendido que, el sentenciador de alzada queda imposibilitado para estudiar el asunto objeto de inconformidad, cuando desconoce los motivos que sustentan el ataque de la decisión, evento en el cual, el proveído de primer grado debe permanecer intacto.

En relación con este aspecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia Rad. 35211 de 9 de septiembre de 2009 se ocupó de precisar el alcance de la disposición en cita en los términos referidos. Condiciones que no se encuentran satisfechas en el *examine*, por cuanto el recurrente demandante sólo se remitió a señalar su inconformidad respecto de las costas, sin advertir, si quiera, los reparos con la consideración realizada por el A - quo.

Por lo expuesto, la argumentación de la parte demandante no ofrece ninguna oposición concreta a las consideraciones que sustentan la decisión de primera instancia, motivo por el cual, su impugnación debe declararse desierta, siendo lo procedente revisar la sentencia de primer grado en sede del grado jurisdiccional de consulta, por serle tal determinación totalmente adversa a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

De tiempo atrás, tiene por sentado la Doctrina y Jurisprudencia que en los juicios laborales en cuyo debate se pretenda establecer la existencia de un vínculo laboral, habrá primacía de la realidad sobre las formalidades como lo ordena el artículo 53 de nuestra Carta Política. De esta manera, cobra vital importancia establecer que el artículo 24 del C.S.T establece que se presume la existencia de la relación laboral cuando quiera que se encuentre acreditada la prestación personal del servicio humano, de ahí que corresponda al trabajador acreditar dicho requisito y al empleador desvirtuar esta presunción.

Con todo, en virtud del principio de la carga de la prueba establecido en el artículo 167 del CGP aplicable a los procesos laborales por remisión expresa

del artículo 145 del C.P.T y la S.S corresponde al demandante acreditar además de la prestación personal humana del servicio, los extremos de la relación laboral, el cargo desempeñado, el salario, la parte y la causal que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo.

Bajo tales presupuestos, con miras a establecer si entre las partes existió un contrato de carácter laboral, esta Sala procede a realizar un análisis del material probatorio arrimado al proceso según lo indicado en el artículo 60 del C.P.T y la S.S, dentro del cual se evidencian los contratos de prestación de servicios que a continuación se relacionan y que no han sido tachados de falsos, desconocidos o reargüidos por las partes, conforme lo enunciado por el artículo 269 y S.S del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T, estos son:

CONTRATO No.	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACION	HONORARIOS (Valor mensual)	FOLIO
Contrato No. 1	24-02-2003	23-05-2003	\$1.100.000	49 a 50 archivo 01 ED
Contrato No. 2	04-02-2008	08-07-2008	\$1.600.000	51 a 53 archivo 01 ED
Otro Sí No. 1	04-07-2008	03-12-2008	\$1.600.000	54 archivo 01 ED
Otro Sí No. 2	04-12-2008	03-05-2009	\$1.600.000	55 archivo 01 ED
Otro Sí No. 3	04-05-2009	03-10-2009	\$1.600.000	56 archivo 01 ED
Otro Sí No. 4	04-10-2009	03-03-2010	\$1.600.000	57 archivo 01 ED
Otro Sí No. 5	04-03--2010	03-08-2010	\$1.600.000	58 archivo 01 ED
Otro Sí No. 6	04-08-2010	03-01-2011	\$1.600.000	59 archivo 01 ED
Contrato No. 3	04-01-2011	12-06-2011	\$1.723.000	60 a 62 archivo 01 ED
Otro Sí No. 1	13-06-2011	23-12-2011	\$1.723.000	63 archivo 01 ED
Contrato No. 4	02-01-2012	09-06-2012	\$1.881.516	64 a 66 archivo 01 ED
Contrato No. 5	12-06-2012	21-12-2012	\$1.881.516	67 a 69 archivo 01 ED
Otro Sí No. 1	13-12-2012	15-01-2013	\$1.881.516	70 archivo 01 ED
Contrato No. 6	16-01-2013	16-01-2014	\$2.600.000	71 a 73 archivo 01 ED

Aunado a lo anterior, obran cuentas de cobro y facturas expedidas por la demandada, en donde se reconoce a favor del actor los honorarios causados

de manera mensual por valor de \$2.600.000, las cuales dan cuenta de la prestación de los servicios desde el 12 de enero de 2016 hasta el 31 de marzo de 2017 (folios 86 a 136 archivo 01 del expediente digital). Asimismo, obra comunicación emitida por la parte convocada, en la cual al emitir respuesta a un derecho de petición elevado por el convocante, esta refirió que: *“Con relación a la certificación de tiempos de servicios, el señor Enrique Enciso ha sostenido contratos de prestación de servicios por períodos académicos con la F-CIDCA, desde el 24 de febrero de 2003, hasta el 25 de julio de 2017, fecha en la cual el señor Enciso presentó carta de solicitud de terminación del contrato argumentando razones personales”*².

En igual sentido, se tiene que el representante legal de la demandada en interrogatorio de parte, manifestó que antes de tener tal calidad para la demandada, fue su trabajador por más de 20 años, por manera que le consta que el actor fue contratado como médico de la institución, y como tal atendía estudiantes y personal administrativo de la convocada. Agregó que el convocante fue contratado por el representante legal y el vicerrector administrativo de la institución (Min. 00:26:48 - 00:44:50 archivo de audio 07 del expediente digital).

De otra parte, fue escuchado el testimonio rendido por el señor Álvaro Enrique Amaya Albán, en calidad de rector de la demandada entre los años 2004 a 2007, quien refirió conocer al demandante como médico de la institución dentro de ese período, acotando que este ingresó a laborar desde el año 2003, a través de contrato de prestación de servicios; que el actor atendía a los estudiantes y a los trabajadores de la activa, dentro del horario de trabajo que le era asignado por el área de bienestar universitario. Concluyó advirtiendo que desconoce cómo desempeñaba las funciones el demandante, porque no era el jefe inmediato de él, pero sí sabe que su labor la desplegó en las instalaciones de la pasiva, a quien siempre lo vio como médico, pues no observó como tal a nadie diferente al señor Enrique Enciso, aunado a que este debía firmar unas planillas como control de su horario, debiendo, además, presentar un informe mensual para el pago de su remuneración (Min. 00:04:59 - 00:17:53 archivo de audio 13 del expediente digital).

² Folios 44 a 45 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Dados estos presupuestos de orden fáctico y jurídico, debe indicar esta Corporación que de las pruebas arrimadas al proceso, logra colegir la Sala que, contrario a lo aducido por el Juzgado de Conocimiento, el actor logró acreditar que prestó sus servicios a favor del extremo pasivo, circunstancia que activa la presunción de que trata el artículo 24 del CST, esto es, que su actividad estuvo regida por un contrato de trabajo, misma que no fue desvirtuada por la parte demandada, toda vez que no desplegó ninguna actividad probatoria encaminada a tal cometido, como quiera que el *a quo* le tuvo por no contestada la demanda.

Aunado a ello, los medios de convicción decretados y practicados no dan cuenta de la autonomía e independencia del accionante en su función de médico, antes bien, de los contratos de prestación de servicios obrantes a folios 49 a 73 del expediente digital, se avizora que la demandada además de asignarle un horario de trabajo, también estableció las sedes de la institución en las cuales debía prestar el servicio y los días de la semana para ello; en igual sentido, estableció la población a la cual debía atender (estudiantes, docentes, personal administrativo y académico), le exigió desarrollar cursos de prevención de problemas de salud, también le impuso la obligación de realizar los trabajos relacionados con el área de la salud que requiriera la demandada, conforme a la naturaleza de la labor contratada, e igualmente, le exigió diligenciar una planilla de asistencia como se constata del testimonio rendido por el señor Álvaro Enrique Amaya Albán y se observa de las documentales militantes a folios 90 a 104 archivo 01 del expediente digital.

