



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO
Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-005-2021-00561-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Mónica Arlene Del Pilar Barrera Romero, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Protección S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS; en consecuencia, se condene a las demandadas, a realizar el trámite correspondiente para trasladarla al régimen de prima media con prestación definida por cumplir los requisitos exigidos en la ley y la Constitución; se condene al pago de costas y agencias en derecho causadas en el presente proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el día 15 de junio de 1965; se afilió al sistema pensional el día 08 de agosto de 1989 con el ISS; en el año 1997 fue trasladada al RAIS por parte de su empleador ETB, sin que le fuera brindada una debida asesoría por Protección y el I.S.S.; refiere que no le dieron información sobre el capital mínimo para acceder a la pensión a cargo del fondo privado y que trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual implicaba la renuncia al régimen de transición pensional contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, lo que generó un perjuicio; finalmente, indicó que el 23 de septiembre del 2020 realizó petición a Colpensiones y Protección S.A. solicitando el reintegro al RPMPD, a la cual no recibió respuesta.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF05NotificacionAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, argumentando que, la demandante efectuó el traslado de régimen de manera libre y voluntaria, razón por la cual el contrato de afiliación es plenamente válido y no se encuentra inmerso en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia, sin que la entidad haya tenido injerencia en dicha decisión. Además, alega que la afiliada se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 100 de 1993 haciendo imposible para Colpensiones tener a la accionante como afiliada

al RPM. Como excepciones de mérito propuso las denominadas 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, la 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 SL 373 de 2021 y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF07ContestaciónColpensiones Pág. 2 a 32).

3.2. Protección S.A. La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante en contra de la AFP, argumentando que el traslado de régimen fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A. Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 08 Contestación Protección Pág. 3 a 19).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de septiembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de Protección S.A.; ordenó a Protección S.A., que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Sin costas en esta instancia.

El a quo fundamentó su decisión en que, para el momento de traslado de la accionante, esto es el 23 de mayo de 1995 con Colmena, ya estaba vigente el Decreto 720 de 1994 que en su artículo 12 señala que son las administradoras las que deben proporcionar amplia, oportuna y suficiente información a los afiliados con relación a las prestaciones que le incumban, al momento de la afiliación, demostración que se encuentra a cargo de las administradoras, sin que la simple suscripción del formulario de afiliación demuestre el cumplimiento de deber de información. Por otro lado, sostuvo que a pesar de que la afiliada solicitó ante el fondo privado el reconocimiento del derecho pensional, no detentó la calidad de pensionada, en la medida que Protección continuó recibiendo las cotizaciones obligatorias de la accionada y nunca desembolsó dineros por concepto de pensión, por lo que nunca se adquirió el estatus de pensionada. Frente a la excepción de prescripción, sostuvo que, de acuerdo con la amplia Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral no es dable declarar probado este medio exceptivo, por guardar íntima relación con el derecho pensional, el cual resulta imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por **Colpensiones** solicitando modificar el numeral segundo en cuanto a que se condene a la AFP Protección al pago del porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y los gastos de administración a favor de Colpensiones, en razón a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL 17595 de 2017, SL 4989 del 2018 entre otras.

6. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 del CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante, a pesar de que a la señora Barrera Romero le fue reconocido derecho pensional? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Mónica Arlene del Pilar Barrera Romero, se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 08 de agosto de 1989 hasta el 31 de agosto de 1997 (Expediente electrónico, PDF06Expediente, Pág. 4 a 9); el 23 de mayo de 1995 se vinculó a la AFP Colmena hoy Protección S.A., iniciando cotizaciones el 01 de junio de 1995 (Expediente Electrónico, PDFcontestacionProtección, Pág. 23 a 24); al cual pertenece actualmente.

5. Ineficacia del traslado – sentencia SL373-2021 improcedencia de la ineficacia en tratándose de pensionados. En torno de la definición de esta clase de controversias, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021), tuvo la oportunidad de pronunciarse, en derredor de la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia, decidiendo *“abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”*.

En la citada providencia, la Corte expresó que la calidad de pensionado es una *"situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer"*, ya que ello conllevaría a configurar *"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"*.

Igualmente, el máximo tribunal de esta jurisdicción, subraya que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso.

Así mismo, en providencia SL1309-2021, hace eco de lo ya dicho en la sentencia SL373-2021, con el aditamento conceptual de definir en qué momento se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS para efecto de verificar la procedencia o no del traslado de régimen pensional, y en lo que interesa, menciona que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS cuando el afiliado de manera libre y voluntaria y de acuerdo con su situación particular opte por cualquiera de las modalidades pensionales en el RAIS, ya que de tal escogencia se determina las características de su mesada pensional.

Al ser ello así, evidencia esta colegiatura que, la señora Barrera Romero inició el 5 de diciembre de 2017 el trámite para el reconocimiento de una pensión anticipada de vejez sin negociación del bono pensional, se le dio a conocer por parte del fondo privado las modalidades pensionales y las condiciones para liquidar cada una de ellas, fue así como, el 26 de julio de 2018 Protección S.A., reconoció pensión de vejez a partir del 1 de febrero de 2018, con una mesada pensional de \$920.926 con 13 mesadas por año. (Expediente Electrónico, PDF 08contestacionProtección, Pág. 94 a 126)

De acuerdo con el contenido de la comunicación adiada 26 de julio de 2018, la gestora del proceso, presentó recurso de reposición en contra de la decisión de concederle la prestación por vejez, a pesar que dicho escrito no fue incorporado el informativo, resulta evidente que no estaba de acuerdo con los términos en los que esta le había sido concedida, recibiendo como respuesta del fondo de pensiones *"le informamos que se realizaron las validaciones pertinentes del caso y se pudo constatar que el trámite se encuentra "Definido y Notificado", es decir, que actualmente ya finalizó la revisión y se determinó la prestación a la cual tiene derecho"*; pese a lo anterior, no se avizora dentro del plenario que el fondo demandado haya pagado alguna suma de dinero por concepto de mesadas pensionales, aunado a ello, se tiene que, de acuerdo con la historia laboral expedida por Protección el 9 de febrero de 2023, la accionante con posterioridad al reconocimiento del prestación continuó efectuando aportes obligatorios a pensión, lo que demuestra que nunca adquirió la calidad de pensionada. (Expediente Electrónico, PDF 08contestacionProtección, Pág. 59 a 71)

Aunado a lo anterior, es evidente que la actora inició el trámite de pensión de vejez anticipada, escogiendo una modalidad pensional, valga recordar, retiro programado sin negociación de bono pensional, la cual fue aprobada por la AFP porque acreditaba los requisitos exigidos para ello; no obstante, brilla por su ausencia el contrato de retiro programado que debe celebrarse entre la afiliada y la AFP con quien contrata esa modalidad pensional, pues es allí, donde se concretan las condiciones o las cláusulas que regirán esa modalidad de pensión, como por ejemplo, a cargo de quien estará el pago de la prestación, en que consiste la modalidad escogida, los riesgos asumidos en esa

modalidad, los beneficios ofrecidos, las condiciones en que se administrará el capital, y las obligaciones de las partes, etc.

Todo lo anterior, implica que a pesar de haberse dado inicio al trámite de reconocimiento de la pensión, que culminó con su aprobación, lo cierto es que, esta prestación nunca fue materializada, por cuanto las partes no suscribieron el contrato de retiro programado sin negociación de bono, trámite que necesariamente debía efectuarse de manera previa para poder considerar la aceptación del demandante de tal modalidad pensional, tal y como lo sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSL SL1309-2021, de lo que surge con certeza que la convocante a juicio aún conserva la calidad o connotación de afiliada al RAIS, y por ello no hay lugar a aplicar el criterio jurisprudencial desarrollado a partir de la sentencia CSJ SL373-2021.

Así las cosas, al ser procedente estudiar la ineficacia del traslado, por ello, lo que sigue es adentrarse en el estudio de los problemas jurídicos relativos a la configuración o no de la ineficacia del traslado en el sub examine.

6. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Así, para la data en que la demandante se trasladó a la AFP Colmena hoy Protección S.A., esto es, el 23 de mayo de 1995, efectivo a partir del 01 de junio de la misma anualidad, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son

un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)”.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la promotora del litigio una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la gestora del litigio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la promotora de la contienda es claro que, su

vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP demandada los aportes efectuados por aquellas a ésta, a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP demandada, debidamente indexados (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido, razón por la que se acogen los argumentos expuestos por la recurrente. Sumado a lo anterior, se ordenará que tales conceptos al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

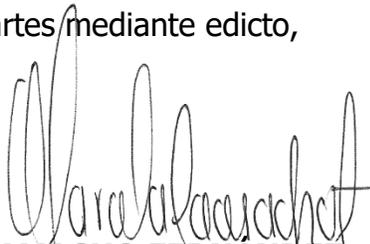
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2023, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, y en consecuencia **ORDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberán asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



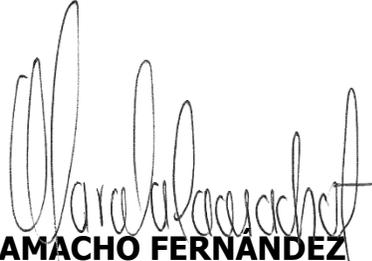
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDON LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: AMPARO RAMÍREZ NIVIA
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Litisconsorcio necesario: PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 11001-31-05-011-2022-00229-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Amparo Ramírez Nivia instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las AFPs Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS; que se declare la ineficacia de la afiliación a la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. realizado el 5 de febrero de 1996, a la AFP Colfondos S.A. realizada en el mes de abril de 1997, y a la AFP Porvenir S.A. en el mes de enero de 2000; que se declare su regreso automático e inmediato al RPMPD; en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y traslado con todos los frutos e intereses, según el artículo 1746 del código civil, con sus rendimientos, además de todos los detalles de los aportes mensuales; que se condene a Colpensiones al recibir o aceptar la afiliación en el RPMPD como si nunca hubiera cambiado de régimen; lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que comenzó a cotizar al sistema de seguridad social en el año 1992, el 5 de febrero de 1996, se trasladó al RAIS con la AFP Colmena hoy Protección S.A, en febrero de 2000 se trasladó a Porvenir S.A., en el mes de abril de 2004 se trasladó a Colfondos S.A.; que ninguno de esos formularios de afiliación contenían ningún tipo de información sobre las obligaciones de ambas partes, ni las consecuencias y detalles del traslado de régimen pensional; las demandadas nunca suministraron un cálculo actuarial, ni le informaron que el valor de la pensión depende del monto acumulado en su cuenta y de la modalidad de pensión escogida y que el monto pensional está sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, el índice de precios al consumidor, el nivel de riesgos de inversión en el portafolio del Fondo entre otros; tampoco le informaron sobre las modalidades de pensión de vejez, que para lograr una pensión en monto igual a que la que podría conseguir en el RPMPD, debía tener un ahorro determinado; las AFPs le informaron que su pensión sería más alta en el RAIS; presentó solicitud de traslado ante Colpensiones y Porvenir S.A., las cuales fueron negadas. (Expediente electrónico, PDF 01Escritodemanda, pág. 1 a 13)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, 22NotificacionAnjde20231115.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; además precisa que la demandante, solicitó nulidad de traslado de régimen pensional y mesada pensional a Colpensiones encontrándose afiliado al RAIS, tiempo para el cual se encontraba en la prohibición establecida, por lo que indica que solicitar el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente. Como excepciones de mérito propuso las denominadas, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica. (Expediente electrónico, PDF20MemorialContestaciónColpensiones, pág. 3 a 37).

3.2. Porvenir S.A. En su respuesta se opuso a las pretensiones, argumentando que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Así mismo, indica que no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que el accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones de dicho régimen. Como excepciones de fondo propuso 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. (Expediente electrónico, PDF10ContestaciónPorvenir, Pág. 2 a 29).

3.3. Colfondos S.A. Presentó oposición frente a las pretensiones de la demanda argumentando que, el traslado de régimen es totalmente válido, pues la decisión de la demandante estuvo siempre exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por los asesores, debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes del sistema. Por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado, y por ende no está viciado el consentimiento. Como excepciones de fondo propone las que denominó como, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS y ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorios administrado por Colfondos S.A. (Expediente electrónico, PDF14MemorialContestacionDemandaColfondos Pág. 3 a 28).

4. Trámite procesal. En proveído del 18 de mayo de 2023, se dispuso integrar como litisconsorte necesario a Protección S.A. (Expediente electrónico, 08memorialAutoAdmite); quien presentó escrito de contestación así:

4.1. AFP Protección S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones, aduciendo que la afiliación fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de

cualquier fuerza para realizarlo; sostiene que, del formulario de vinculación suscrito por la parte actora en el año 1996, se observa que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando esté declarada la nulidad y/o ineficacia de la filiación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la filiación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones.(Expediente electrónico, PDF16MemorialContestaciónProtección, pág. 4-32)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de noviembre de 2023 en la que el fallador declaró, la ineficacia del traslado que realizó la demandante el 5 de febrero de 1996 al RAIS administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A y sus posteriores traslados ; condenó a las AFPs Protección S.A, Colfondos S.A y Porvenir S.A a devolver la totalidad de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros, gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de reaseguros de FOGAFÍN y todos los emolumentos del artículo 20 de la ley 100 de 1993) y el fondo de garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante al RAIS sin solución de continuidad, además, a recibir la devolución de los dineros ordenados y a computar los tiempos cotizados por la demandante en el RAIS en la historia laboral de Colpensiones. Gravó en costas a Protección S.A., Colfondos S.A y Porvenir S.A.