Puestas así las cosas, para la Sala es claro que al no haberse desvirtuado la presunción legal de que trata el artículo 24 del CST, como así la correspondía a la convocada, es procedente reconocer la existencia de un solo contrato de trabajo entre las partes, por los extremos aducidos en el *libelo genitor*, esto es, del 24 de febrero de 2003 al 25 de julio de 2017, pues aunque la parte activa no allegó los contratos de prestación de servicios entre los años 2004 a 2007 y 2015, del análisis conjunto de los medios de convicción oportunamente recaudados, es posible advertir que el accionante prestó sus servicios sin solución de continuidad, contrario a lo definido por el *a quo*; así,

recuérdese que en la comunicación adosada a folios 44 a 45 del archivo 01 del expediente digital, la demandada indicó que con el actor se celebraron contratos de prestación de servicios por períodos académicos del 24 de febrero del 2003 al 25 de julio de 2017, aunado a que el representante legal de la encartada fue claro en manifestar que ha sido su trabajador desde hace más de 20 años, dentro de los cuales siempre conoció al actor como médico, lo cual se refuerza con el dicho del testigo Álvaro Enrique Amaya Albán, quien de manera clara indicó que cuando laboró para la convocada entre los años 2004 y 2007, percibió que el demandante siempre se desempeñó como médico de la institución, sin dar cuenta ninguna de estas manifestaciones, sobre la existencia de solución de continuidad.

Puestas así las cosas, se procederá a revocar la decisión de primer grado, para en su lugar, declarar el contrato de trabajo alegado, durante los extremos aludidos, y teniendo como salario la suma mensual que a título de honorarios le fue reconocida al convocante, conforme a los diferentes contratos de prestación de servicios, excepto para los años 2004 a 2007 y 2015, puesto que sobre tales anualidades ello no se encuentra acreditado, y por tanto, habrá de tomarse el equivalente al salario mínimo legal, en atención a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL -3009 de 2017.

Conforme a lo anterior, se proceden a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, y considerando que en el presente caso, no es dable analizar la prescripción, dado que a la encartada se le tuvo por contestada la demanda.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala de Decisión que conforme a la liquidación que se discrimina a continuación, el actor tiene derecho a los siguientes valores y conceptos:

PERIODO	SALARIO	SALARIO DIA	DIAS	CESANTÍAS	INTERESES A LAS CESANTÍAS	PRIMA JUNIO	PRIMA DICIEMBRE	VACACIONES
24/02/03	31/12/03	\$ 1.100.000	\$ 36.667	307	\$ 938.056	\$ 95.994	\$ 468.967	\$ 468.028
1/01/04	31/12/04	\$ 358.000	\$ 11.933	360	\$ 358.000	\$ 42.960	\$ 179.000	\$ 179.000
1/01/05	31/12/05	\$ 381.500	\$ 12.717	360	\$ 381.500	\$ 45.780	\$ 190.750	\$ 190.750
1/01/06	31/12/06	\$ 408.000	\$ 13.600	360	\$ 408.000	\$ 48.960	\$ 204.000	\$ 204.000
1/01/07	31/12/07	\$ 433.700	\$ 14.457	360	\$ 433.700	\$ 52.044	\$ 216.850	\$ 216.850
1/01/08	31/12/08	\$ 1.600.000	\$ 53.333	360	\$ 1.600.000	\$ 192.000	\$ 800.000	\$ 800.000
1/01/09	31/12/09	\$ 1.600.000	\$ 53.333	360	\$ 1.600.000	\$ 192.000	\$ 800.000	\$ 800.000
1/01/10	31/12/10	\$ 1.600.000	\$ 53.333	360	\$ 1.600.000	\$ 192.000	\$ 800.000	\$ 800.000
1/01/11	31/12/11	\$ 1.723.000	\$ 57.433	360	\$ 1.723.000	\$ 206.760	\$ 861.500	\$ 861.500
1/01/12	31/12/12	\$ 1.881.516	\$ 62.717	360	\$ 1.881.516	\$ 225.782	\$ 940.758	\$ 940.758
1/01/13	31/12/13	\$ 2.600.000,00	\$ 86.667	360	\$ 2.600.000	\$ 312.000	\$ 1.300.000	\$ 1.300.000
1/01/14	31/12/14	\$ 2.600.000,00	\$ 86.667	360	\$ 2.600.000	\$ 312.000	\$ 1.300.000	\$ 1.300.000
1/01/15	31/12/15	\$ 644.350,00	\$ 21.478	360	\$ 644.350	\$ 77.322	\$ 322.175	\$ 322.175
1/01/16	31/12/16	\$ 2.600.000,00	\$ 86.667	360	\$ 2.600.000	\$ 312.000	\$ 1.300.000	\$ 1.300.000
1/01/17	25/07/17	\$ 2.600.000,00	\$ 86.667	207	\$ 1.495.000	\$ 103.155	\$ 747.067	\$ 747.500
				TOTAL	\$ 20.863.121,56	\$ 2.410.757	\$ 10.431.066	\$ 10.431.066
						\$ 10.431.561		

- Auxilio de cesantía por todo el tiempo laborado: \$20.863.121,56
- Intereses a las cesantías por todo el tiempo laborado: \$2.410.757
- Primas de servicios por todo el tiempo laborado: \$20.863.122
- Vacaciones: \$10.431.561
- Prima de navidad: Dicha prestación resulta improcedente, toda vez que la ley laboral no prevé la misma y la parte actora tampoco allegó prueba que esta fuera reconocida por la parte empleadora como un derecho extralegal.

SANCIÓN POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍA

Con arreglo al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a 31 de diciembre de cada año el empleador liquidará definitivamente el auxilio de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuar en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo, valor que consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que éste elija. El incumplimiento de dicho plazo genera como sanción el pago de un día de salario por cada día de retraso en el depósito. Cabe señalar, que la indemnización por no consignación del auxilio de cesantía en el fondo seleccionado por el trabajador está condicionada al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, acreditados en el expediente (SL417-2021).

Bajo ese horizonte, en el caso *sub judice*, tendiendo en cuenta que se tuvo por no contestada la demanda, no encuentra la Sala ninguna justificación

de la parte empleadora para efectuar la consignación de las cesantías del actor al respectivo fondo; en todo caso, la celebración de contratos de naturaleza distinta a la laboral, cuando en la relación contractual estuvo presente la subordinación jurídica de la empleadora, no puede ser indicativo de buena fe, sino de una conducta contraria a ella, que se pretendió legitimar con vinculaciones en calidad de trabajador autónomo e independiente, que no corresponden con la realidad. Aunado a ello, si bien la parte convocada se encuentra en un proceso de liquidación, no debe pasarse por alto que la misma tan solo fue aprobada en asamblea extraordinaria de miembros fundadores y eméritos del 7 de octubre de 2019, conforme se observa en anexo 01 carpeta 11 del expediente digital, esto es con posterioridad al finiquito laboral.

Así las cosas, como quiera que la cesantía no fue consignada en su oportunidad, se condenará a la encartada al pago de la sanción dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en valor de \$217.027.459, cuya liquidación se discrimina a continuación:

SANCIÓN FALTA CONSIGNACIÓN CESANTÍAS						
PERIODO		PERIODO DE INDEMNIZACIÓN	SALARIO	SALARIO D	DIAS A INDEMNIZ	SANCIÓN
24/02/03	31/12/03	del 15/02/2004 al 14/02/2005	\$ 1.100.000	\$ 36.667	360	\$ 13.200.000
1/01/04	31/12/04	del 15/02/2005 al 14/02/2006	\$ 358.000	\$ 11.933	360	\$ 4.296.000
1/01/05	31/12/05	del 15/02/2006 al 14/02/2007	\$ 381.500	\$ 12.717	360	\$ 4.578.000
1/01/06	31/12/06	del 15/02/2007 al 14/02/2008	\$ 408.000	\$ 13.600	360	\$ 4.896.000
1/01/07	31/12/07	del 15/02/2008 al 14/02/2009	\$ 433.700	\$ 14.457	360	\$ 5.204.400
1/01/08	31/12/08	del 15/02/2009 al 14/02/2010	\$ 1.600.000	\$ 53.333	360	\$ 19.200.000
1/01/09	31/12/09	del 15/02/2010 al 14/02/2011	\$ 1.600.000	\$ 53.333	360	\$ 19.200.000
1/01/10	31/12/10	del 15/02/2011 al 14/02/2012	\$ 1.600.000	\$ 53.333	360	\$ 19.200.000
1/01/11	31/12/11	del 15/02/2012 al 14/02/2013	\$ 1.723.000	\$ 57.433	360	\$ 20.676.000
1/01/12	31/12/12	del 15/02/2013 al 14/02/2014	\$ 1.881.516	\$ 62.717	360	\$ 22.578.192
1/01/13	31/12/13	del 15/02/2014 al 14/02/2015	\$ 2.600.000,00	\$ 86.667	360	\$ 31.200.000
1/01/14	31/12/14	del 15/02/2015 al 14/02/2016	\$ 2.600.000,00	\$ 86.667	360	\$ 31.200.000
1/01/15	31/12/15	del 15/02/2016 al 14/02/2017	\$ 644.350,00	\$ 21.478	360	\$ 7.732.200
1/01/16	31/12/16	del 15/02/2017 al 25/07/2017	\$ 2.600.000,00	\$ 86.667	160	\$ 13.866.667
					TOTAL	\$ 217.027.459