El a quo fundamentó su decisión en que, en amplia jurisprudencia ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, que debe entregarse a los posibles afiliados la información clara, cierta y comprensible de las características, las condiciones, los beneficios, las diferencias, los riesgos y las consecuencias del cambio del régimen pensional, sin importar que la persona tenga o no un derecho pensional ya consolidado, si tiene un beneficio pensional o si está o no próximo a pensionarse. De igual manera, la carga probatoria recae sobre las AFPs, en esta medida advirtió que no se aportaron al despacho medios de convicción tendientes a demostrar el consentimiento debidamente informado; consideró el despacho, que si bien, la demandante en el interrogatorio de parte aceptó que se le informó sobre los rendimientos financieros y algunas particularidades del RAIS, ello no resultaba suficientes para dar por demostrado el cumplimiento total del deber de información, pues se pasaron por alto aspectos importantes, tales como los requisitos para alcanzar la pensión en el RAIS, cuáles eran los factores que se debían tener en cuenta para determinar el monto de la pensión y cuáles eran las diferencias con el RPMPD, entre otros. por lo tanto, resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado, debido a que resultaba insuficiente la información suministrada por los fondos demandados. En cuanto a la prescripción, teniendo en cuenta que el traslado de régimen jamás nació a la vida jurídica, no es posible realizar cómputos de prescripción sobre un acto inexistente.

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por parte de Colfondos S.A. quien aduce que, la afiliada ejerció su derecho de elección de régimen, esta elección se llevó a cabo de manera completamente libre y sin ningún vicio, el traslado se hizo de forma voluntaria y de conformidad de las normas vigentes en aquel momento; señala que la demandante tuvo la oportunidad de conocer y estudiar las normas relacionadas con la seguridad social en pensiones las cuales son de acceso público, así

como de buscar asesoramiento; indica que la elección quedó plasmada de forma explícita e inequívoca en el formulario de afiliación siendo ratificado con la firma de la propia afiliada, aparte que para la fecha del traslado no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales, por lo que no resulta procedente la aplicación de norma de manera retroactiva. Por otra parte, indica que en lo atinente a la devolución de los gastos de administración, estos no debían ser objeto de devolución, en la medida que estos tiene por objeto el pago de la gestión del manejo de los ahorros del afiliado, pues lo adecuado sería únicamente la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual con su actualización; en cuanto al seguro previsional este tiene por objeto garantizar la financiación de la pensión en caso de invalidez o muerte, y la ineficacia no tiene por objeto reversar contratos con las aseguradoras que ya fueron efectivamente consumados e implica atentar con el deber de administración de la seguridad social. En consecuencia, la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional generan un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, además que perjudica la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

7. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto Colfondos S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Amparo Ramírez Nivia, se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 03 de junio de 1992, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1994 (Expediente electrónico, PDF20MemorialContestaciónColpensiones); que el 05 de febrero de 1996 se trasladó a la AFP Colmena S.A. (Expediente electrónico, PD14ContestaciónDemandaColfondos, Pág. 29); que el 21 de abril de 1997 se trasladó a la AFP Colfondos S.A.; que el 07 de enero de 2000 se trasladó a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. fondo en el que se encuentra afiliado en la actualidad (expediente electrónico, PDF10ContestaciónDemandaPorvenir, Pág. 110-112), hasta la actualidad.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

| Etapas acumulativas | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|----------------------------|--|--|
|----------------------------|--|--|

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

Así, para la data en que la demandante se trasladó a la AFP Colmena S.A., esto es, el 05 de febrero de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la promotora de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como

potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Colmena S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado inicial del 5 de febrero de 1996, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la gestora de la litis haya permanecido por más de 20 años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega

brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que ella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento"

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que, su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP codemandadas los aportes efectuados por aquellas a ésta, a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la convocante a juicio de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de estos emolumentos, **debidamente indexado** (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no ordena

la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus", por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colfondos S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

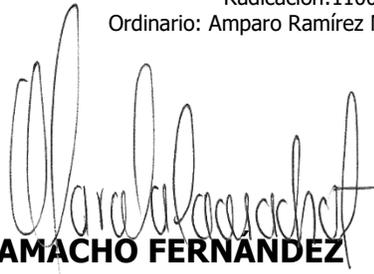
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a las demandadas Colfondos S.A., Protección S.A y Porvenir S.A a devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que fueron destinados a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y eventualmente en caso de haberse realizado, el pago de primas de reaseguros de FOGAFÍN y todos los emolumentos del artículo 20 de la ley 100 de 1993) y fondo de garantía de pensión mínima, todos estos valores debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colfondos S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



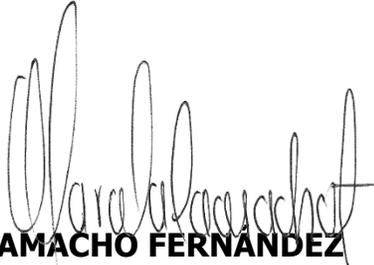
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colfondos S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CONSUELO MILLÁN CASTAÑEDA
Demandados: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 1110013105-019-2021-00604-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Consuelo Millán Castañeda instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito que se declare la ineficacia del traslado al RAIS por resultar ineficaz la afiliación a Porvenir S.A, ante la omisión del deber de información; se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPMPD, sin solución de continuidad; en consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir la evolución de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras; se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación, considerando que para el efecto legal siempre ha estado vinculada al RPMPD, reciba los aportes y rendimientos devueltos por la AFP, actualice, corrija su historia laboral y la ponga a su disposición. Así mismo, se ordene a Colpensiones reconocer y pagar pensión de vejez, por haber cumplidos los requisitos de ley, se ordene pagar las mesadas ordinarias y extraordinarias causadas que se hayan causado debidamente indexadas, así como condenas ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 23 de noviembre de 1962; estuvo afiliada al ISS desde el inicio de su vida laboral hasta el año 2004, el 16 de marzo de 2014, se trasladó al RAIS con destino a Porvenir S.A siendo efectivo en el mes de julio, sin que la AFP le hubiese suministrado información concreta y veraz de las consecuencias que conllevaría su decisión, no le informaron que en el RAIS el monto acumulado depende del mercado financiero, tampoco le informaron que podía hacer aportes voluntarios, que se le descontaría un porcentaje por concepto de gastos de administración, tampoco le mencionaron que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular. (Expediente electrónico, PDF01DemandaAnexos, pág. 6-20)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF07GestionesNotificacion, pág 4-5); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, argumentando que dentro del expediente no obra prueba 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, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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, innominada o genérica, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria. (Expediente electrónico, PDF04ContestacionColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. La demandada se opuso a las pretensiones argumentando que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente, necesaria y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Como excepciones de mérito propuso 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. (Expediente electrónico, PDF06ContestaciónPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de octubre de 2023, en la que la falladora de primer grado declaró la ineficacia del traslado al RAIS; declaró válidamente vinculada a la demandante al RPMPD desde el 10 de julio de 1986, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; ordenó a Porvenir S.A, a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como las cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, sumas debidamente indexadas, y donde Colpensiones está obligada a recibir dichas sumas; al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, requirió a Colpensiones para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y gravó en costas a Porvenir S.A

La A quo fundamentó su decisión en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la cual ha destacado que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen el deber de suministrar a sus interesados una información completa y comprensible, una información que con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y alcance de orientar al potencial afiliado o de quien ya lo está. Señaló que la elección del régimen pensional trasciende el simple deber de información, la administradora tiene el deber del buen consejo que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar información dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes. Consideró que dentro del presente juicio no se acreditó el deber de información por parte de la AFP demandada al momento de la realización del traslado, ni las implicaciones del cambio de régimen pensional, ni las proyecciones de cada régimen en un cuadro comparativo, ni el capital que debía tener para pensionarse entre otras por

lo que se debía declarar su ineficacia del traslado de régimen pensional. Frente a la solicitud de reconocimiento señaló que, el 23 de noviembre de 1962 nació la accionante, cumpliendo los 57 años en el año 2019 y para el corte de abril de 2022 contaba con tan solo 1.1193 semanas, según la historia laboral que allegó Porvenir S.A., por ello, no encontraban satisfechos los requisitos para acceder a la prestación solicitada, adicional a ello, manifestó que no se encontraba demostrada la novedad de retiro del sistema. Respecto a la excepción de prescripción indicó que esta no es procedente, por tratarse de una pretensión meramente declarativa. (Expediente electrónico, Archivos 16 y 17)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1. Porvenir S.A. Presentó recurso de apelación en contra del fallo de instancia solicitando revocar la decisión en base a que el traslado se realizó de conformidad con la normatividad vigente para la fecha del traslado y que las características, ventajas y desventajas del RAIS se encuentran en la Ley 100 de 1993 por lo que la demandada las pudo corroborar en cualquier momento. Frente a las condenas relacionadas con los rendimientos, implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deberán corresponder a los que se hubiese generado en la reserva del Seguro Social, no a los que se han venido generando en el RAIS, pues por efecto de las restituciones mutuas al trasladar los frutos generados deberá reconocerse en consecuencia los gastos en que incurrió la AFP para poder administrar los aportes, que se sintetizan en los gastos de administración y las primas de seguros previsionales. Por último, destaca que, en caso de confirmarse la condena, solicita que no se ordenar la indexación ya que con el traslado de los rendimientos financieros acumulado en la cuenta de ahorro individual se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

5.2. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación argumentando que, para la época del traslado la información brindada se demostraba con el formulario de afiliación de acuerdo con la normatividad vigente para la época; igualmente solicita valorar las pruebas como la historia laboral de la demandante, en la medida que el traslado a Colpensiones puede ir en desmedro de los derechos de la entidad, pues, contaba con 1.196 semanas para el año 2022, lo que requiere que la demandante continúe cotizando estando en Colpensiones mientras que el Porvenir S.A se le permitiría acceder a una devolución de aportes en caso de no reunir el capital suficiente. Por otro lado, señala que, si bien en la decisión se ordenó la devolución de todos los aportes, existe la posibilidad de ocasionar una desfinanciación con ese traslado, dado que no existe certeza de los montos que deberá reconocer Colpensiones, por lo que la declaratoria de ineficacia repercutirá en la sostenibilidad del sistema pensional de RPMPD en el evento que el capital no alcance a cubrir la pensión de la demandante. De otro lado, refiere que Colpensiones nunca tuvo injerencia en la decisión tomada por la demandante al momento del traslado, sin embargo, en caso de no acogerse los argumentos solicita que se confirme la condena de reintegro de la totalidad de las cotizaciones como los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, la anulación de bonos pensionales, seguros previsionales, gastos de administración todo debidamente indexado y discriminado de su historia laboral, pues la entidad no podrá dar cumplimiento al fallo hasta que no reintegre todos estos recursos.

6. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 *ejusdem*.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 *ibídem*. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Consuelo Millán Castañeda se afilió al ISS el 10 de julio de 1986 hasta el 24 de noviembre de 1994 (Expediente electrónico, PDF05ExpedienteadministrativoColpensiones, Pág. 1 a 4); se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 16 de marzo de 2004, con cotizaciones desde el 01 de mayo de 2004 hasta la fecha. (Expediente electrónico, PDF06contestacionPorvenir, Pág. 84-86)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la gestora de la litis, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2004-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 16 de marzo de 2004, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se

exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la gestora de la litis una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le

permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la promotora de la contienda es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022) sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de octubre de 2023, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



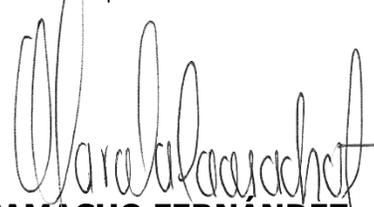
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y de Porvenir S.A el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ AMANDA GUÁQUETA MORA
Demandados: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Litis Consorte: AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-007-2021-00088-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Amanda Guaquéta Mora, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Colfondos S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS en la AFP Protección realizada el 01 de julio de 1996; se declare la nulidad de los traslados con Porvenir y Colfondos; se declare como la aseguradora de la demandante a Colpensiones desde el 1 de julio de 1996 hasta la actualidad; en consecuencia, se condene a la AFP Colfondos a restituir a Colpensiones las cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos y a Colpensiones a recibir a la demandante, con todos los valores cotizados y contabilizar las semanas para efectos de la pensión; se condene en costas y gastos del proceso y condenes ultra y extra petita y el pago de costas y gastos del proceso. Como pretensión subsidiaria se declara la ineficacia al RAIS y en cada una de las AFP.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 19 de junio de 1957, por lo que, al 1 de abril de 1994, contaba con 63 años de edad, por lo que resulta favorecida por el régimen de transición; refiere que el Gerente y el responsable de recursos humanos del Hospital Integrado de Landázuri de la época, desde el mes de junio de 1995 le comunicó que debía afiliarse a un fondo de pensiones, porque la Caja de Previsión del Departamento de Santander había entrado en liquidación por disposición legal, por lo que, solicitó en diciembre de 1995 ser afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS; que sus cotizaciones habían sido devueltas por lo que el Gerente del hospital la orientó para que se afiliara al RAIS; sin recibir una información completa, oportuna y adecuada sobre los beneficios y perjuicios del cambio del régimen aceptó el traslado de régimen, afiliándose con Protección en el mes de junio de 1996; el 01 de enero de 1998 se trasladó a la AFP Porvenir – Horizonte, posteriormente, el 23 de febrero de 2005 se trasladó a la AFP Colfondos; actualmente sufre varios quebrantos de salud y enfermedades como discopatía cervical y la enfermedad de Chagas.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF25NotificaciónAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias de la demanda, argumentando que, dentro del expediente no obra prueba alguna que acredite que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error debido a la falta de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo; que no se evidencia dentro de las solicitudes anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante, y que al contrario se observa en las documentales que se encuentran sujetas a derecho, que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social de orden público y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF15 Contestaciondemandacolpensiones. Pág 1-41)

3.2. Colfondos S.A.: La AFP en su contestación se opuso a cada una de las pretensiones, teniendo en cuenta para ello que, la AFP si 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, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, rectificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Expediente electrónico, PDF18ContestaciondemandaColfondos, pág. 1-15)

4. Trámite procesal. En proveído del 11 de mayo del 2023, se dispuso integrar como litis consorte necesario a Porvenir S.A. y a Protección S.A. (Expediente electrónico, PDF28OrdenaVincularPorvenirProtección, Pág. 1-2); quienes presentaron el escrito de contestación así:

4.1. Porvenir S.A.: Al momento de realizar la contestación, la llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas de la demanda argumentando que, la parte actora se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la excepción genérica. (Expediente electrónico, PDF30ContestacionDemandaPorvenir pág. 2-22)

4.2 Protección S.A.: La llamada a juicio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones argumentando que, el acto de afiliación acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; del formulario de

vinculación suscrito por la parte actora en el año 1999, se observa que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, además tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: existencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarada la nulidad y/o de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la filiación, por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF31ContestacionDemandaProteccion)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de noviembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Protección, Porvenir y Colfondos; ordenó a Colfondos S.A a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por Colpensiones; a su vez, ordenó a los fondos Protección S.A, Porvenir S.A y Colfondos S.A a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Indicó que, al momento de cumplirse esta orden, debían presentar un informe discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia; que en caso de que Protección no dé cumplimiento a la devolución total de los recursos, Colpensiones podrá iniciar trámite ejecutivo ya sea por jurisdicción coactiva o por este mismo trámite judicial a fin de lograr cobro coercitivo de dichos rubros. Cualquier trámite que inicie Colpensiones no puede afectar el reconocimiento pensional que se invoque; declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición; ordenó a Colpensiones recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó en en costas a los fondos demandados.

El *a quo* fundamentó su decisión en que los fondos privados de pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el artículo 33 numeral 1 del artículo Decreto 663 de 1993. Determinó que el artículo 1603 del Código Civil consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores. Afirmó, después de hacer un recuento normativo sobre la evolución del deber de información a cargo de las AFP, que al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional que efectuó la demandante con Protección el 17 de julio de 1996, tenía la carga de suministrar una información veraz.

Igualmente, el juzgador indicó que Protección era quien tenía la carga de acreditar que a la demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues, lo alegado por el actora con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Porvenir S.A. Adicionalmente manifestó que, lo anterior se acompasa con lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil; que consiga que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, que en este caso naturalmente era Protección S.A.

Expuso que, no obraba en el plenario ningún medio probatorio que demuestre que, al momento de efectuar el cambio de régimen en 1996, a la accionante se le hubiera suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que traería para su futuro pensional la decisión de trasladarse. Precisó que, el formulario de traslado es un verdadero contrato de adhesión que no contenía la información suficiente como para que se pudiera inferir de él que se cumplió con ese deber de carácter legal a cargo de la AFP, por ello, indicó que constituye un medio probatorio suficiente para acreditar que a la demandante sí se le proporcionó la información adecuada requerida para que ella tomara una decisión que atendiera a sus reales intereses. Adicional a ello, sostuvo que del interrogatorio de parte no se extrae confesión alguna que demuestre que previo a su traslado se le brindó la correspondiente información.

Determinó que, la afiliación a la AFP quedaría sin efecto, es decir, sería declarada como ineficaz, por lo que se devolvería la situación de la demandante al estado en que estaría si el mentado acto no hubiese existido jamás, declarando la consecuente ineficacia de los traslados horizontales realizados en los fondos Porvenir y Colfondos. Respecto de la prescripción indicó que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable cobijado por el principio de imprescriptibilidad, posición que tiene asidero en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral SL 59174 del 2019. (Expediente digital, archivos 45 y 46)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1 Colpensiones: Interpuso recurso de apelación argumentando que, la demandante ejerció una afiliación libre y espontánea, conforme lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, norma aplicable para la fecha del traslado, por lo tanto, no es razonable imponer obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico vigente, en la medida que para el momento del traslado solo se exigía la firma del formulario, sumado a lo anterior, se viola el debido proceso de Colpensiones, pues, los efectos jurídicos son Inter partes, por lo que al ser la entidad un tercero en el acto del traslado de régimen se quebrante el principio de relatividad jurídica. También refiere que, la demandante ha estado afiliada al RAIS durante 27 años y se encuentra dentro de la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 del 2003, por encontrarse a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, afectándose con ello el principio de sostenibilidad financiera y fiscal del sistema. En cuanto a la condena en costas, manifiesta que a la demandante no le asiste el derecho a reclamar, pues Colpensiones es un tercero de buena fe y para ello, solicita que se tenga en cuenta el inciso 5º del artículo 48 de la Constitución Política y numeral 5º del artículo 365 del CGP.

6.2 Porvenir S.A.: Fue propuesto recurso de apelación en contra de la orden de indexación, dado que resulta improcedente, como quiera que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentran las de garantizar la rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual, por ello, la cuenta de la demandante no se ha visto afectada por la inflación, por el contrario, ha generado rendimientos.

6.3 Colfondos S.A.: Interpone recurso de apelación argumentando que, la demandante eligió libremente el régimen pensional, y ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al realizar traslados horizontales, en ese sentido señala que no habría lugar a que se declare la ineficacia, dado que a la demandante se le suministró toda la información que le era requerida para la época, en la medida que para la fecha de su afiliación en el RAIS no estaba vigente la Ley 1558 de 2014, por lo tanto, no existía la obligación de hacer proyecciones en el momento que un afiliado optaba por hacer el traslado de régimen. En cuanto a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, esta disposición contraviene el artículo 7 del Decreto 3095 de 2008, pues este señala los rubros que deben ser trasladados, sin que allí se haga mención a los gastos de administración y los seguros previsionales, lo que conllevaría a un enriquecimiento sin causa para Colpensiones.

7. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones Porvenir y Colfondos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 del CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Luz Amanda Guáqueta Mora se afilió a la Caja de Previsión Social del departamento de Santander desde el 12 de noviembre de 1978 hasta el 30 de junio de 1996 (Expediente digital, PDF01Demanda, pág. 37) al ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de enero de 1996 con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de la misma anualidad (Expediente electrónico, PDF16 HistoriaLaboralDemandante, Pág. 1-4); que se trasladó al RAIS por medio de la afiliación a la AFP Protección S.A. el 01 de julio de 1996, iniciando cotizaciones a partir del 01 de septiembre de 1996, hasta el 31 de enero de 1998, (Expediente electrónico, PDF31contestacióndemandaprotección Pág. 36-38); posteriormente, se afilió a Horizonte hoy Porvenir S.A el 16 de diciembre de 1997, iniciando cotizaciones el 1 de febrero de 1998, hasta el 31 de marzo de 2005. (Expediente electrónico, PDF30ContestacionDemenadaPorvenir, pág 72-74). Finalmente, se afilió a Colfondos S.A el 23 de febrero de 2005, hasta la actualidad. (ExpedienteElectronico, PDF18 Contestaciondemandacolfondos, Pág. 117)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la gestora de la litis, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, el 01 de julio de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiéndose en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019).

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la promotora de la contienda se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la parte actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Protección S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de

haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de julio de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Relatividad del acto jurídico. La censura planteada por Colpensiones cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación de la actora con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con la accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo la promotora de la contienda con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afina la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y el actor retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

9. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el*

afiliado hubiera podido realizar”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

10. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

11. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

“la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional”.

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Protección, Porvenir y Colfondos (durante el tiempo de permanencia de la parte actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del

11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma engloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

12. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

13. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

14. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2023, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LAURIS ARTURO GONZÁLEZ CASTRO
Demandadas: COLPENSIONES Y OTROS
Radicación: 24-2022-00020-00
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – REVOCA PARCIALMENTE

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Lauris Arturo González Castro instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declaré la ineficacia de traslado. En consecuencia, se condenó a AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro, la devolución de los gastos de administración, comisiones y seguros provisionales a Colpensiones; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, gastos y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió el 9 de octubre de 1982 al ISS, hoy Colpensiones, además, efectuó cotizaciones a Cajanal desde el 7 de septiembre de 1983 y hasta finales de 1995, cuando se trasladó al RAIS administrado por Colfondos S.A. Refirió que en el momento del traslado los asesores no le brindaron asesoría alguna con respecto a las características de regímenes pensionales existentes, así como las ventajas o desventajas de realizar el traslado. (Expediente digital PDF. 01Demanda.Pdf – Pág. 5-21)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 11Notificaciónagencia.Pdf – Pág. 1-2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a cada una de las pretensiones de esta, aduciendo que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria por el cotizante, quien encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003. Expuso que de aceptarse el traslado conllevaría a ir en contra no solo de la citada disposición legal, sino, además, frente al principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones. Formuló las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del

sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada. (Expediente digital PDF. 07Contestaciondemanda.Pdf – Pág. 4-28)

3.2. Colfondos S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que brindó al demandante asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones que acarrearía su decisión de trasladarse de régimen, además, le informó sobre las características de los regímenes pensionales existentes y sus diferencias, por lo que no existen elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento. Como excepciones de fondo interpuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

(Expediente digital PDF. 10Contestacioncolfondos.Pdf – Pág. 4-20)

3.3. AFP Porvenir S.A. Contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS y los posteriores traslados horizontales son válidos, de manera que no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación y, por el contrario, evidenció que durante el tiempo de vinculación al régimen el actor tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones, además, que no es viable que aquel alegue la voluntad de retornar al RPM, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto no lo hizo. Formuló las excepciones de fondo 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. (Expediente digital PDF. 05Contestadaddaporvenir.Pdf – Pág. 2-31)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de mayo de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que hizo el señor Lauris Arturo González Castro al RAIS a través de Colfondos S.A. en 1995. Así las cosas, ordenó a AFP Porvenir S.a. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., lo que significa que debe trasladar la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía en pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargos a sus propias utilidades. Condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones lo que haya deducido de los aportes a pensión efectuados por concepto de gastos de administración debidamente indexados. No gravó en costas a las partes.

La decisión del a quo se basó en la normatividad relativa a la Ley 100 de 1993, exponiendo que la selección de cualquiera de esos regímenes era libre voluntaria por parte del afiliado quien para tal efecto manifestó por escrito su elección al momento de la vinculación. Indicó que una vez efectuada la selección inicial los afiliados solo podrían trasladarse de régimen cada 3 años, normatividad que fue modificada por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, señalando que el afiliado se podría trasladar por una sola vez cada 5 años. Citó el Decreto 663 de 1997, para significar que es deber de brindar información a los usuarios, donde las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita saber los elementos de juicio claros y objetivos, para así escoger las mejores opciones del mercado.

Precisó que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3035 del 7 de julio 2021, la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 del 93 hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica los sistemas públicos y privados de pensiones. Así las cosas, no encontró probado que al actor le haya brindado información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión le acarrearía, lo que genera la ineficacia del acto, es decir, que todo vuelva a su estado anterior, como si el acto afiliación jamás hubiera existido. (Expediente digital PDF. 22Audioaudiencia31052023.mp4)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. Parte demandante. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación parcial, aduciendo que la A quo desacierta al no condenar en costas a las demandadas en su favor, dado que se accedió a las pretensiones, declarándose la ineficacia y el retorno al RPMPD. Refirió que no fue voluntad de las demandadas durante todo el tiempo de afiliación de resarcir la situación que generó la ineficacia, ni subsanó todas las falencias que implicó el traslado sin las condiciones necesarias para el efecto.

(Expediente digital PDF. 22Audioaudiencia31052023.mp4)

5.2. Colfondos S.A. Como argumentos de su alzada indicó que actuó conforme al marco legal en lo que refiere a los gastos de administración, ya que realizó todas las gestiones administrativas tendientes a generar rendimientos y cumplió con el deber legal de administrar la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo que no tendría razón alguna en devolver estos emolumentos que fueron causados, más aun cuando gozó de dichos emolumentos y de la cobertura, por lo que de mantenerse la condena se estaría desconociendo la teoría de las restituciones mutuas. (Expediente digital PDF. 22Audioaudiencia31052023.mp4)

5.3. AFP Porvenir S.A. Propuso recurso de apelación afirmando que no debió declararse la ineficacia de la afiliación, toda vez, que no existen razones para acceder a esta pretensión, dado que, el demandante tenía plena conciencia del acto jurídico que estaba celebrando y, por ende, conocía de las implicaciones a nivel jurídico. Refirió que tal aspecto se puede verificar con los traslados entre fondos de pensiones, además, en tanto que efectuó campañas masivas para informar a sus consumidores financieros de los cambios normativos. Evidenció que el actor no hizo uso de estos canales de comunicación, ni siquiera durante el tiempo de permanencia en el fondo. Expuso que no se debe trasladar las cuotas de administración, los seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima de forma indexada, dado que, son emolumentos que se usaron en su momento y no están en su patrimonio. (Expediente digital PDF. 22Audioaudiencia31052023.mp4)

5.4. Colpensiones. Expuso en su alzada que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y para la época en el que se efectuó la vinculación con Colfondos S.A., estaba vigente el Decreto 663 de 1993 y el único requisito legalmente exigido era la suscripción del formulario, mismo que no fue desconocido ni tachado de falso por aquel. Adujo que los afiliados al sistema general de pensiones deben recibir información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen pensional y ese deber de buen consejo para los fondos de pensiones, ha venido evolucionando con el paso del tiempo, por lo que para la fecha del traslado no se debía efectuar simulaciones o proyecciones pensionales. Preciso que se debe garantizar el principio de sostenibilidad financiera previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005. (Expediente digital PDF. 22Audioaudiencia31052023.mp4)

6. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán según las directrices del artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 ejusdem.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿La A quo erró al exonerar a las demandadas del pago de costas procesales?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 ibídem. Por tanto, 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Lauris Arturo González Castro realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 9 de octubre de 1982 al 31 de octubre de 1995, quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- Colfondos S.A. el 1º de noviembre de 1995, según historial de vinculaciones SIAFP
- AFP Porvenir, antes AFP Horizonte el 7 de noviembre de 1999, a través de la suscripción del formulario de afiliación núm. 99-0037773.
- Colfondos S.A., el 1º de abril de 2009, según historial de vinculaciones SIAFP.
- AFP Porvenir S.A. el 28 de abril de 2014, a través de la suscripción del formulario de afiliación núm. 16261647