APORTES AL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL A CARGO DEL EMPLEADOR

Sobre este tópico pretende el demandante “a la afiliación y pago de los aportes a seguridad social (Pensión, ARL y EPS) de ENRIQUE ENCISO FORERO teniendo en cuenta la totalidad de la relación laboral y el verdadero y real salario devengado”³.

³ Folio 7 archivo 01 del expediente digital.
 Sala Laboral
 Tribunal Superior del Distrito Judicial
 Bogotá

Al punto, se tiene que el actor reclama el reconocimiento y pago de los aportes mentados conforme al salario real devengado, es decir, que en el fondo está persiguiendo el reconocimiento y pago del excedente correspondiente, conforme a la remuneración realmente percibida y que se desprende de los ciclos que ya cotizó, situación que hace improcedente este pedimento, toda vez que el aquí demandante no allegó ninguna planilla demostrativa de los aportes que efectuó a su nombre, a efectos de determinar si en verdad existen diferencias a su favor por tales conceptos, de suerte que habrá de absolverse a la demandada de esta pretensión.

En lo tocante a los pagos a la Caja de Compensación Familiar que también depreca el actor, debe advertirse que estos, según lo establecido en la Ley 21 de 1982 se erigen como parafiscales impuestos a empleadores, sin que su pago constituya un beneficio para el trabajador, de modo que tal desembolso solo puede ser reclamado por las entidades correspondientes, mas no por el trabajador; aunado a ello, debe recordarse que el demandante no reclamó ni demostró la ocurrencia de un perjuicio que se llegare a presentar por no haberse realizado los aportes correspondientes.

SANCION MORATORIA

La sanción moratoria aludida en el artículo 65 del C.S.T, se encuentra contemplada a efectos de sancionar al empleador que a la terminación del contrato no cancele en su integridad al trabajador los salarios y prestaciones causadas y corresponde a un día de salario por cada día de retardo en el pago de los mismos. Así mismo la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en principio no operan de manera automática, y que estas solo proceden cuando se encuentra probada la mala fe del empleador; de ahí que el concepto de buena fe traiga consigo que el empleador actúe correctamente y sin abusar de posiciones privilegiadas que pueda tener, por lo que si pretende beneficiarse de ella deberá demostrarla con el fin de ser exonerado del pago de la indemnización.

Criterio que ha sido reiterado recientemente por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que en ejercicio de sus funciones pedagógicas, indicó *“La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud”*.

Trazados estos derroteros, procede la Sala a corroborar sí en el caso *sub examine* la parte pasiva logró acreditar su buena fe, evidenciando que no hay prueba alguna de tal supuesto, pues ni su errado convencimiento de que entre las partes no existía un vínculo de índole laboral, ni el proceso de liquidación que fue aprobado con posterioridad al vínculo laboral, son situaciones suficientes para que se dé por sentada la buena fe por parte de la demandada. Así las cosas, como quiera que en materia laboral sí se requiere que el empleador acredite la buena fe y esta, no fue demostrada a lo largo del litigio, resulta patente que se fulmine condena en contra del extremo demandado por concepto de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, en cuantía igual a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales adeudadas, esto es, a razón de \$86.667 desde el 28 de julio de 2017 hasta el 28 de julio de 2019, como quiera que la demanda se formuló el 16 de junio de 2019, esto es, dentro de los 24 meses contados desde la terminación del vínculo laboral, lo cual arroja un total de \$62.4000.000; en igual sentido, desde el mes 25 es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios calculados sobre las prestaciones sociales a la tasa máxima de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta la fecha en que se efectúe el pago, habida cuenta que en el presente caso no se acredita que la demandada se encuentre liquidada de manera definitiva, antes bien, conforme a la manifestación del representante legal en su interrogatorio de parte, este proceso aún se encuentra en curso y no ha tenido lugar su culminación, por la falta de recursos para el efecto.

DEVOLUCIÓN RETENCIONES ILEGALES

Sobre este aspecto baste con decir que, si bien el demandante solicita la devolución de las retenciones practicadas indebidamente, lo cierto es que tal pedimento resulta improcedente, toda vez que no demuestra que en efecto la demandada haya efectuado los descuentos que, según su dicho, correspondieron a conceptos violatorios de las leyes laborales.

Conforme a lo expuesto, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, reconocer la relación laboral alegada y condenar a la activa, a las sumas y conceptos indicados previamente. Costas en ambas instancias a cargo de la demandada; se fijan como agencias en derecho de segunda instancia un SMLMV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 8 de septiembre del 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre **ENRIQUE ENCISO FORERO** y la **FUNDACIÓN CENTRO DE INVESTIGACIÓN DOCENCIA Y CONSULTORÍA ADMINISTRATIVA CIDCA** desde el 24 de febrero de 2003 hasta el 25 de julio de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **FUNDACIÓN CENTRO DE INVESTIGACIÓN DOCENCIA Y CONSULTORÍA ADMINISTRATIVA CIDCA** a pagar al señor **ENRIQUE ENCISO FORERO**, las siguientes sumas de dinero:

- 20.863.121,56 por concepto de auxilio de cesantías
- \$2.410.757 por concepto de intereses a las cesantías
- \$20.863.122 por concepto de prima de servicios
- \$10.431.561 por concepto de vacaciones

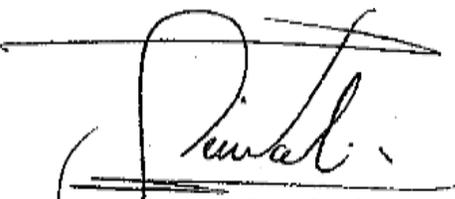
- \$217.027.459 por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía.
- La sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, en cuantía igual a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales adeudadas, esto es, a razón de \$86.667 desde el 28 de julio de 2017 hasta el 28 de julio de 2019, lo cual arroja un total de \$62.4000.000; en igual sentido, desde el mes 25 procede el reconocimiento y pago de los intereses moratorios calculados sobre las prestaciones sociales debidas, a la tasa máxima de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta la fecha en que se efectúe el pago.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

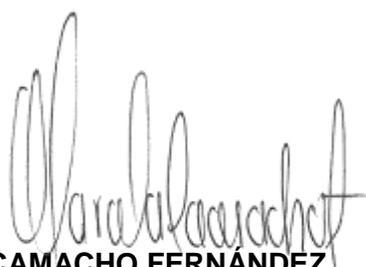
CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada; se fijan como agencias en derecho de segunda instancia un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
(Salva voto parcial)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-005-2019-00603-01
DEMANDANTE:	ATANACIO OSORIO LUCAS
DEMANDADO:	EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 6 de julio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato - Despido
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por la parte DEMANDANTE y la demandada EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. contra la sentencia del 6 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ATANACIO OSORIO LUCAS** contra **EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A.** e **INDRA COLOMBIA S.A.S.**, con radicado No. **11001-31-05-005-2019-00603-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con COLOMBIA MOVIL S.A. – TIGO COLOMBIA del 7 de junio de 2013 al 18 de julio de 2019; que el contrato terminó por los