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información

expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la custodia de la documentación así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha carga a los consumidores financieros, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

| | | |
|--|--|---|
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

Así, para la fecha en que el actor se trasladó a Colfondos S.A., el 1° de noviembre de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFPs codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y

además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFPs demandadas estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A. en 1995.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 1º de noviembre de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el tiempo, que conforme lo adoctrina la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene

la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, ya que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, pues el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, si al entregarse brinda al destinatario su máxima utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o varía la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que se aplica en el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de los fondos privados demandados (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Por lo anterior, se impone la confirmación de la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional,

el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, siendo improcedente abstenerse de condenarla por este concepto, aún más cuando las demandadas se opusieron a todas las pretensiones de la demanda y formularon excepciones, las cuales fueron resueltas de manera desfavorable, por lo que le asiste razón a la parte demandante y como consecuencia de ello, se deberá revocar el numeral 5° de la sentencia confutada, para en su lugar condenar a las demandadas al pago de costas procesales.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral 5° de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2023, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, condenar en costas a la parte vencida, esto es, a las codemandadas Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A. Tásense en primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JESÚS ORLANDO RUEDA SANABRIA
Demandadas: COLPENSIONES Y OTROS
Llamamiento en garantía: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Radicación: 026-2021-00429-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jesús Orlando Rueda Sanabria instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y AFP Skandia S.A. con el propósito de que se declaré la nulidad absoluta de la afiliación del régimen de ahorro individual, y en consecuencia la AFP Skandia S.A., proceda a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, juntos los rendimientos, gastos de administración, seguros y demás dineros que se hubiesen cancelado, en ese sentido, se mantenga la afiliación al ISS hoy Colpensiones sin interrupción alguna, sin tener en cuenta la afiliación realizada desde el 01 de agosto de 1996, en virtud de que la nulidad genera la devolución del estado al original; que Colpensiones lo ordene reconocer como afiliado, expidiendo las certificaciones correspondientes y recibiendo los aportes y los rendimientos a que hubiere lugar; por último, así como las costas y agencias en derecho y condenas ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 28 de febrero de 1963, empezó a cotizar para el régimen de prima media, por medio de su empleador Temporex LTDA, en el mes de julio de 1984 y continua su cotización posteriormente a dicho régimen con el Banco Central Hipotecario, sin embargo, señaló que, dicha cotización perduró hasta septiembre de 1995 y que para el mes de agosto de 1996, esto es doce años después, funcionarios de la AFP Porvenir S.A. abordaron al actor con la finalidad de que se cambiara de régimen pensional y se vinculara a dicho fondo, donde indicó que, para ese entonces contaba con 33 años y más de 600 semanas cotizadas, no obstante, dijo que, los funcionarios de fondo de pensiones a fin de convencerlo para que realizara el traslado le informaron que afiliarse a dicho fondo era mucho más seguro y rentable, dado que, el ISS se acabaría; más adelante, en el año 1998, expresó que fue abordado por funcionarios de la AFP Protección S.A., que le ofrecieron mayor rentabilidad e igualmente que era más beneficioso estar en el régimen de ahorro individual; donde, igualmente para el año 2007, funcionarios de la AFP Skandia S.A., le prometieron que podía pensionarse a cualquier edad, con unos montos mejores y con una mayor rentabilidad. De lo anterior, expresó en el escrito de la demanda, que las AFP's demandadas no le informaron del perjuicio de trasladarse de régimen pensional, no le efectuaron un estudio comparativo pormenorizado, mostrándole ventajas y

desventajas, ni un paralelo con la proyección de como quedaría su pensión en ambos regímenes. Por otro lado, a finales del año 2014, solicito un comparativo en la AFP Skandia S.A. y allí evidencio el perjuicio causado, la diferencia que recibiría de la mesada pensional, es así como, le negaron el traslado, toda vez que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, finalmente indico que, las codemandadas fueron omisivas en el deber de información. (Expediente digital PDF. 01Demandayanexos, Pág. 1-13)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 17Notificacionagencia.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, el actor realizó el traslado de conformidad con el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, es decir en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo el régimen de ahorro individual con solidaridad, esa sí como señaló que, dicho traslado es plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas, razón por la cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria dijo que son las que se deberán probar en el proceso. Por otro lado, indicó que, la parte actora no se encuentra dentro del límite temporal consagrado en la ley para efectuar traslado alguno entre regímenes pensionales. Propuso excepciones de fondo, como, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (Expediente digital pdf. 19Escritocontestaciondemandacolpensiones.pdf – pág. 3-11)

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, la parte actora pretende desconocer que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que la vinculación que efectuó fue de manera libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del régimen y de indicarle sus condiciones pensionales, arguyó que le garantizó el derecho de retracto a la parte actora, como lo dispone inicialmente la normatividad, por lo tanto indicó que no se puede desconocer la autenticidad del documento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. En su favor propuso excepciones de mérito, como lo fue, la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica. (Expediente digital PDF. 20Escritocontestaciondemandaporvenir.pdf – Pág. 2-27)

3.3. AFP Protección S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y que el formulario de vinculación suscrito por la parte actora se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante. Dicha manifestación, señaló, estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, reiteró, que el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al fondo y un acto válido y existente. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones,

innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, 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. (Expediente digital PDF. 18Escritocontestaciondemanda.Pdf – Pág. 3-24)

3.4. AFP Skandia S.A. Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, y por lo tanto, contesto la demanda argumentando que, no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la nulidad o ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional, señaló que, la decisión tomada por el actor se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, en ese sentido, consideró que no puede ser vista como un requisito formal o una manifestación vacía dicha firma, porque corresponde a una exigencia normativa y no puede ser ignorada o desconocer sus efectos, por lo tanto concluyó que el acto de traslado del régimen es completamente válido y cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad vigente y no hay en el ningún vicio u omisión que lo invalide. Formuló excepciones de fondo, tales como, prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (Expediente digital PDF. 13EscritocontestaciondemandaskandiaPdf – Pág. 77-90) Por otro lado, dentro del escrito, llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., argumentando que dentro del presente proceso se pretende la devolución de primas del seguro previsional y es la aseguradora la que se obliga a tal devolución y, por lo tanto, expresó que, es en el patrimonio de la misma donde reposan esas sumas. (Expediente digital PDF. 13EscritocontestaciondemandaskandiaPdf – Pág. 2-12)

4. Trámite procesal. En proveído del 23 de enero de 2023, se dispuso a vincular como llamamiento en garantía a la aseguradora a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (Expediente electrónico, PDF. 22Autotieneporcontestadademandaadmistellamamiento.PDF); quien presento escrito de contestación así:

4.1 Mapfre S.A. En el escrito de contestación de la demanda, ni se opuso ni se allanó a las pretensiones que señalaron, por lo tanto, hizo una manifestación en cuanto al llamamiento garantía, aduciendo que es improcedente, toda vez que el actor no pretendió en ningún momento, la reclamación y reconocimiento de la pensión por alguno de los riesgos amparados, toda vez señaló que lo que pretende es regresar al RPMPD mediante la obtención de la declaración de ineficacia de la afiliación al RAIS; en ese sentido en cuanto a la demanda señaló que, no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado. De lo anterior propuso excepciones tales como, el llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegura activa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones. (Expediente electrónico. 24escritocontestaciondemallamamiento.pdf – pág. 2-22)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de octubre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por el señor demandante, en ese sentido condenó al fondo de pensiones Skandia S.A., a transferir Colpensiones los dineros sobrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos; asimismo condenó a la AFP Porvenir S.A. y a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos; hoy frente a aquel pensiones la condenó para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos legales, las semanas cotizadas por el demandante; hoy declaro no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir, Protección y Skandia.

La decisión del Juez se basó en que, el marco normativo ello es el Código Civil, hoy donde además se soportó en jurisprudencia de la sala de casación laboral, donde se concluyó que este tipo de casos, para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir demostrar que la correspondiente entidad garantizará que la decisión este informada para que pueda realizarse una manifestación de voluntad autónoma y consciente; en ese sentido ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, que el deber de información ha existido en la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993 por lo cual deben realizarse y verificar si se cumplió con el deber legal de información, siendo así que los formularios de afiliación no demuestran una asesoría clara transparente y oportuna, en igual sentido la ley contempla la obligación de todos los fondo para establecer un reglamento que contenga derechos y deberes de los afiliados frente al momento de la afiliación con el fin de que puedan conocer toda la información frente al fondo pensional, es por ello que esas obligaciones deben ser debidamente acreditadas. Por otro lado, se debe tener en cuenta que la carga de la prueba le incumbía el fondo de pensiones, donde en los formularios allegados por las partes no se pueden establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ni se pudo establecer cuál fue la información suministrada por el fondo de pensiones al momento de la suscripción razón por la cual, señaló, no se puede dilucidar cuál fue la información o la asesoría brindada al momento de la suscripción del formulario. En cuanto al interrogatorio de parte la falladora señaló que, el demandante no admitió haber recibido una asesoría clara, suficiente y transparente, así las cosas, el despacho dijo que no se logró acreditar una asesoría clara, suficiente y transparente y que los traslados posteriores constituyeron actos de relacionamiento, razón por la cual el demandante no tenía claro conocimiento sobre las características que implicaba trasladarse al Régimen de Ahorro Individual.

Frente a la excepción de prescripción dijo que por tratarse de un tema íntimamente ligado con la construcción de un beneficio pensional no corre con la suerte de dicho fenómeno prescriptivo; y al llamado en garantía, el despacho consideró que ninguna de las pólizas se debate dentro del proceso, puesto que lo que se alega es la negligencia de la afiliación al régimen de ahorro individual. (Expediente electrónico. 48grabaciónsentenciaprimerainstancia)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1. AFP Skandía S.A. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la decisión frente a las condenas impuestas, pues consideró que la afiliación del demandante fue válida y estuvo precedida por una asesoría con toda la información pertinente y necesaria como lo exigía el ordenamiento de esa época, así mismo señaló que, en este caso no se dan los supuestos para declarar la ineficacia, por el contrario se evidenció que el accionante durante todos estos años de vinculación al RAIS, tuvo la posibilidad de conocer las características y condiciones, dijo que en cumplió con las disposiciones legales vigentes para la afiliación, como lo es el formulario, dado que, era el único soporte documental que debían guardar las administradoras con el deber de cumplir la carga informativa, y no es hasta el año 2016 que se le exige a los fondos guardar un soporte adicional como lo estableció la Superfinanciera; asimismo recordó que para el momento de la afiliación no hoy se exigía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios ni sobre el monto de la pensión así como tampoco se podía exigir a los fondos la buena asesoría y buen consejo, incluso para desincentivar la afiliación y todo eso teniendo en cuenta el momento histórico esbozado, por lo tanto los términos tan rigurosos por los que se reprocha a la AFP que fueron impuestos posteriormente a las declaraciones y condenas en su contra que eso es lo desconocen el principio de retroactividad y de seguridad; en ese sentido insistió que la afiliación fue válida, libre, voluntaria e informada, destacó que la única motivación para declarar la ineficacia por parte del actor se deriva del monto de la mesada pensional. Por otra parte solicitó respetuosamente que, se revoque la condena de los gastos de administración contenidos en la Ley 100 de 1993 porque durante el periodo de la afiliación estaba cumpliendo con la finalidad de proporcionar al demandante los riesgos de invalidez y muerte y estos fueron debidamente invertidos como lo exige la ley, puesto que, ha señalado la Superfinanciera que deben respetarse las restituciones mutuas, y no se deben ordenar el traslado de primas ni tampoco la devolución de cuotas de administración; y señaló que tampoco es procedente que el administradora deba restituir las sumas que se pagaron por concepto de primas de seguros previsionales por cuanto ya no están en su poder, sino en el poder de las compañías aseguradoras que se contrataron para la cobertura de sus posibles siniestros, insistió que condenarse a la llamada en garantía dado que los emolumentos reposan en el patrimonio de esta y por lo tanto conforme a las pólizas que allegó, es la llamada en garantía la que debe asumir tal gasto y por último expuso que se aparta de que se declare la ineficacia, dado que los frutos que se dieron por esa administración el demandante no los hubiera generado y frente a la indemnización, dijo que, no es posible que se adicione a la condena de los valores ordenados a trasladar, puesto que, el detrimento que sufre el valor económico de los aportes se busca reponer con la indemnización y esto se resarce con el traslado de los rendimientos; solicitó que se revoque la condena en costas dado que la demandada expuso cumplió con las disposiciones legales y reglamentarias y no fue la responsable del traslado de régimen pensional. (Expediente electrónico. 48grabaciónsentenciaprimerainstancia)

6.2 AFP Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación respecto al numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, solicitando que se revoque la decisión en el sentido no hay una determinación legal para generar una devolución de conceptos de gastos de administración, seguros provisionales o sumas de forma indexada, señaló que, eso ha sido reglado por el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, puesto que cuando realizó la solicitud de traslado horizontal para el momento en el cual el demandante decidió trasladarse de fondo, todos los valores de su cuenta de ahorro individual fueron trasladados a dicha entidad, queriendo decir con ello que a la fecha no cuenta con valor alguno, adicionalmente indicó que, los gastos de administración se causaron como consecuencia del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa al generarse una devolución de conceptos por sumas que nunca ha administrado, expresó que los gastos de administración no tienen como finalidad financiar una mesada pensional, por lo cual solicitó aplicar la figura de la prescripción; en cuanto a

los seguros previsionales dijo que, en el cumplimiento de sus obligaciones adelantó debidamente la cobertura de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, sin embargo dichos emolumentos nunca fueron beneficiosos para la demandada toda vez que, fueron pagados a las aseguradoras contratadas; por el otro lado hizo referencia a lo que tiene que ver con la indexación, expresando que, los dineros que reposaban en la cuenta de ahorro individual fueron trasladados con la solicitud del traslado horizontal a Skandia y esos dineros ya incluían esos frutos y esos intereses que se obtuvieron durante la vigencia de la afiliación. (Expediente electrónico. 48grabaciónsentenciaprimerainstancia)