¹ Fs. 3-15 Archivo 001 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

incumplimientos del empleador; que existió desmejora en sus condiciones laborales; como consecuencia de ello, se condene al pago de la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria y costas procesales. Subsidiariamente, solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con NEXARTE del 7 de junio de 2013 al 18 de julio de 2019; que el contrato fue terminado sin justa causa y; en consecuencia, que se condene a esta al pago de la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició a laborar para COLOMBIA MOVIL S.A., desde el 7 de junio de 2013; que esa vinculación fue a través de NEXARTE mediante un contrato por obra o labor para desempeñar el cargo de gestor en tiempo real; que sus funciones las cumplió en las instalaciones de COLOMBIA MOVIL S.A., sus superiores eran trabajadores de esa empresa y esta era quien le proporcionaba la dotación de vestido y calzado de labor; que el 10 de mayo de 2019 se le informó que entraría una nueva empresa en reemplazo del NEXARTE y que debía suscribir contrato con esta para poder continuar laborando en el puesto que venía desempeñando; que en esa misma fecha se le comunicó por NEXARTE la finalización de su contrato de trabajo; que firmó contrato con INDRA COLOMBIA S.A.S. para seguir desempeñando la labor que venía realizando desde 2013; que el 19 de julio de 2019 presentó renuncia motivada por el desmejoramiento de sus condiciones laborales, ya que en NEXARTE su salario era \$1.825.000 mientras que en INDRA COLOMBIA S.A.S. paso a ser de \$1.035.000.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

INDRA COLOMBIA S.A.S²

La demandada se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa expuso, en síntesis, que la entidad participó en un proceso de selección iniciado por UNE EPM Telecomunicaciones S.A., Colombia Móvil S.A. E.S.P. y EDATEL (en adelante "Tigo") cuyo objeto era la contratación de un tercero para la externalización del proceso de atención de peticiones, quejas, recursos, requerimientos legales y servicios de back office, del cual resultó siendo adjudicataria. Para el cumplimiento del objeto de ese contrato de prestación de servicios, la entidad acudió a la vinculación de talento humano priorizando aquellas personas que tenían experiencia en las actividades que se debían ejecutar. De esta

² Fs. 212-229 Archivo 002 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

forma, con el fin de brindar una oportunidad de empleo a aquellas personas que se encontraban vinculadas con el anterior proveedor de servicios de Tigo, se realizó un proceso de selección consecuente y ordenado donde resultó elegido el hoy demandante. Agregó, que desde el inicio del proceso de selección, el señor Osorio conoció suficientemente la oferta laboral y sus condiciones económicas, la cual fue aceptada de manera expresa con su interés de participar y con la suscripción del correspondiente contrato de trabajo, por lo que, en el concepto global de libertad, el actor podía libremente aceptar o declinar la oferta laboral extendida por la empresa. Finalmente, sostuvo que, en la renuncia presentada por el actor, este refiere apreciaciones subjetivas y mal intencionadas para justificar su decisión imputando conductas que ni siquiera le pueden ser atribuidas a la empresa, pues esta canceló todas y cada una de las acreencias laborales del demandante, sin que a la fecha se adeude suma de dinero por ningún concepto, tanto durante la vigencia del contrato de trabajo, como a su terminación.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demanda, ausencia de obligación en la demandada, buena fe, compensación, prescripción.

EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. (NEXARTE)³

La demandada se opuso a todas las pretensiones, aclarando inicialmente que NEXARTE corresponde a un grupo empresarial del que cual hace parte EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A., dedicada a *“Gestión de procesos de soporte en front office y back office a través de los diferentes medios de contacto, tales como: Telefónico, presencial y/o virtual, para apoyar el ciclo de relacionamiento de los clientes, en modalidad outsourcing o insourcing”* y, argumentando en su defensa, que celebró un contrato de trabajo por obra o labor determinada con el demandante, en desarrollo y ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito con COLOMBIA MOVIL S.A., para labores de outsourcing en el área administrativa con ocasión a las PQR presentadas en el desarrollo de la operación, habiendo sido el último cargo desempeñando de gestor en tiempo real. Agregó, que el 10 de mayo de 2019, le notificó al actor la terminación del contrato de trabajo por la finalización de la obra contratada.

³ Fs. 195-204 Archivo 002 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, pago, compensación, las demás que el Despacho encuentre probadas dentro del proceso.

ACTUACIÓN PROCESAL

Dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y S.S., en la etapa de decisión de excepciones previas, el Juez de instancia declaró probada la de falta de competencia por falta de reclamación administrativa que había propuesto COLOMBIA MOVIL S.A. en la contestación de la demanda y, en consecuencia, dio por terminado el proceso frente a esa demandada y frente a CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., quien había sido llamada en garantía por esta.⁴

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 6 de julio de 2022, condenó a EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. a pagar al demandante la suma de \$1.216.266 por concepto de indemnización por despido injusto que debía pagar debidamente indexada; absolvió a esta demandada de las restantes pretensiones declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto la sanción moratoria; absolvió a INDRA COLOMBIA S.A.S. de todas las pretensiones de la demanda; y condenó en costas a EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que dentro del proceso están demostradas las distintas vinculaciones del actor y que suscribió un contrato por obra o labor con EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A., el cual estaba atado a la duración del contrato comercial que esa empresa suscribió con COLOMBIA MOVIL S.A. ESP y al que posteriormente se adhirió UNE EPM S.A., mismo que finalizó el 31 de mayo de 2019. Agregó, que también está demostrado que el demandante suscribió otro contrato de trabajo por obra o labor con INDRA COLOMBIA S.A.S., quedando confesado por el actor que las labores que desempeñó para una y otra empresa eran completamente diferentes. Que bien el Despacho no desconoce que toda la teoría del caso estaba edificada en la declaratoria del contrato de trabajo con UNE (frente a la cual se dio por terminado

⁴ Archivo 13 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

el proceso al declararse probada la excepción previa de falta de competencia por falta de reclamación administrativa), al no haberse agotado la reclamación administrativa esa teoría del caso se desvaneció totalmente, quedando entonces por resolver únicamente lo atinente a las indemnizaciones por despido injusto de cada uno de los empleadores, pero nada respecto una posible tercerización indebida o una simple intermediación y, en consecuencia, tampoco nada en relación con la posible relación existente entre EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. e INDRA COLOMBIA S.A.S., por lo cual, lo que queda es la existencia de dos relaciones laborales totalmente autónomas e independientes, atendiendo lo confesado por el demandante y lo dicho por los testigos, sin que pueda declararse una sola relación laboral por todo el tiempo laborado por el actor.

Sostuvo, frente a la indemnización por despido injusto, que si bien la testigo Mónica Rocha sostuvo que por cuestiones de logística el contrato de trabajo se terminó el 10 de mayo de 2019, ello resulta irrelevante, y no afecta los derechos indemnizatorios del actor, en tanto la duración de su contrato estaba atada al contrato comercial que terminó el 31 de mayo de 2019, por lo que la indemnización corresponde a esos 20 días de antelación con que finalizó el contrato de trabajo. Que frente a INDRA COLOMBIA S.A.S., lo que se presentó fue una renuncia motivada en una serie de inconformidades con esa empresa y con TIGO, pero como quiera que quien alega un despido indirecto tiene la carga de demostrar la violación a los derechos laborales que alega, ello dependía de la teoría del caso inicial que se cayó con la decisión de la excepción previa, y como quiera que INDRA COLOMBIA S.A.S. demostró que reconoció los derechos laborales que le correspondían, no era posible emitir condena en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que de acuerdo a la sentencia 69175 de la CSJ, en el contrato de trabajo por obra o labor debe existir un acuerdo de voluntades frente a la duración y la falta de estipulación frente a ello lleva a que se tenga como un contrato a término indefinido. Que si bien el actor ingresó a laborar con EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. desde el año 2013 hasta el mes de mayo de 2019, aproximadamente seis años, en ninguna parte del contrato, ni en algún otrosí, se le especificó que el contrato celebrado entre TIGO y NEXARTE era de forma limitada, sino que era de forma indefinida. Agregó, frente a la absolución de INDRA COLOMBIA S.A.S., que se debían tener en cuenta las pruebas testimoniales, en especial la del señor José, en el cual indicó que

conoce trabajadores que trabajan en esas áreas con antelación a la suscripción del contrato de trabajo entre las dos empresas, quienes no tuvieron que pasar por una entrevista de trabajo, sino que simplemente se les ofreció que firmaran un documento sobre la disminución salarial.