6.3 Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, la falladora de primera instancia paso por alto que para la fecha del traslado la normativa aplicable era que la aceptación fuera espontánea, libre y expresa, señaló que, se manifestaba con la firma del formulario de afiliación lo cual se hizo con plenitud, según se deriva del documento suscrito y registrado por la parte demandante; en ese sentido afirmó que, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información que no se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, dado que, esa exigencia es en virtud del principio de confianza legítima teniendo en cuenta que, el principio de legalidad y el debido proceso no consiste en las posibilidades de defensa o en la posibilidad de interponer recursos, sino que exige se ajusta a las normas preexistentes; ahora en cuanto, señaló a la carga de la prueba, la jueza de primera instancia indicó que, recae única y exclusivamente encabeza de los fondos de pensiones, sin embargo aclaró que, entre el año de 1998 y 2016 no se exigía nada diferente al documento de afiliación, puesto que, esté constaba con la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que dijo que, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituyen en una situación de carácter imposible; por último solicitó que, se adicione a la sentencia en cuanto a la condena impuesta a la entidad con una obligación de hacer, a favor del demandante que se condiciona previo al cumplimiento de las obligaciones que se le impongan a las AFP, ya que, no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto no se reintegren los recursos a la demandada -Colpensiones-. (Expediente electrónico. 48grabaciónsentenciaprimerainstancia)

7. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por Skandia S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas

están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) y ¿Deben ser condenas en costas las AFPs codemandas?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 ibídem. Por tanto, 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Jesús Orlando Rueda Sanabria realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 06 de julio de 1984 al 07 de octubre de 1996 (Expediente digital, PDF 19Escritocontestaciondemandacolpensiones.pdf – pág. 31-35), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Porvenir S.A. el 01 de noviembre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1997, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF. 20Escritocontestaciondemandaporvenir.pdf, pág. 74)
- AFP Protección S.A. el 01 de enero de 1998 hasta el 31 de marzo de 2002, por la fusión entre Colmena e ING, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 18Escritocontestaciondemanda.Pdf, pág. 40)
- Retorno nuevamente a la AFP Porvenir S.A. el 01 de abril de 2002 hasta 31 de marzo de 2005, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 18Escritocontestaciondemanda.Pdf, pág. 40)
- Seguidamente retorno a la AFP Protección S.A. el 01 de abril de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2006, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 18Escritocontestaciondemanda.Pdf, pág. 40)
- En ese sentido, activo de nuevo su afiliación a la AFP Porvenir S.A. el 01 de octubre de 2006 hasta el 31 de mayo de 2007, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 13EscritocontestaciondemandaskandiaPdf – pág. 122)
- AFP Skandia S.A. el 01 de junio de 2007 hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 13EscritocontestaciondemandaskandiaPdf – pág. 122)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el afiliado, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una

práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

| | | |
|--|--|--|
| | | lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es 01 de noviembre de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP demandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al promotor de la contienda acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al promotor de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el precursor de la litis está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003

la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A., AFP Skandia S.A. y AFP Protección S.A, en el año 1996, 1998 y 2002 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de noviembre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en

la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Protección S.A., Skandia S.A. y Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al

presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

10. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

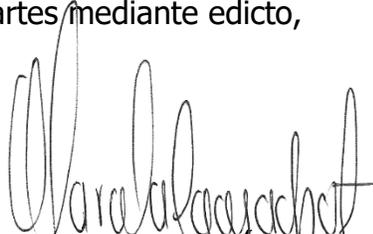
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de octubre 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

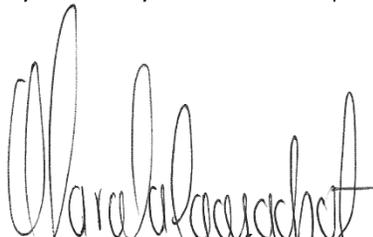


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Skandia S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUCERO GARAY MARMOLEJO
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 11001-3105-007-2021-00510-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Lucero Garay Marmolejo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declaré la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, que se hizo efectiva a partir del 01 de enero de 1998, a través de la AFP Porvenir S.A., que se declare que la única afiliación válida al Sistema General de Pensiones es la efectuada al ISS hoy Colpensiones; en consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual; se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 con efectividad a partir del 23 de marzo de 2021, fecha en que cumplió la edad de 57 años, así como los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las mesadas causadas desde el 23 de marzo de 2021; se condene ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, nació el 23 de marzo de 1964, comenzó su vida laboral el 03 de agosto de 1986 cotizando con el ISS a través del empleador Cervecería Águila S.A. un total de 453,5 semanas; se vinculó a la AFP Porvenir S.A. realizando cotizaciones a partir del mes de enero de 1998, sin que recibiera asesoría alguna por parte de esta; cotizó hasta el mes de diciembre de 2020 un total de 1636 semanas, de las cuales 453,5 fueron recibidas por el ISS hoy Colpensiones y 1182,8 por la AFP Porvenir S.A.; presentó ante Colpensiones solicitud de afiliación debido a la ineficacia del traslado, la cual fue resuelta el 06 de septiembre 2021 de manera negativa. (Expediente digital PDF. 01Demanda.pdf, Pág. 1-10)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 06NotificacionAgencia.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Notificación Ministerio Público. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 07NotificacionProcuraduria.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Contestación de la demanda

4.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, señaló que, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante; sumado a que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (Expediente digital, PDF 11ContestacionDemandaColpensiones.pdf – pág. 3-40)

4.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, hoy el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido y eficaz, señaló que, solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Esta información reviste de importancia pues la demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP; Aclaró que la demandante suscribió formulario de afiliación de manera libre, espontánea y completamente informado, como quiera que, recibió asesoría verbal amplia y suficiente; en ese sentido, señaló que, la afiliada no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, o la presunta falta en el deber de información, razón por la cual se encuentra válidamente afiliada al RAIS; a su favor propuso las 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. (Expediente digital PDF. 15ConstestacionDemandaPorvenir.pdf – Pág. 2-23)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de septiembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por la accionante, en ese sentido ordenó al fondo de pensiones Porvenir S.A., a trasladar el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia; ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad a la actora y a reconocer y pagarle la pensión de vejez, conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, tomando como IBL la sumatoria de los últimos diez años de cotización y a partir del 23 de marzo de 2021, fecha de cumplimiento de los 57 años de edad; negó el

reconocimiento de los intereses moratorios; declaró no probada las excepciones propuestas y gravó en costas a Porvenir y Colpensiones.

La decisión del *A quo* se basó en que, el deber de información ha existido desde la fundación de los fondos privados de pensiones autorizados por la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, como lo señala la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, correspondiéndoles, por tanto, brindar esa información completa, clara y certera a esos trabajadores que pretendían trasladarse de régimen pensional, existiendo para ello tres etapas, la primera es el deber de información y las normas que obligan a las administradoras de suministrarlas al trabajador al momento de trasladarlo de régimen pensional; la segunda etapa hace alusión al deber de la asesoría y buen consejo y finalmente la tercera etapa, es el de la doble asesoría, de lo anterior, adujo que, no se puede descuidar que esa obligación debe mantenerse desde la preafiliación y durante todo el tiempo que se mantenga la vinculación del trabajador, debe ser completa, comprensible, veraz, prudente y lo suficientemente útil para orientarlo en su elección; explicó que, en el presente caso la demandante, alegó que, no recibió la información adecuada cuando se trasladó de régimen pensional en noviembre de 1997 a Porvenir, es así como indicó el fallador, que es un supuesto negativo que debe valorarse con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren de prueba, entonces es la administradora de pensiones quien debe allegar la prueba pertinente, dónde se demuestre que suministró la información correcta al afiliado a la fecha en que se trasladó de régimen pensional, sin que esto este supuesto fuera acreditado dentro del proceso, como quera que Porvenir no aportó ninguna prueba, en la medida que el formulario de vinculación no demuestra el cumplimiento del deber de información, únicamente un consentimiento libre, pero no informado.

En cuanto a la pensión de vejez, señaló que, se encontraba demostrado que la accionante había cotizado 1.636 semanas y cuenta con 59 años de edad, cumpliendo con los requisitos para obtener el estatus de pensionada, conforme lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, reconocimiento pensional que debe hacerse una vez Porvenir cumpla con la devolución de la totalidad de los saldos, en cuanto al IBL sostuvo que este sería el de los últimos 10 años de servicios por ser el más beneficioso, prestación que debía ser reconocida a partir del 23 de marzo de 2021, fecha de cumplimiento de los 57 años de edad, fecha para la cual ya se encontraba retirada del sistema; absolvió a la entidad pública del reconocimiento de los intereses moratorios, teniendo en cuenta que no existía retraso en el pago de la prestación, dado que no cuenta con los recursos que se ordenen devolver.

Frente a la excepción de prescripción, indicó que, el disfrute del derecho pensional es un tema que es inherente al derecho a la seguridad social, que está garantizado constitucionalmente y por ello es irrenunciable e imprescriptible de acuerdo a la ley y a las normas señaladas frente a este derecho, por lo que no declaró probado este medio exceptivo. (Expediente electrónico. Archivo 21AudienciaArticulo7780CPLAelgatosFallo.mp4)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1. Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación, teniendo en cuenta para ello que, la devolución de emolumentos como los gastos de administración, tienen una destinación legal específica estipulada en la Ley 100 de 1993, además, en ambos regímenes pensionales existe esa obligación de destinar unos rubros por estos gastos, cumpliéndose con esta obligación durante el período que la recurrente, estuvo vinculada en las administradora de pensiones, en ese sentido dichas sumas ya no se encuentran dentro

de los rubros de la AFP; de otro lado, sostiene que tampoco es procedente devolver las sumas de seguros previsionales, dado que, las mismas ya no se encuentran en su poder sino en el de la compañía aseguradora que se contrató para la cobertura de esas sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones de invalidez y sobreviviente, de tal suerte que, no se puede retrotraer en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible; resaltando que, si se llega a confirmar dicha sentencia, se estaría frente a un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. (Expediente electrónico.

21AudienciaArticulo7780CPLAelgatosFallo.mp4)

6.2. Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, no es dable la aceptación de la declaración de ineficacia, en la medida que el juzgador paso por alto que para la fecha del traslado la normatividad aplicable, sólo exigía la aceptación espontánea, libre y voluntaria del afiliado, que se materializaba a través de la firma del correspondiente formulario; a su vez, indicó que, para la fecha de suscripción del este documento no existía la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados, por lo tanto, las pruebas deben ser valoradas con respecto a la normatividad vigente a la fecha de materialización del traslado, por lo que no se puede exigir a la administradora pruebas que para en su momento no eran aplicables; adicional a ello, sostuvo que existía vulneración al debido proceso, en la medida que no participó en el trámite el traslado, y es quien debe afrontar la carga de dicha prestación, desconociéndose el principio de relatividad jurídica, como quiera que, los actos jurídicos tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de dicha celebración solamente deben repercutir sobre las partes involucradas; a su vez, refiere frente a la carga de la prueba que, esta recae únicamente encabeza de la AFP, puesto que con el consentimiento plasmado en el formulario de afiliación, era suficiente para demostrar la intención de traslado, dado que, las leyes que surgieron entre el año de 1994 y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación y por eso, no se le puede imponer cargas adicionales previstas en las leyes de la época; por último, señala que la entidad resulta lesionada con la decisión adoptada, en razón a que, afecta la sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, recordando además de ello que, la demandante se encuentra dentro de la prohibición expresa de traslado, dado que, ya superó los 10 años para trasladarse de régimen; en cuanto a la condena del reconocimiento de la pensión de vejez, adujo que, no obra prueba alguna donde se demuestre que la demandante incurrió en error por la falta del deber información y no se evidencia dentro de la solicitud una nota de protesta o anotación que permite inferir que hubo una inconformidad por parte de la actora, sumado a que no es Colpensiones la llamada a reconocer la pensión de vejez, como quiera que es Porvenir quien ha administrado los recursos por más de 25 años, además de desconocerse si la afiliada cuenta con los requisitos para acceder al reconocimiento pensional.

Finalmente, en cuanto a las costas, señaló que, la entidad actuó en el estricto cumplimiento del orden legal y no tuvo nada que ver con la decisión que tomó la demandante de trasladarse de régimen, puesto que, fue una decisión autónoma, libre y voluntaria. (Expediente electrónico. 28AudienciaArt80.mp4)

7. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (v) ¿Le asiste derecho a la accionante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez? (vi) y ¿Deben ser condenada en costas Colpensiones?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Lucero Garay Marmolejo realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 03 de agosto de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1997 (Expediente digital, PDF 12HistoriaLaboralDemandante.pdf), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Porvenir S.A. el 11 de noviembre de 1997, siendo efecto a partir del 01 enero de 1998 hasta la fecha, según el formulario N° 966657 y el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 15ContestacionDemandaPorvenir, pág. 24 a 26 y 31)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el afiliado, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**,

teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

| | | |
|--|--|--|
| | | lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

Así, para que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A., el 11 de noviembre de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que el afiliado conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP demandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al promotor de la contienda acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la promotora de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el precursor de la litis está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para

adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la gestora de la litis es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a

Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

10. Pensión de vejez - Ley 797 del 2003. Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

10.1. Edad. La convocante a juicio cumplió el requisito de edad de los 57 años el 23 de marzo de 2021, toda vez que, nació el mismo día y mes del año 1964, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente. (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 30)

10.2. Semanas. Revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A., se evidencia que la señora Garay también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.636 semanas a julio de 2021. Por tanto, es claro que la gestora del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

11. Disfrute de la pensión y liquidación. Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990. En consecuencia, la Sala **CONDENARÁ a COLPENSIONES** a reconocer a la demandante la pensión de vejez, a partir del 23 de marzo de 2021, fecha para la cual acreditó un total de 1.300 semanas cotizadas y cumplió la edad de 57 años, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, pero con la aclaración que el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha de desafiliación del sistema, pues no encuentra demostración en el proceso el retiro del sistema para acceder desde aquella data a la prestación económica reclamada. Además, para su liquidación se deberá tener en cuenta

hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año.