La demandada EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. también apeló la sentencia, argumentado que dentro del debate probatorio quedó acreditado con la documental aportada al proceso, que entre el demandante y EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. hoy NEXARTE, existió un contrato por duración de la obra o labor contratada que inició el 1º de septiembre de 2014 y finalizó el 10 de mayo de 2019, porque dicho contrato se encontraba atado a la duración de la prestación del servicio con COLOMBIA MOVIL S.A., por lo que el contrato terminó por una causa legal y objetiva contenida en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., teniendo en cuenta que el contrato comercial con el cliente COLOMBIA MOVIL S.A. terminó el 31 de mayo de 2019, y el Juez no tuvo en cuenta que, en aras de dar finalización a ese contrato, la entidad desde el 10 de mayo de 2019 inició las respectivas desvinculaciones de los trabajadores contratados para este proyecto, ya que para el 31 de mayo de 2019 no debía existir ninguna prestación del servicio, pues como lo indicó la testigo Mónica Rocha, para esa fecha no estaba vinculado ningún trabajador contratado para ese proyecto, motivo por el cual la finalización del contrato del demandante, el 10 de mayo de 2019, estuvo ajustada a derecho y no devino de una decisión caprichosa del empleador, de ahí que se debe absolver de la indemnización por despido injusto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la

alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite* el determinar; primero; si entre el demandante y EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido y; segundo, si las demandadas deben ser o no condenadas al pago de la indemnización por despido injusto.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto: **1.** Que COLOMBIA MOVIL S.A. (UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.) y EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A., suscribieron un contrato de prestación de servicios de preventa, venta y posventa del portafolio de productos y servicios de Colombia Móvil a nivel nacional en los diferentes canales comerciales y de servicio (fs. 266-278 Archivo 002 ED); **2.** Que el señor ATANACIO OSORIO LUCAS y EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. suscribieron un contrato de trabajo, el 7 de junio de 2013 (fs. 18-19 Archivo 001 ED); **3.** Que EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. terminó el contrato de trabajo, el 10 de mayo de 2019, aduciendo la terminación del contrato comercial con el cliente UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. (f. 25 Archivo 001 ED); **4.** Que COLOMBIA MOVIL S.A. (UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.) e INDRA COLOMBIA S.A.S. suscribieron un contrato de prestación servicios para la atención de servicios de Back Office (fs. 465-478 Archivo 002 ED); **5.** Que el señor ATANACIO OSORIO LUCAS e INDRA COLOMBIA S.A.S. suscribieron un contrato de trabajo por obra o labor determinada, el 13 de mayo de 2019 (fs. 28-37 Archivo 001 ED); **6.** Que el demandante presentó renuncia motivada, el 19 de julio de 2019, aduciendo un desmejora en sus condiciones laborales (fs. 185-188 Archivo 001 ED).

Para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, atendiendo los reparos esbozados por el recurrente activo frente a la modalidad contractual que tuvo en cuenta el A quo para calcular la indemnización por despido injusto, debe indicarse que el contrato por obra o labor es un contrato de resultado, es decir, no atiende a la duración sino a la ejecución. La vigencia de este tipo de contratos se encuentra supeditada a un hecho futuro, ya que se entiende celebrado por el tiempo necesario para la culminación de la obra o la labor pactada, para lo cual ha de tenerse en cuenta que la duración de esta depende de su propia naturaleza, y no la de los contratantes.

Así lo ha enseñado la pacífica jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la CSJ, reiterada recientemente en la Sentencia SL3526-2022, en los siguientes términos:

“Para empezar, cabe recordar que el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo consagra como una de las modalidades del contrato, aquella celebrada por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada»; en ese orden, lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado.

Sobre su naturaleza, vale aclarar que, aunque incierta, la fecha de finalización está sometida a la ejecución de determinadas actividades. La condición resolutoria debe aparecer clara y precisa pues, de no, puede entenderse pactado a término indefinido. En otras palabras, «no basta con esa denominación, debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de manera residual, que su duración es indefinida» (CSJ SL2176-2017, CSJ SL2600-2018 y CSJ SL4936-2021).”

De lo anterior se concluye, que la terminación de la vinculación del trabajador no está sujeta a ningún hecho de carácter subjetivo sino más bien, a un hecho puramente objetivo, que depende solamente de las contingencias de la obra o labor desarrollada. Además, debido a que es la naturaleza de la obra la que determina la duración de la relación laboral, esta debe ser acordada entre las partes de manera precisa, de forma medible y cuantificable, de manera que el trabajador tenga certeza del momento a partir del cual fenece el vínculo laboral, debiendo consignarse con estricta precisión la obra o labor a realizar por el trabajador, de lo contrario, ha de entenderse que el contrato se pactó por término indefinido.

En el presente asunto, en el contrato de trabajo por obra o labor que suscribió el promotor de la acción con EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A., se pactó en la cláusula Tercera, en relación con la duración del contrato, lo siguiente (f. 223 Archivo 002 ED):

CLÁUSULA TERCERA. DURACIÓN DEL CONTRATO. El presente contrato de trabajo durará el tiempo requerido para la realización del servicio para el cual el trabajador está siendo específicamente contratado, el cual podrá incrementarse, disminuirse o cambiarse de acuerdo a las necesidades del EMPLEADOR Y/O LA EMPRESA CLIENTE y de acuerdo al incremento, disminución o modificación de la productividad reportado por la EMPRESA CLIENTE al EMPLEADOR. La labor contratada es la prestación del servicio indicado en el encabezamiento de este contrato, el cual durará el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por la EMPRESA CLIENTE. En consecuencia, este contrato terminará en el momento en que la EMPRESA CLIENTE comunique al EMPLEADOR que el servicio ha disminuido o modificado y por lo tanto ha dejado de requerir los servicios del TRABAJADOR, sin que EL EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna, ni generar preaviso de ninguna clase. Por lo tanto cualquier comunicación que se haga llegar en este sentido tiene por objeto un fin de control administrativo y agradecer los servicios prestados al TRABAJADOR durante el tiempo de su vinculación.

Como se observa, la duración del contrato de trabajo se limitó al “... *tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por la EMPRESA CLIENTE...*”, por lo que el contrato terminaría “... *en el momento que la EMPRESA CLIENTE comunique al EMPLEADOR que el servicio ha disminuido o modificado y por lo tanto ha dejado de requerir los servicios del TRABAJADOR...*”, es decir, como lo exige la jurisprudencia, la condición resolutoria del contrato se dejó claramente establecida en el contrato, motivo por el cual no es posible, como lo pretende la parte actora,

que se declare la existencia de un contrato a término indefinido. Aunado a lo anterior, las funciones y la labor contratada también fueron claramente especificadas en el contrato, como se observa a continuación (f. 222 Archivo 002 ED):

FUNCION DEL CARGO: REALIZAR LAS RESPUESTAS EN TÉRMINO LEGAL CON CALIDAD DE LOS RR, RRSA, EXPEDIENTES, PLIEGOS, CUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES Y SOLICITUDES DE INFORMACIÓN Y DEMAS FUNCIONES INHERENTES AL CARGO.
ACTIVIDAD CONTRATADA: PRESTACIÓN DE SERVICIO DE OUTSOURCING EN EL ÁREA ADMINISTRATIVA EN OCASIÓN A LAS PQR PRESENTADAS EN EL DESARROLLO DE LA OPERACIÓN.

Nótese que expresamente se señala que la actividad contratada corresponde al desarrollo de la operación, lo cual de acuerdo a todo al contenido de la cláusula primera, no deja margen a interpretación alguna, sino que se trata de la operación contratada por la empresa cliente, es decir, claro resulta que si se acaba dicha operación, consecuentemente el contrato de trabajo pierde su razón de ser, como quiera que la causa que le dio origen al mismo fue precisamente esa operación de outsourcing contratada por COLOMBIA MOVIL S.A. (UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.) a EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A., razón por la cual no existen argumentos de hecho o de derecho para modificar lo que al respecto concluyó la primera instancia.