Aclarando que, para efectos del reconocimiento ordenado, Colpensiones deberá tener en cuenta que la actora causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año.

12. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

13. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

14. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2023, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



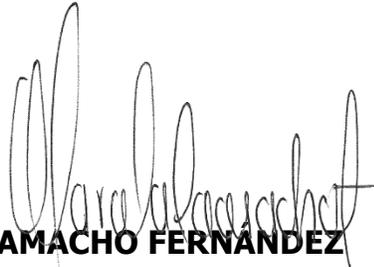
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GABRIEL EDUARDO CONTRERAS ROJAS
Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Radicación: 110013105-027-2021-00201-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gabriel Eduardo Contreras Rojas, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS con la AFP demandada; se ordene trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración, prima de seguros y demás descuentos realizados; se ordene a Colpensiones a recibir el traslado y que la vinculación a esta se mantuvo sin disolución de continuidad; se ordene a Colfondos, a procesar y tramitar el traslado de régimen del demandante al régimen de prima media administrado de forma inmediata y que asuma las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría en materia de pensiones; se condene a lo ultra y extra Petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 25 de mayo de 1959, cotizó al Sistema General de Pensiones desde agosto de 1997; se trasladó a Colfondos S.A el día 15 de febrero de 1999, en donde se le indicó que el ISS se iba a acabar y que los aportes realizados se perderían, no le explicaron la diferencia entre cada régimen, tampoco los términos para trasladarse entre regímenes, ni la prohibición de los 10 años, ni el derecho de retracto; la asesoría dada no fue cierta, suficiente y oportuna; presentó solicitud de traslado ante las demandadas, petición que fue resuelta desfavorablemente.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 25NotificacionAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, argumentando que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta del deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de

certeza que hubo una inconformidad por parte del accionante, al contrario, se observa de las documentales aportadas que, el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin que se hubiese dejado observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. A su vez, sostiene que, no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, debido a la prohibición de los 10 años que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las denominadas, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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. (Expediente electrónico, PDF 10 contestación Colpensiones Pág. 3 a 38).

3.2. Colfondos S.A. Se le tuvo por no contestada la demanda, conforme lo dispuesto en auto adiado 11 de septiembre de 2023. (Expediente electrónico, PDF 17Autotienepor contestadalademanda).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de noviembre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS a la AFP Colfondos S.A.; condenó a esta AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ni primas de seguros previsionales. Ordenó a Colpensiones afiliarse nuevamente al accionante, recibir las cotizaciones y actualizar la historia laboral del demandante incluyendo las semanas que fueron cotizadas al RAIS. Declaró no probadas las excepciones formuladas y condenó en costas a Colfondos.

El a quo fundamentó su decisión conforme a lo sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias la, SL 12136 del 2014, SL 19447 del 2017, SL 1452 del 2019, SL 1421 del 2019, entre otras formulando que la AFP Colfondos no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría, dada al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que corresponde a la demandada y no al actor; refirió que no obra prueba que acredite que se le haya informado de los beneficios y desventajas de trasladarse de regímenes, ya que la única prueba que se aporta es el formulario de afiliación y con este no se acredita el deber de información; además señala que no es necesario pertenecer al régimen de transición o ya tener un derecho pensional consolidado para acceder a un cambio de régimen por el incumplimiento al deber de información. Respecto a la excepción de prescripción, adujo que la ineficacia del traslado es imprescriptible al estar ligado al derecho pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por parte de Colpensiones argumentando que, en el transcurso del proceso no se ha logrado demostrar el supuesto engaño sufrido por el accionante, por parte de la AFP, así como la falta de información al momento de la asesoría, no obstante, si se revisa el formulario de afiliación firmado por el demandante, en el mismo se encuentra la manifestación expresa que el traslado se hizo libre de apremios y por su propia voluntad, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, por lo que, en el presente asunto no se presentaron vicios del consentimiento, por lo que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; de otro lado, si el afiliado no manifestó su deseo de retractarse de su afiliación al RAIS, esto trae como consecuencia que debe asumir las consecuencias de la afiliación, además de haber permanecido por más de 24 años en el fondo privado, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo que fue engañado solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas en cuanto al monto de la mesada pensional.

6. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos, debidamente indexados?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a el 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Gabriel Eduardo Contreras Rojas, se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 24 de agosto de 1977 hasta el 31 de marzo de 1999 (Expediente electrónico, PDF.10ExpedienteAdministrativo, pág 40-47); el 01 de abril de 1999 firmó solicitud de vinculación a la AFP Colfondos S.A., (Expediente Electrónico, PDF11Expediente administrativo, Pág. 45, 81 a 86); AFP a la cual pertenece actualmente.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el accionante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009,

considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

| | | |
|--|--|--|
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |
|--|--|--|

Así, para la data en que el demandante se trasladó a la AFP Colfondos S.A., esto es, el 01 de abril de 1999, efectivo a partir del 01 de octubre de la misma anualidad, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a el promotor de la contienda acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al promotor del litigio una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a el actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la gestora del litigio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del promotor de la contienda es claro que, su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP demandada los aportes efectuados por aquellas a ésta, a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del accionante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto

ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de estos emolumentos, **debidamente indexado** (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus", por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A., a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2023, por el Juzgado Veintisiete Laboral Circuito de Bogotá, y en consecuencia **ORDENAR** a AFP Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Gabriel Eduardo Contreras Rojas como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales, todos estos valores debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



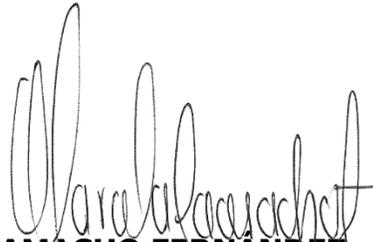
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000 a cargo de cada una de ellas.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ÉDGAR RICARDO MONROY MUÑOZ
Demandadas: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Litisconsorte: SKANDIA S.A. Y COLFONDOS S.A.
Radicación: 11001-3105-022-2021-00455-02
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Édgar Ricardo Monroy Muñoz instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A.; se declare que para todos los efectos legales nunca se trasladó a este régimen y por lo mismo, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; como consecuencia de lo anterior, se condene a los fondos demandados a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y demás dineros que se hubieren cancelado; se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado y beneficiario del RPMPD, expidiendo las certificaciones correspondientes y recibiendo los aportes y los rendimientos a que hubiere lugar; se condene a Protección S.A. a que consigne el valor de los aportes a Colpensiones; por último, lo que ultra y extra petita se considere, más la condena en costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, nació el día 11 de febrero de 1966, realizó cotizaciones para la pensión al ISS desde el año 1985; en el año de 1994 fue abordado por funcionarios del fondo de Porvenir S.A., debido a ello suscribió contrato de afiliación, sin que ellos tuviera idoneidad en sus estudios y el profesionalismo requerido, por lo que se le brindó información engañosa, incompleta y falsa sobre el monto de su pensión de vejez en el RAIS, tampoco se le informó de la consecuencia del traslado del régimen; presentó reclamación administrativa ante la accionadas, solicitando el traslado de régimen, petición que fue resuelta de manera negativa. (Expediente digital PDF. 01DemandaAnexos.pdf, Pág. 3-11)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 26NotificacionAgencia.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que,

dentro del expediente no obra prueba alguna de demuestre 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), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de él, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso excepciones de mérito, como errónea indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica. (Expediente digital pdf. 10ContestacionColpensiones.pdf – pág. 4-40)

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente, necesaria y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Así mismo, se evidencia que el accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones de cada régimen. En su favor propuso excepciones de fondo, como lo fue, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital PDF. 07ContestaciónPorvenir.– Pág. 2-32)

3.3. AFP Protección S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que, se encuentra bajo un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, expresó que, el formulario de vinculación suscrito por la parte actora se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante y reiteró que, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada o genérica y Aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (Expediente digital PDF. 08ContestacionProteccion.Pdf – Pág. 3-26)

4. Trámite procesal. En proveído del 16 de mayo de 2022, se dispuso a integrar como litisconsorte necesario a Colfondos S.A. y Skandia S.A. (Expediente electrónico, PDF20ActadeAudiencia, Pág.1-2); quienes presentaron el escrito de contestación así:

4.1. Colfondos S.A. La llamada a juicio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones argumentando que, si brindó al 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 informó 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, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Como excepciones de mérito propuso inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por

pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la filiación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la filiación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado y compensación y pago. (Expediente digital PDF.

25ContestacionColfondos, Pág. 6 a 21)

4.2. Skandia S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda aduciendo que, de acuerdo con la Ley, la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Así las cosas, el traslado de AFP es un acto voluntario del ciudadano con el respectivo fondo. Como excepciones de mérito, propuso las denominadas, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra habilitado para el traslado de régimen en razón de edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la filiación 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, lo accesorio sigue la suerte de lo principal-falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato - gastos de administración, buena fe y la genérica. (Expediente digital PDF.

24ContestacionSkandia, pág. 3 a 10)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de octubre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado, al RAIS, acaecido en el mes de mayo de 1994; declaró que para todos los efectos legales, el actor siempre permaneció en el RPMPD; como consecuencia de lo anterior, ordenó a Protección S.A fondo en el que se encuentran los aportes del demandante, a trasladar a Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenó a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados; a su vez, ordenó a Porvenir, Colfondos y Skandia a remitir a Colpensiones los dineros que recaudó por concepto de cuotas y gastos de administración, debidamente indexadas. Declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del actor en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. Ordenó a Colpensiones recibir los dineros provenientes de los fondos demandados y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor; declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó en costas a las demandadas.

EL a quo se basó en que, hubo una omisión por parte de las administradoras en el RAIS de habersele brindado al actor una información clara y completa, acerca de las características, condiciones, económicas, jurídicas y financieras, a su vez, indicó que del formulario de vinculación no se pueda establecer, que los asesores o representantes comerciales, se preocuparon por cumplir con el deber de brindar una información clara, completa y suficiente conforme a lo consagrado en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993. Así mismo, sostuvo que, en amplia jurisprudencia se ha dicho que esta información se debe abordar desde la ineficacia en el sentido estricto; también, tratándose de estos asuntos, la CSJ ha dicho que se invierte la carga de la prueba, entonces la AFP debe demostrar de manera suficiente que cumplió con el deber de información, presupuesto que no ha sido acreditado en el juicio, lo que conllevó a que se declarara ineficaz el traslado, por el contrario, lo que se advertía era que, al momento de la afiliación

las AFPs le indicaron que podría pensionar a cualquier edad, y que el ISS se iba a acabar, manifestaciones que no era propios de una información objetiva, cierta y comprensible, además no existe constancia que se haya entregado un plan de pensiones, ni un análisis de los dos regímenes pensionales. Refiere que, con esta decisión no se vería afecta la sostenibilidad del sistema, pues se devolverán todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor con sus rendimientos y debidamente indexados. Sumado a lo anterior, argumentó que, los traslados horizontales entre regímenes no convalidan la ineficacia que hubo en el traslado vertical. (Expediente electrónico, archivos 58 y 59)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fueron propuestos recursos de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación en contra de la imposición de costas, teniendo en cuenta que las mismas en improcedente, pues la entidad únicamente fue llamada al proceso por ser la administradora del régimen de prima media. De otro lado, manifiesta que no es posible que se declare el traslado de régimen, en la medida que el afiliado se encuentra inmerso en una prohibición legal, por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

6.2. Porvenir S.A. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, al momento de la afiliación la AFP cumplió con cada una de las obligaciones establecidas en la normativa en la fecha en que se efectuó el traslado del régimen pensional, señalar lo contrario sería ir en contra al principio de legalidad. También señaló que, tampoco habría lugar a que se trasladaran los gastos de administración, toda vez que, tienen una designación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente y que esas sumas fueron invertidas en debida forma y no se encuentran en el poder de Porvenir, en la medida que fueron destinados a cubrir la correcta administración de los recursos, en ese sentido, indicó que, en caso que se considere que deban retornarse todos los rendimientos financieros causados, resultaría necesario analizar las restituciones mutuas a que haya lugar, toda vez que, independientemente del motivo que da lugar a la ineficacia, al fondo se le debe reconocer los gastos de administración en que incurrió a favor del afiliado, para generar esos rendimientos financieros, puesto que si se ordenan devolver se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPMPD. Por otro lado, explicó que, los dineros destinados a la prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia fueron utilizados durante la afiliación del demandante, es decir que, también se cumplió con la finalidad que contempla la ley, sin que sea admisible su devolución, además señaló que, esos dineros ya se trasladaron a la aseguradora que brindó la cobertura, haciendo hincapié que con la declaratoria de ineficacia no es posible retrotraer esos pagos; finalmente, refiere que es improcedente la condena de la indexación de dichos gastos de administración, porque esa figura busca la actualización de la moneda, y los recursos del actor no se devaluaron, por el contrario generaron una rentabilidad.

6.3. Skandia S.A. Interpuso recurso de apelación parcial frente a la orden de trasladar a Colpensiones los gastos de administración y primas de seguros previsionales, en primer lugar, porque ya hubo una gestión administrativa por parte de la AFP, además en el Decreto 3925 del año 2008, se contemplan cuáles son los conceptos que deben ser trasladados ante un cambio de régimen, sin que estos se encuentren allí incluidos.