Ahora, está plenamente acreditado que el contrato de prestación de servicios celebrado entre COLOMBIA MOVIL S.A. (UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.) y EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. terminó el 31 de mayo de 2019 (f. 335 Archivo 002 ED). Para la Sala no son de recibo los argumentos del recurrente pasivo en cuanto que, a pesar de esa circunstancia, obró correctamente al terminar el contrato de trabajo del actor, el 10 de mayo de 2019, es decir, 20 días antes de que terminara la operación contratada por la empresa cliente, pues independientemente de las labores logísticas para finalizar la operación, ello no implica que se pudiera modificar los términos en que fue pactada la finalización del contrato de trabajo por obra o labor determinada, ya que esta, como acertadamente lo coligió el fallador de primer grado, estaba atada a la duración del contrato de prestación de servicios, el cual, se reitera, finalizó el 31 de mayo de 2019. De ahí que no existe duda para esta Corporación que lo que se presentó en el caso del señor ATANACIO OSORIO LUCAS, fue un despido injusto, como quiera que el contrato se terminó antes de que finalizará la labor contratada, de conformidad con los precisos términos en que fue pactado el contrato de trabajo por obra o labor determinada, por lo cual se confirmará la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

En lo que respecta a INDRA COLOMBIA S.A.S., indefectiblemente la Sala debe confirmar la decisión absolutoria impartida por el A quo, atendiendo que, como se dejó sentado al inicio de esta providencia, el contrato de trabajo que el actor suscribió con dicha empresa fue terminado por este a través de una renuncia motivada, en los siguientes términos:

- Desde el 7 junio del año 2013 hasta el 10 de mayo de 2019; fui contratado por la Empresa **NEXARTE y/o EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A.**, para desempeñar las funciones en el cargo de Gestor en Tiempo Real, recibiendo un salario aproximadamente de **UN MILLÓN OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS (\$1.825.000)**.
- Mis actividades laborales fueron prestadas a la Empresa de telecomunicación **COLOMBIA MOVIL TIGO**.
- Luego de un proceso de licitación; por indicaciones de la Empresa **COLOMBIA MOVIL TIGO**, me indicaron que para continuar laborando para ellos, debía firmar contrato laboral con la Empresa **INDRA COLOMBIA LTDA**.
- El 13 de mayo de 2019, suscribí contrato de trabajo con la Empresa **INDRA COLOMBIA LTDA**.
- Me he caracterizado por ser un trabajador responsable y cumplidor íntegramente de mis obligaciones laborales, sin ningún antecedente disciplinario.
- Durante la vinculación con la Empresa **INDRA COLOMBIA LTDA**, he sido objeto de violación de mis derechos laborales, toda vez que me disminuyeron el salario, en la actualidad devengo aproximadamente **UN MILLÓN CIENTO CINCUENTA MIL PESOS (\$1.150.000)** y además me cambiaron el cargo, ahora me desempeño como **SUPPORT TECHNICIAN 1**.

Nótese que el promotor de la acción motivó su renuncia en el hecho de que, al servicio de EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A., su salario ascendía a una suma superior a la devengada con INDRA COLOMBIA S.A.S., aspecto que, atendiendo que cada contrato de trabajo celebrado con cada uno de dichos contratista de COLOMBIA MOVIL S.A. (UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.) fue autónomo e independiente, lo cual se desprende no solo de la misma carta de renuncia en la cual se reconoce que el cargo era diferente en una y otra empresa, sino que como lo confesó el actor al absolver interrogatorio de parte, las funciones que desempeñó en la EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. fueron totalmente diferentes a las ejecutadas

cuando fue contratado por INDRA COLOMBIA S.A.S. (Min. 33:05 – 39:50 Archivo 012 ED).

En ese sentido, al suscribir el contrato de trabajo con esta última entidad, el actor aceptó las condiciones salariales en el plasmadas, las cuales correspondían a un salario básico de \$1.035.000 y un salario variable de \$150.000 (f. 28 Archivo 001 ED), por lo que no puede considerarse que por ese hecho existió una violación a los derechos laborales por parte del empleador y menos aún que se configuran las causales de terminación del contrato de trabajo contenidas en los numerales 2, 5, 6 y 8 del literal b) del C.S.T., que fueron las invocadas por el promotor de la acción en la carta de renuncia.

Adicionalmente, téngase en cuenta que el actor no alega que existió error, fuerza o dolo por parte de INDRA COLOMBIA S.A.S. en la suscripción del contrato de trabajo. Por ello, tal como lo dejó sentado el operador judicial de instancia, una cosa era la teoría del caso en relación con la demanda presentada en contra de COLOMBIA MOVIL S.A. (UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.), pero como quiera que frente a esa entidad se terminó el proceso por no haberse presentado la reclamación administrativa, dicha teoría del caso se desvaneció. Entonces, para lo que interesa al conflicto jurídico delimitado con las demandadas EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. e INDRA COLOMBIA S.A.S., resulta inocuo que se planteen aspectos relativos a que los trabajadores contratados por esa primera empresa continuaron prestando sus servicios en la empresa cliente incluso desde antes de que se suscribiera el contrato con el nuevo contratista, esto es, INDRA, ya que ello solo tiene incidencia para efectos de analizar la posible desnaturalización del outsourcing, pero no para colegir que esta última sociedad incurrió en las causales de terminación unilateral del contrato de trabajo referidas en líneas precedentes.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad. Sin Costas en esta instancia por no haber prosperado ninguno de los recursos de apelación.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

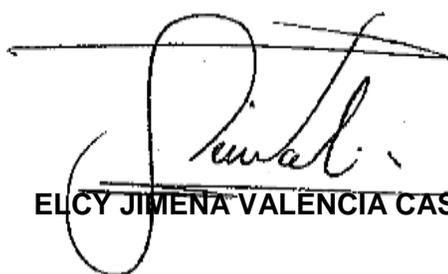
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 6 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

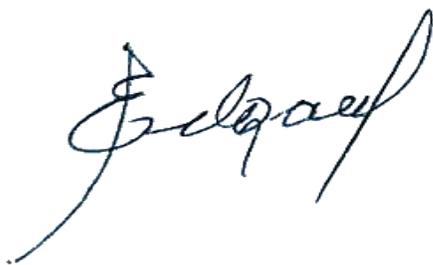
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-009-2021-00067-01
DEMANDANTE:	MEDARDO ENRIQUE ARIAS CORREAL
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 19 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reliquidación – Indexación – devolución aportes salud
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la sentencia del 19 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **MEDARDO ENRIQUE ARIAS CORREAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-009-2021-00067-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez a partir del mes de agosto de 2015, tomando como base el 85 % con su respectiva indexación e intereses; que sea tenido en cuenta para su reliquidación el promedio del último salario devengado para el año 2020 por valor de \$2.856. 000, y de acuerdo al 85 % sería ajustado a \$2.427. 600; pago hasta el año 2015 aportes a salud a la EPS FAMISANAR; como consecuencia de ello, se condene a la pasiva a la reliquidación de la pensión a partir del 1º de agosto de 2015. Subsidiariamente, solicita se condene a la indexación desde el momento en que entro a disfrutar esta prestación; al pago de las costas que ocasione este proceso; al reintegro del dinero descontado por concepto de aportes a salud, y se le reconozcan los intereses causados desde la fecha de causación de la prestación.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que con Resolución N° SUB-103891 del 7 de mayo de 2020, COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez, pero únicamente tuvo en cuenta para la liquidación los últimos diez años, aplicando el art. 21 de la Ley 100 de 1993, lo cual arrojó un ingreso base de \$ 1.572. 352, aplicando un porcentaje de 75 %; que COLPENSIONES para la liquidación de esta prestación no tuvo en cuenta el aumento del IBL, por lo que presentó recurso de reposición en contra de la Resolución. Por último, sostiene que hizo aportes a la EPS FAMISANAR hasta el año 2015.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, expuso que actuó conforme a derecho mediante la Resolución SUB 103891 del 7 de mayo de 2020, donde se reconoció una pensión de vejez al demandante, teniendo en cuenta un IBL de \$2.096.469 aplicando una tasa de reemplazo del 75%, obteniendo una mesada inicial para el 2015 de \$1.572.352, efectiva a partir del 13 de marzo de 2017. El reconocimiento de la

¹ Fs. 17-21 Archivo A1 Carpera 01 Expediente Digital

² Fs. 23-30 Archivo A7 Carpeta 01 Expediente Digital

prestación se dio bajo los preceptos normativos contemplados en la Ley 71 de 1988, sienta esta aplicada por principio de favorabilidad al demandante. Además, que por sustracción de materia no tendría derecho a la indexación solicitada y que los descuentos en salud sobre mesadas pensionales retroactivas están debidamente autorizados y ordenados según lo dispone la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 19 de agosto de 2022, declaró probadas las excepciones de carencia de causa para demandar y prescripción; absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamento de su decisión, manifestó la A quo que no era procedente la reliquidación en los términos deprecados por la parte actora, esto es, con un promedio del salario del último año y con una tasa de reemplazo del 85 %, en razón a que, conforme el principio de inescindibilidad de la norma, la pensión se había reconocido con base en la Ley 71 de 1988 por ser el demandante beneficiario del régimen de transición, por lo que la tasa de reemplazo debía ser la del 75 % indicada en dicha norma y el IBL no podía corresponder al promedio salarial del último año, sino al indicado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tal como lo había reconocido COLPENSIONES. Agregó, que si se aplica la tasa de reemplazo en los términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el actor tendría derecho al 67 %, la cual es inferior a la que le fue aplicada por la AFP. Respecto del reconocimiento del retroactivo a partir del 1º de agosto de 2015, precisó que la parte demandante no había allegado prueba de lo mencionado en el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución que le reconoció la pensión de vejez; que si bien en el expediente administrativo constaba que había presentado una acción de tutela en contra de COLPENSIONES, se observa que la entidad contestó indicando que el actor no había presentado ante la AFP ninguna reclamación para que se le reconociera la

prestación y no era posible tener la presentación de esa tutela como la reclamación administrativa, debido a que el escrito completo no reposaba en el expediente, como tampoco lo que habían resuelto las instancias frente a dicha acción, por lo que no podía entrar a presumir cual era la fecha exacta de la solicitud, de ahí que no existían elementos para rebatir la prescripción aplicada por COLPENSIONES en sede administrativa. Finalmente, en relación con la devolución de los aportes a salud, indicó que no era procedente como quiera que tales aportes estaban destinados para cubrir las contingencias a cargo del SGSSS y que la entidad pagadora de la pensión estaba autorizada por la ley para efectuar dichos descuentos de las mesadas pensionales, en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de salud.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió la decisión y, como argumentos de la alzada, expuso que la norma es indivisible y se aplica la norma más favorable de la Ley 100 de 1993, el artículo 34 dice que la pensión va hasta un 85 % y como el demandante tiene 1462 semanas, tiene derecho a esa tasa de reemplazo, pero la A quo desconoce que se aplicó una tasa de reemplazo del 75 %, la cual fue menos favorable. Que, frente a la indexación, como quedó demostrado con la resolución, el actor comenzó a disfrutar de la pensión en el año 2020, por lo que la indexación de 2017, 2018 y 2020 quedó en el vacío, porque nunca se dijo nada al respecto, pues, por ejemplo, para el 2018 hubo un aumento en el salario del 5.9 %, para el 2019 fue del 6 %, lo cual no se tuvo en cuenta y no sabe porque ello fue así.

Respecto la prescripción, sostuvo que COLPENSIONES tiene un registro de todos los derechos de petición que se le presentan y la fecha queda registrada en el sticker que pone la entidad, pues la reclamación se hizo en el año 2017 y prueba de ello es la tutela que se presentó y que fue fallada el 30 de enero de 2018, pero dentro de la Resolución COLPENSIONES reconoce que el actor sí tenía derecho a la pensión, no obstante, quiere no quiere aceptar ese error evadiendo responsabilidades, en razón a que el demandante debió ser pensionado desde el año 2015. Agregó, que acuerdo con el artículo 489 del C.S.T., el simple reclamo escrito del trabajador interrumpe la prescripción, por lo que habiéndose presentado

la tutela, se debe dar aplicación a dicha norma, para que se le reconozcan las mesadas pensionales a partir del año 2015.

Frente a la devolución de los aportes a salud, afirma que independientemente de que el Estado diga que el excedente de los aportes se va para un fondo, al demandante obligatoriamente le hacen pagar los aportes y COLPENSIONES volvió y le cobro esos aportes, lo cual es un enriquecimiento ilícito por parte de una EPS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, si el demandante tiene derecho al reajuste de su pensión de vejez en aplicación de una tasa de reemplazo del 85 %; segundo, deben indexarse las mesadas pensionales reconocidas en sede administrativa; tercero, si es procedente reconocer las mesadas pensionales desde el 1º de agosto de 2015 o si por el contrario estas se encuentran prescritas conforme lo consideró COLPENSIONES en la resolución que reconoció la pensión de vejez y; cuarto, si el actor tiene derecho a que le sea reintegrado el valor de los aportes a salud que fuera descontado por COLPENSIONES de las mesadas pensionales.

CONSIDERACIONES

Inicialmente hay que destacar que no es objeto de controversia que al señor MEDARDO ENRIQUE ARIAS CORREAL le fue reconocida la pensión de vejez por parte COLPENSIONES a través de Resolución SUB 103891 del 7 de mayo de 2020, por valor de \$1.572.352, el cual se obtuvo de un IBL de \$2.096.469, al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 75 % en los términos de la Ley 71 de 1988, por ser el actor beneficiario del régimen de transición. La pensión se reconoció partir del 13 de marzo de 2017, pues, aunque se estableció que el estatus de pensionado lo adquirió el 27 de enero de 2012, la AFP aplicó la prescripción trienal, pues la reclamación administrativa que tuvo en cuenta se presentó el 13 de marzo de 2020 (fs. 3-11 Archivo A1 Carpera 01 Expediente Digital).

Ahora, pretende la parte actora que se reliquide su pensión de vejez aplicando al IBL una tasa de reemplazo del 85 %, bajo el argumento que el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 dispone que la pensión va hasta un 85 % y como el demandante cuenta con 1462 semanas cotizadas, tiene derecho a esa tasa de reemplazo por ser más favorable que la tasa de reemplazo del 75 % aplicada por COLPENSIONES.

Para resolver esta cuestión debemos remitirnos al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el cual establece lo siguiente:

ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo [10](#) de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso

base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

De la lectura desprevenida de la norma en cita, palmario resulta la improcedencia de lo pretendido por el recurrente, pues pasa por alto el apoderado de la parte actora que el aparte del precepto que disponía una tasa de reemplazo del 85 % para quienes tuvieran 1400 semanas, perdió vigencia el 1º de enero de 2004, es decir, en la actualidad solo es posible aplicar esa tasa de reemplazo a los afiliados que, además de cumplir con ese número de semanas, hubiesen causado su derecho a la pensión de vejez ante del 30 de diciembre de 2003, que no es ese el caso del señor MEDARDO ENRIQUE ARIAS CORREAL, pues teniendo en cuenta que este nació el 27 de enero de 1952, según la copia de su documento de identidad³, es claro que cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes de 2012, fecha en la cual alcanzó el estatus de pensionado, tal como lo estableció COLPENSIONES dentro de la Resolución SUB 103891 del 7 de mayo de 2020.

En ese sentido, en lo que respecta a la tasa de reemplazo, al actor le sería aplicable el último inciso del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, es decir, que por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, la tasa de reemplazo se incrementaría en 1.5 %, llegando a un monto máximo entre el 80 y el 70.5 %.

³ Archivo GEN-DDI-AF-2019_3666853-20190319094844.pdf del Expediente Administrativo
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Con base en lo anterior, teniendo en cuenta que el IBL asciende a la suma de \$2.096.469, valor indiscutido por el recurrente; que el actor cotizó un toda su vida laboral un total de 1462 semanas y que causó su derecho pensional en el año 2012, el monto de la pensión inicia con la base del 65.50% (factor r), menos el 1,62 %, como quiera que el IBL comprende 3,25 veces el salario mínimo de 2015 (factor s), según el año que sirve para determinar el IBL, por tener la última cotización y la fecha de retiro del SGSSP en el periodo de julio de 2015, según se extrae de la historia laboral⁴ ($\$2.096.469/644.350=3,25$), arroja una tasa de remplazo del 63,88 %, a la cual hay que sumarle 6 % como quiera que el actor cuenta con 237 semanas adicionales a las mínimas requeridas, lo que arroja una tasa de reemplazo total de 69.88 % la cual es inferior a la tasa del 75 % reconocida por COLPENSIONES, motivo por el que se confirmará la decisión absolutoria que frente a este aspecto profirió la primera instancia.

Frente a la indexación reclamada, debe indicar la Sala que no le asiste razón al recurrente, pues basta con revisar la Resolución SUB 103891 del 7 de mayo de 2020, para percatarse que, contrario a lo alegado por el abogado de la parte demandante, COLPENSIONES no reconoció la mesada pensional por valor de \$1.572.352 para el año 2020, anualidad en que se profirió el acto administrativo, sino que ese fue el monto de la mesada para el año 2017, fecha de disfrute de la prestación, y las mesadas subsiguientes fueron debidamente indexadas año a año, como se observa a continuación:

⁴ Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2175-20220128032522.PDF del Expediente Administrativo
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer el pago de una pensión de VEJEZ a favor del señor **ARIAS CORREAL MEDARDO ENRIQUE**, ya identificado(a), en los siguientes términos y cuantías:

Valor mesada a 13 de marzo de 2017 = \$1,572,352

2018	1,636,661.00
2019	1,688,707.00
2020	1,752,878.00

LIQUIDACION RETROACTIVO	
CONCEPTO	VALOR
Mesadas	62,010,507.00
Mesadas Adicionales	4,897,720.00
F. Solidaridad Mesadas	0.00
F. Solidaridad Mesadas Adic	0.00
Descuentos en Salud	7,302,000.00
Ajustes en Salud	0.00
Pagos ya efectuados	0.00
Valor a Pagar	59,606,227.00

Debe la Sala ponerle de presente al apoderado del actor, que como quiera que la pensión que a este se le reconoció es superior al SMMLV, la actualización de las mesadas debe realizarse con base en el IPC certificado por el DANE y no en la misma proporción que aumenta el salario mínimo, como este lo reclama y, en ese sentido, la indexación que efectuó COLPENSIONES a las mesadas pensionales se encuentra ajustada a derecho.

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.		
CALCULADA		
AÑO	IPC Variación	MESADA
2.017	0,0409	1.572.352
2.018	0,0318	1.636.661
2.019	0,0380	1.688.707
2.020	0,0161	1.752.878

Respecto, la prescripción de las mesadas pensionales aplicada por COLPENSIONES, en la parte considerativa de la Resolución SUB 103891 del 7 de mayo de 2020, la entidad sostuvo que: “...verificada la historia laboral del afiliado se pudo determinar que el último periodo de aportes pensional, lo cotizó como trabajador independiente para el 30 de julio de 2015 por lo cual la efectividad sería a partir del 1 agosto de 2015, sin embargo la solicitud fue realizada con más de tres años posteriores a esa fecha...” y agregó: “Que siendo así las cosas como la

solicitud de reconocimiento de pensión de vejez fue realizada el 13 de marzo de 2020 han transcurrido más de tres años a la fecha de efectividad señalada en precedencia sin que el titular del derecho lo hubiere ejercido, por ende, las mesadas anteriores al 13 de marzo de 2017 están prescritas, siendo esta la fecha de efectividad de la prestación económica.”.

El recurrente sostiene que COLPENSIONES tiene un registro de todos los derechos de petición que se le presentan y la fecha queda registrada en el sticker que pone la entidad, pues la reclamación la realizó en el año 2017 y prueba de ello era la tutela que se presentó y que fue fallada el 30 de enero de 2018, por lo que esa tutela debía tenerse como escrito válido para la interrupción de la prescripción.

Inicialmente, es pertinente precisar que, en lo atinente a la prescripción, cuando se trata de entidades de seguridad social de derecho público, esta, además del artículo 151 del C.P.T. y S.S., se encuentra regulada por el artículo 6 del mismo estatuto, en tanto señala que: *“Mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción de la respectiva acción.”.*

Ahora, si bien la jurisprudencia especializada laboral ha admitido que como quiera que el simple escrito al que hacen referencia los artículos 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., no requieren de formalidad alguna, es posible tener como tal, a efectos de interrumpir la prescripción, las acciones de tutela. No obstante, para ello es necesario que el derecho se encuentre debidamente determinado, como lo exigen los preceptos normativos referidos.

En esos términos, no es posible, como lo reclama el recurrente, que se tenga en cuenta la acción de tutela que adelantó contra COLPENSIONES a efectos de tenerla como la reclamación de la pensión para el año 2017, por la sencilla razón de que la parte actora no cumplió con la carga procesal que le correspondía de aportar las piezas procesales de dicha acción constitucional, de la cual se tiene conocimiento, en razón a que en el expediente administrativo aportado por COLPENSIONES, milita un informe realizado por la entidad y el oficio por medio del

cual el Juzgado de conocimiento le notificó la decisión adoptada a la AFP, del cual se extrae su parte resolutive, como se observa a continuación:



Nótese que se hace alusión a un derecho de petición del 13 de marzo de 2019 y no a uno de 2017 como lo refiere el recurrente, y si bien se ordena COLPENSIONES dar respuesta a este, no es posible para la Sala establecer cuál era el contenido de la petición, pues este tampoco fue aportado al proceso por la parte demandante, sin que sea de recibo el argumento que la AFP debe tener el récord de todos los derechos de petición que se le presentan, pues lo cierto es que, al tenor de las reglas sobre la carga probatoria establecidas por el artículo 167 del C.G.P., aplicable en materia laboral por virtud de la remisión analógica a la que se refiere el artículo 145 del C.P.T. y S.S., él era el promotor de la acción quien tenía la carga de demostrar que en el año 2017 había elevado derecho de petición ante la Administradora tendiente a que se le reconociera la pensión de vejez, pero como quiera que no lo hizo, y se reitera, tampoco aportó las piezas procesales de la acción de tutela que aduce fue fallada en enero de 2018, la Sala no cuenta con elementos de juicio para considerar que la prescripción aplicada por COLPENSIONES no se encuentra ajustada a derecho, por el contrario, si la reclamación administrativa

tenida en cuenta por la entidad fue radicada el 13 de marzo de 2020 y la pensión de vejez se hizo efectiva el 1º de agosto de 2015, es claro que la prestación se reclamó cuando ya había fenecido el trienio prescriptivo y, por tanto, todas las mesadas causadas con antelación al 13 de marzo de 2017 están afectadas por el fenómeno extintivo, por lo que indefectiblemente ha de confirmarse la decisión de primera instancia.

Finalmente, en lo que respecta a la devolución de los aportes en salud descontados de las mesadas pensionales por COLPENSIONES, basta señalar que en la demanda se indica que el actor pagó dichos aportes hasta el año 2015, por lo que el supuesto enriquecimiento por parte de la EPS resulta un argumento cuando menos desacertado, pues teniendo en cuenta que la pensión se reconoció a partir de 2017, era una obligación de la AFP realizar dicho descuento en la proporción correspondiente a fin de transferir esos recursos al SGSSS, en razón a que, de conformidad con el numeral 1º del literal A del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, los pensionados son afiliados obligatorios del régimen contributivo en salud.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Costas en esta Instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

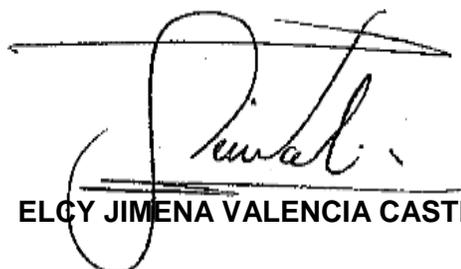
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 19 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la parte demandante.

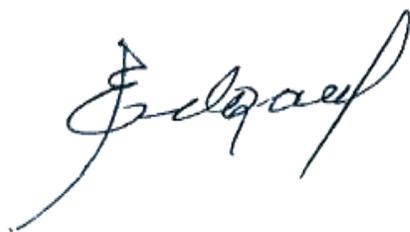
Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