6.4. Colfondos S.A. Interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia argumentando que el demandante firmó el formulario de afiliación dando a entender que fue debidamente asesorado y con pleno conocimiento de la decisión de traslado de régimen. Manifiesta que el afiliado se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal contenida en el artículo 13 de la ley 100 1993, como quiera que se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional, sumado al hecho que no es beneficiario del

régimen de transición, por no contar al 01 de abril de 1994 con 15 años de servicios cotizados. Por otro lado, aduce que Colfondos S.A ha dado cumplimiento a todos los presupuestos legales con relación a la vinculación al régimen. Por último, manifiesta que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, conforme lo establece el artículo 1509 del Código Civil, pues la ignorancia de la Ley no sirve como excusa.

7. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por Colpensiones, Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) y ¿Debe ser condenada en costas Colpensiones?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 ibídem. Por tanto, 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Edgar Ricardo Monroy Muñoz realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 4 de julio de 1985 al 31 de mayo de 1994 (Expediente digital, PDF10ContestacionDemanda. pág. 62-69), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Porvenir S.A. del 17 de mayo de 1994 al 31 de diciembre de 1998, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 57)

- AFP Colfondos S.A. del 15 de septiembre de 1998 al 28 de febrero de 2002, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 57)
- AFP ING S.A. del 18 de enero de 2002 hasta el 31 de mayo de 2003, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 57)
- AFP Porvenir S.A. del 30 de abril de 2003 hasta el 28 de febrero de 2013, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 57)
- AFP Skandia S.A. del 21 de enero de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 57)
- AFP Porvenir S.A. del 27 de octubre de 2014 hasta el 31 de julio de 2017, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 57)
- AFP Skandia S.A. del 09 de junio de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2020, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 57)
- AFP Protección S.A. del 31 de agosto de 2020 hasta la actualidad, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 57)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el afiliado, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y

suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es el 17 de mayo de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP demandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al promotor de la contienda acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al gestor de la litis una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el precursor de la litis está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 17 de mayo de 1994, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada

está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Protección S.A. y Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional,

el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A, Colfondos S.A, Skandia S.A y Protección S.A., a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

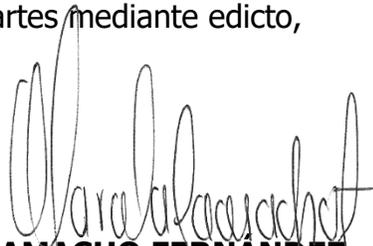
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2023, por el Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A, Skandia S.A. y Colfondos S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A., Skandia S.A. y AFP Protección S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FRANCISCO HUMBERTO PARDO PLATA
Demandados: COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-036-2022-00303-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Francisco Humberto Pardo Plata instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Skandia S.A., Porvenir S.A., Colfondos y Protección S.A. con el fin que se declare que Porvenir no le proporcionó al momento de su afiliación al RAIS una información completa y comprensible acerca de su vinculación, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir; declarar que Colfondos S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. incurrieron en omisión en el deber de información; se declare ineficaz el traslado de régimen pensional, en consecuencia se condene a Skandia S.A. al traslado de los aportes cotizados y fondo alternativo en el RAIS a Colpensiones; condenar a Colpensiones a registrarlo como su afiliado sin solución de continuidad desde el 23 de octubre de 1992; lo ultra y extra petita; por último, las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS hoy Colpensiones el día 23 de octubre de 1992, aportando un total de 303 semanas; se afilió a Porvenir el día 1 de septiembre de 1999; los funcionarios de los fondos Porvenir, Colfondos, Protección S.A. y Skandia S.A., no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el RPMPM; no se le efectuó una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de la mesada, se le indicó que no se iba a poder pensionar porque el ISS se iba a acabar; se le indicó que se podía pensionar a cualquier edad sin explicarle la afectación que aquello tendría sobre su mesada pensional y sobre el bono pensional, no se le informó sobre las desventajas de trasladarse al RAIS; 11 de mayo de 2021 Skandia realizó una simulación pensional, frente a la información recibida radicó solicitud de traslado a Colpensiones; 14 de mayo de 2021 la entidad pública aceptó la solicitud de traslado y reconoce como fecha de afiliación el 1 de julio de 2021; el 27 de diciembre de 2021 radicó derecho de petición ante Skandia S.A. en donde solicitó se trasladaran todos los aportes cotizados dentro del RAIS a Colpensiones; el 7 de enero de 2022 Skandia S.A. da respuesta señalando que *"la opción de traslado de fondo alternativo sólo se puede efectuar entre sociedades administradoras que cuenten con planes alternativos de pensiones, situación que no se presenta como quiera que Colpensiones no maneja fondos alternativos de pensión"*; el 13 y 21 de enero de 2022 y 21 de enero de 2022 esta AFP reitera la imposibilidad de trasladar los aportes

cotizados; dentro de la historial laboral expedida por la Colpensiones de fecha 4 de febrero de 2022, únicamente se reconocen los tiempos cotizados al RPMPD, esto es, 339 semanas, siendo que también cotizó al RAIS a lo largo de su vida laboral y cuenta actualmente con más de 1.237 semanas aportadas al Sistema General de Pensiones. (Expediente electrónico, PDF01demandaanexos, Pág. 6 a 35)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 10NotificacionAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte del actor, de manera que, deberá probarse el vicio en el consentimiento que se alude para efectos de determinar si procede efectuar la nulidad o ineficacia de traslado y el consecuente retorno de sus aportes al RPMPD, máxime cuando al momento de la suscripción del formulario de afiliación era al Fondo Privado al que le correspondía brindar la información necesaria para que el afiliado tomara una correcta decisión frente a la conveniencia de uno u otro régimen. Como excepciones de mérito propuso las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen: inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos e inexistencia del derecho reclamado. (Expediente electrónico, PDF 06ContestacionColpensiones, Pág. 18 a 45)

3.2. Colfondos S.A.: La demandada se opuso a las pretensiones señalando que al demandante se le brindó 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 asesoro 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, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. De otro lado, señala que no se presentan ninguno de los elementos para que se declare la nulidad de la afiliación, como quiera que no se presentó algún vicio del consentimiento, además porque el actor suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. A su vez, no se puede dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de querer permanecer allí al trasladarse entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (Expediente electrónico, pág. ContestacionColfondos, pág. 6 a 24)

3.3. Porvenir S.A.: La demandada se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas aduciendo que, el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería

improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, como quiera que no se aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS. Como excepciones de fondo presentó 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. (Expediente electrónico, PDF07ContestacionPorvenir, Pág. 2 a 33)

3.4. Protección S.A.: La encartada presentó oposición a las suplicas de la demanda, como quiera que el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Del formulario de vinculación que suscribió el afiliado, se advierte que este acto se realizó forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del actor. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias. Como excepciones de fondo presentó 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF08ContestacionProteccion, Pág. 3 a 26)

3.5. Skandia S.A.: En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, la afiliación se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación y conforme a los postulados de buena fe. Por consiguiente, no puede trasladar concepto alguno a Colpensiones, ya que el demandante al momento de afiliarse, venía de estar afiliado con otros fondos, por ende, dijo que, ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de éste régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante que pertenecen al mismo régimen pensional de Skandia y al momento de la vinculación de la parte actora, se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS del cual hace parte esta Sociedad Administradora, y teniendo en cuenta las características del caso individual del demandante, las cuales se resumen a que venía afiliada en otra AFP, lo que reitera no solo su conocimiento frente al funcionamiento del RAIS sino su deseo de pertenecer a él. Como excepciones de fondo presentó las que denominó, imposibilidad jurídica del traslado, el demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado instituto de seguros sociales, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la asesoría brindada fue clara, comprensible y circunscrita a la situación particular del afiliado, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, configuración de reintegro de prima de seguro previsional, compensación, prescripción del porcentaje de los gastos de administración, prescripción

de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, 09Contestacionskandia.pdf, Pág. 2 a 20)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de noviembre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS con efectividad del día 1 de enero de 1999, a través de Colpatria; declaró que el actor está válidamente afiliado al RPMPD por Colpensiones desde el 11 de mayo del 2021; ordenó a la AFP Skandía S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los valores descontados por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, así como los aportes realizados al fondo alternativo de pensiones, sumas que deberán ser debidamente indexadas, así como, el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS, ordenar a la AFP Protección, Colfondos y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; ordenó a Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante; declaró no probada la excepción de prescripción y gravó en costas a Skandia S.A.

El a quo fundamentó su decisión en que la obligación de la información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la ley 100 de 1993, la cual en el literal B del artículo 13 señala la posibilidad que tiene el afiliado de elegir de manera libre y voluntaria entre el régimen de prima media con prestación definida y el RAIS, elección que parte de la información que tenga el afiliado de uno y otro Régimen Pensional. Así mismo, el artículo 97 del decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero aplicable a las convocadas a este juicio indicaba para este año que, las entidades deben suministrar la información necesaria a los usuarios para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen para escoger las mejores opciones del mercado, refirió que, posteriormente se expide el artículo 23 de la Ley 795 del 2003, que reitera el deber de información y luego literal b del artículo 13 de la Ley 1328 de 2009, indica al principio de transparencia información cierta, suficiente y oportuna que observarse en las relaciones en las entidades financieras y sus consumidores, por lo que, en desarrollo de dicha normativa el decreto 2241 del 2010, incorporan su artículo 2, como principio la debida diligencia de las administradoras del Sistema General de Pensiones cuando ofrezcan sus productos la transparencia información cierta suficiente oportuna y velar porque el interés de los consumidores prevalezca, concluyó que en el caso en concreto, no se logró acreditar que en efecto, al demandante se le haya brindado la información legal necesaria conforme los parámetros del Decreto 663 de 1993, a lo sumo el demandante confesó que se le explicó que eran aportes voluntarios, lo cual obviamente implica que la información brindada es parcial y no permite al demandante hacer un análisis completo de los beneficios ventajas y desventajas del cambio de régimen y las características de cada uno de los mismos, por lo menos no, para la fecha del traslado inicial de régimen pensional, razón por lo cual es claro que resulta viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Aunado lo anterior, indicó que si bien, el demandante te estuvo en un fondo alternativo, ello no implica que resulte improcedente la ineficacia del traslado, como quiera que así lo ha indicado la CSJ, por lo que tales dineros deben ser devueltos a Colpensiones. Frente a la excepción de prescripción, señalo que, que el derecho a la Seguridad Social es irrenunciable, donde la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, dice que se hace extensible a los procesos de ineficacia de traslado de régimen, en la medida en que estos afectarían directamente la consolidación del derecho a la pensión, razón por la cual se declara no probable la excepción de prescripción. (Expediente electrónico, 30Audienciaart7780fallo)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fueron propuestos recursos de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1. Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación, señalando para ello que, debe tenerse en cuenta que en la sentencia se manifestó que el demandante contaba con una afiliación válida con Colpensiones desde el 11 mayo del año 2021, de modo que resulta confusa la condena y resultaría totalmente improcedente tener la vinculación con Colpensiones desde el mes de octubre del año 1992. De otro lado, señala que no es viable la declaratoria de ineficacia, dado que, la vinculación que efectuó el demandante, se hizo de conformidad con los parámetros de la Ley 100 de 1993 y efectivamente se cumplió con el deber de la doble asesoría. En cuanto a los gastos de administración, seguro provisional refiere que estos resultan totalmente improcedentes, precisamente porque no hacen parte de la cuenta de ahorro individual; enfatizo en que, el demandante efectivamente se encuentra afiliado a Colpensiones, por lo que no tendría sentido alguno declarar la ineficacia del traslado, por lo que, solicita que se absuelva de las condenas impuestas.

5.2. Skandia S.A.: Presentó recurso de apelación argumentando que, los gastos de administración corresponden a descuentos originados de manera legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, igualmente que los mismos corresponden al ejercicio acucioso que deben ejercer las administradoras respecto de los aportes que se depositan mensualmente por parte de los afiliados; de otro lado, los artículos 70 y 77 la Ley 100 de 1993 establecen la forma de financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes para lo cual la AFP deben contratar un tercero asegurador de buena fe y a través de un contrato autónomo, esto es, un acto jurídico independiente para el pago de primas de seguros provisionales, en este sentido la parte demandante hoy en día está siendo protegido precisamente a que esas primas están cumpliendo su objetivo, el cual es proteger los riesgos y siniestros de la parte mandante en el caso de una invalidez o muerte y a favor de sus beneficiarios, por lo que, se considera un injusto que se ordene la devolución de un concepto que se está pagando de buena fe.

5.3. Colfondos S.A.: Apeló la sentencia de primera instancia, argumentando que, no debe haber lugar a la condena por concepto de devolución de sumas por concepto de gastos de administración y primas de seguros, como quiera que conforme lo establecido por en la ley, el primero de ellos, tiene una destinación específica, la que se traduce en rendimientos, por lo que ordenar su devolución debidamente indexada, conllevaría a una doble sanción. Por otro lado, manifiesta que el demandante se encuentra válidamente trasladado a Colpensiones desde 2021, a su vez, el fondo no tuvo injerencia alguna en el negocio jurídico primigenio suscrito entre las partes el formulario de afiliación el cual se concretó con la asesoría realizada en las condiciones de vinculación y los demás temas que se deriven de su formulario.

6. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará

en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 ibídem. Por tanto, 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Francisco Humberto Pardo Plata realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones el 23 de octubre de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1998 (Expediente electrónico, PDF 01Demandaanexos pág. 274 a 279), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Colpatria S.A., desde el 2 de noviembre de 1998 hasta el 31 de julio de 1999, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 7Contestacionporvenir.pdf, pág. 43)
- AFP Skandia S.A., desde el 1 de agosto de 1999 hasta el 31 de mayo de 2000, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 7Contestacionporvenir.pdf, pág. 43)
- AFP Horizonte S.A., desde el 1 de junio de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2000, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 7Contestacionporvenir.pdf, pág. 43)
- AFP Colfondos S.A., desde el 1 de diciembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 7Contestacionporvenir.pdf, pág. 43)
- AFP ING S.A., desde el 1 de enero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2003, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 7Contestacionporvenir.pdf, pág. 43)

- AFP Skandia S.A., desde el 1 de enero de 2004 hasta el 31 de octubre de 2009, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 7Contestacionporvenir.pdf, pág. 43)
- Colpensiones, desde el 1 de julio de 2021 hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 19Contestacionporvenir.pdf, pág. 43)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

| Etapas acumulativas | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|----------------------------|--|--|
|----------------------------|--|--|

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Colpatria S.A., esto es, el 2 de noviembre de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el accionante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones,

que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al promotor de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el gestor de la litis haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFPs del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colpatria S.A. en el año 1998, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a el potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 2 de noviembre de 1998, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Conforme fue advertido anterior, el actor retornó al RPMPD a partir del 1 de julio de 2021, en donde se encuentra afiliado hasta la fecha, hecho que en lo más mínimo impide que se predique la ineficacia del traslado de régimen, o convalida la actuación viciada de traslado, esto es, la falta del deber de información.

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de las AFPs codemandadas (durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Conforme lo ordenó la Juzgadora de instancia, no hay lugar a la devolución de los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, como quiera que estos ya fueron trasladados a Colpensiones el 1 de julio de 2021 y si los demás, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A., a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



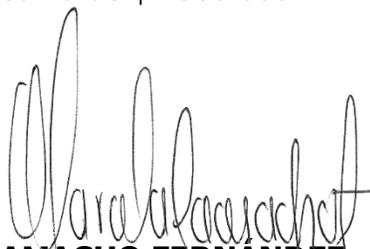
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CESAR HUMBERTO ACEVEDO BUITRAGO
Demandadas: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-034-2017-00516-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Cesar Humberto Acevedo Buitrago instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. con el propósito de que se declare nulo y/o sin valor ni efecto jurídico el traslado que efectuó del RPMPD al RAIS en el mes de octubre de 1995, dado que no se dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, no se le suministró la información veraz y oportuna; se declare nulo y/o sin valor ni efecto jurídico las afiliaciones realizadas con posterioridad a octubre de 1995 en las diferentes AFP; que se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD, que administra Colpensiones, desde el 22 de octubre de 1983; como consecuencia, se ordene a los fondos demandados a devolver la totalidad de los aportes que ha realizado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos a Colpensiones; se ordene a esta última a recibir los dineros que entreguen las AFP; se condene al pago de las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, nació el 8 de noviembre de 1963; a partir del 22 de octubre de 1983 desempeñó algunos cargos al servicio de la Rama Judicial, de manera continua e ininterrumpida, y que, desde esa fecha, empezó a cotizar en pensiones a CAJANAL; al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliado y cotizando a CAJANAL como empleado de la Rama Judicial, hasta el 30 de septiembre de 1995, para un total de 4.362 días, es decir, 623 semanas; a partir del 1 de octubre de 1995, se trasladó del RPMPD al RAIS, donde cotizó con Colfondos S.A. y con Porvenir S.A.; refiere que los asesores comerciales al momento del traslado del régimen, no le brindaron información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en el RPMPD como en el RAIS, como las consecuencias del traslado, omitieron informar que requiera un capital mínimo y superior a los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, para pensionarse, entre mucho otros; el 7 de febrero de 2017 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, petición que fue rechazada el mismo día, bajo el argumento que se encuentra a 10 años o menos del requisito para pensionarse. (Expediente digital PDF. 02DemandaAnexos.pdf, Pág. 2 a 11)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 05NotificacionAndje20214010949102.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrido 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), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario observo que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso , dijo que, no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual reza: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez". En su favor propuso excepciones de mérito, tales como, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (Expediente digital, Pdf 07MemorialContestacionDemandaColpensiones(fls.125-189) pág. 3-44)

3.2. Porvenir S.A. La llamada a juicio, por medio de Curador Ad-Litem (Expediente digital pdf. 15AutoDedignaCuradorPorvenirSa.pdf), presentó contestación de demanda, no presentó oposición a las pretensiones, sin embargo, adujo que, exige que se pruebe la nulidad del traslado. No propuso excepciones de mérito. (Expediente digital PDF 18ContestacionDemanda.pdf – Pág. 2-6)

3.3. Colfondos S.A. Contestó el libelo introductor, esgrimiendo que no se oponen a las pretensiones, toda vez que, el objeto de estas acción es que se registre la afiliación al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, a pesar de ello, indicó que, aunque la afiliación es completamente valida y obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, señaló que, si el despacho considera viable ordenar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se opondrá a tal decisión y en consecuencia bajo ese supuesto, procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando esta decisión no le implique en el fondo, algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesoria como por ejemplo una eventual condena en costas; hizo hincapié que cuenta con los aportes a pensión obligatoria y sus respectivos rendimientos y que a la fecha no existen valores adiciones por concepto de bonos pensionales, expreso que, resultaría materialmente imposible trasladar sumas de dineros inexistentes. Formuló las excepciones de fondo, como al buena fe, compensación y pago e innominada o genérica. (Expediente digital PDF. 09ContestaciónColfondos.Pdf – Pág. 3-9)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de noviembre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado por Cesar Humberto Acevedo Buitrago, el 23 de octubre de 1995, del RPMPD al RAIS, efectuado a través de la afiliación a Colfondos S.A. y su traslado horizontal a la AFP Porvenir S.A., de esa manera condenó a la AFP Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de administración, declaró no probadas las excepciones propuestas,

condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegra la AFP Porvenir S.A., como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y gravó en costas a la AFP Colfondos S.A.

El a quo fundamentó su decisión en que, las entidades encargadas de la administración y dirección de la seguridad social deben garantizar que existió una decisión informada, la afiliación o traslado trae consigo repercusiones de gran trascendencia, como es la garantía del derecho fundamental a la pensión, por lo tanto, la información que debe suministrarse por parte de las administradoras de pensiones debe constar no sólo como antesala de la afiliación, sino también durante el proceso de traslado, de ese modo, corresponde a las administradoras de fondos de pensiones demostrar que no hubo asimetría al momento de brindar dicha información y por lo tanto deberán proveer a los jueces de todos los medios de pruebas suficientes que permitan concluir que al momento de verificarse el traslado, el afiliado contaba con toda la información y los elementos de juicio necesarios para efectuarla de manera libre y voluntaria, al ser ello así, frente al caso concreto, se presenta únicamente como prueba documental conducente a verificar la información suministrada para el traslado de régimen, la solicitud de vinculación o traslado ejecutado al fondo privado, a pesar de ello, en esa documental se carece de absoluta ilustración respecto a las condiciones precisas por medio de las cuales el demandante entraría a ser parte del régimen de ahorro individual, pues las mismas solamente contemplan datos de índole general, personal y laboral que no representan el carácter circunscripto que debe comportar el traslado de régimen, igualmente se infiere la falta de información al demandante acerca de las condiciones que afrontaría a futuro frente al cambio de régimen, pues nótese que la pasiva no presenta prueba de haber cumplido con la obligación que le imponen los incisos quinto y sexto del artículo 15 del Decreto 656 de 1994, además, quedaba demostrado que al accionante, de forma irresponsable no le fue realizada una proyección matemática o financiera respecto a su expectativa pensional y esa circunstancia conlleva a decir que no se demostró que el actuar de las demandadas del régimen de ahorro individual hubiera sido diligente como merece la gestión de las administradoras de fondos pensionales, resultando engañoso y desprovisto de buena fe. Estableció que a pesar de que el actor estuvo afiliado a CAJANAL, su retorno al RPMPD debía hacerse a través de Colpensiones. Frente a las excepciones de prescripción, advirtió que en esta no se rige por el término previsto para la ineficacia del acto jurídico propiamente dicho, como lo sostiene el artículo 2512 del Código Civil, dado que lo debatido es un derecho de orden fundamental de carácter irrenunciable, por tanto, imprescriptible. (Expediente electrónico. 27GrabacionAudienciaCP_1130091753135)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1 Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala expresamente la prohibición de traslado cuando le falten 10 años o menos por cumplir la edad, adicionalmente, dijo que, tampoco cumple con los requisitos señalados en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013. (Expediente electrónico. 27GrabacionAudienciaCP_1130091753135)

5.2 Colfondos S.A. Interpuso recurso de apelación y para el efecto, sostuvo que, la vinculación realizada por la parte demandante a la AFP Colfondos S.A. goza de plena validez por cuanto se respetó el deber de información al momento de la realización del traslado de régimen; adicional a ello, refiere que, en agosto de 1995, fecha en que este se produjo, la obligación de la AFP Colfondos S.A., se enmarca en el primer periodo durante en el cual la obligación consistía en brindar al accionante información clara y

transparente de los dos regímenes pensionales, sin que ello implicara suministrar documentos, hacer proyecciones de pensión, dar asesoría o buen consejo, ni mucho menos realizar doble asesoría, ya que dichas obligaciones fueron interpuestas entre el 2009 y el 2014, fecha para la cual el actor ya se encontraba afiliado al RAIS. Por otro lado, refiere que el señor Acevedo confesó haber recibido información sobre las características del régimen y las ventajas de su afiliación al RAIS, quedando acreditado que la voluntad de elección del afiliado fue libre, razón por la cual accedió a firmar el formulario de vinculación. Frente a los gastos de administración, señala que los mismos no son procedentes, como quiera que no existe un deterioro en el manejo de la cuenta ahorro individual del demandante, por el contrario, generaron rendimientos mayores a los previstos en el régimen de prima media, aumentándose el capital destinado y a la financiación de la pensión de vejez, por lo que mantener esta decisión constituiría un enriquecimiento sin justa causa.

6. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por Colfondos S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; y (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 ibídem. Por tanto, 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 nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Cesar Humberto Acevedo Buitrago realizó cotizaciones a CAJANAL desde el 22 de octubre de 1983 hasta el 30 de

septiembre de 1995 (Expediente digital, PDF 02DemandaAnexos, pág. 117), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Colfondos S.A. desde el 23 de octubre de 1995 hasta el 31 de octubre de 1998, según la solicitud de vinculación N° 574020. (Expediente digital – 08AnexosFolio190.pdf, pág. 14)
- AFP Horizonte S.A., desde el 1 de septiembre de 1998 hasta el 29 de febrero de 2000, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 19ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 71)
- AFP Porvenir S.A. desde el 06 de enero de 2000 hasta el 31 de julio de 2002, según la solicitud de vinculación N° 01294635. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 43)
- AFP Horizonte S.A., desde el 1 de agosto de 2002 hasta el 30 de abril de 2005, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 19ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 71)
- AFP Colfondos S.A., desde 1 de mayo de 2005 hasta el 31 de enero de 2006, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 19ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 71)
- AFP Horizonte S.A., desde el 1 de febrero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2013, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 19ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 71)
- AFP Porvenir S.A., desde el 1 de enero de 2024 hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 19ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 71)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el afiliado, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos

prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Colfondos S.A., esto es el 23 de octubre de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP demandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al promotor de la contienda acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaban en la obligación de proporcionar al gestor de la litis una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues si bien, el declarante en su momento manifestó que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, tal afirmación no demuestra en lo absoluto, que previo a este acto haya recibido por parte del asesor de la AFP, información, claro, expresa y comprensible acerca de las implicaciones que traía el cambio de régimen.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el precursor de la litis está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la

convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A. y Porvenir S.A., en el año 1995 y 2000 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado inicial del 23 de octubre de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

8. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Respecto del asunto que gira en torno a que antes de afiliarse al RAIS venía cotizando a Cajanal, debe señalarse que en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por Colpensiones, tal como lo señaló la falladora de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes de Cajanal, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel

régimen previsional administrado por Cajanal, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, en principio su vinculación con Cajanal, administradora a la cual se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de Cajanal finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que Cajanal debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que la convocante a juicio no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir eventualmente que es la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 46 años de edad, por haber nacido el 8 de noviembre de 1963, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco sí se encontraba bajo el supuesto de estar retirado o desafiliado del Régimen de prima media antes de dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada

está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Colfondos S.A. y Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución del **porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, porcentaje para constituir los Seguros Previsionales** habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Adicionalmente, se ordenará que tal concepto, así como los ordenados por el A quo al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Además se debe precisar que, en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que

en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la accionante al momento en que se efectuó el traslado, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2023, por el Juzgado Treinta y cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y, en consecuencia, **ORDENAR** a las **AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PORVENIR S.A.** (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP) devolver a **COLPENSIONES**, además de los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que en su momento se descontaron de la cuenta de ahorro individual de **CESAR HUMBERTO ACEVEDO BUITRAGO**, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colfondos y Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



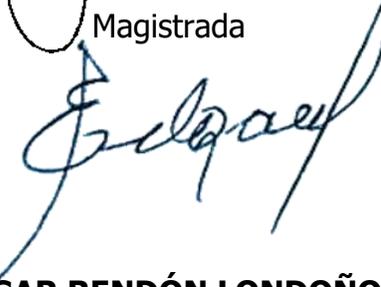
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: KAREN JULIANA PARRA TIRADO
LEIDY JOHANNA ORDUZ RUBIANO
LEVY MILENA DE LA ROSA YÉPEZ
LUDY PAOLA PEDRAZA DIAZ
MARÍA MILENA BAQUERO PÉREZ
SANDRA JANETH VARGAS SALINAS
BRUCE ERWIN TORRES ROBLEDO
DANIEL ALFONSO LOBO JÁCOME
JONATHAN STEVE QUITIAN CAICEDO
JUAN MIGUEL GUARÍN VANEGAS
ANDRES MAURICIO MONTAÑO PATIÑO
Demandadas: AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA.
Radicación: 110013105-027-2019-00525-01
Tema: RELIQUIDACION PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES –
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Karen Juliana Parra Tirado, Leidy Johanna Orduz Rubiano, Levy Milena De La Rosa Yépez, Ludy Paola Pedraza Diaz, María Milena Baquero Pérez, Sandra Janeth Vargas Salinas, Bruce Erwin Torres Robledo, Daniel Alfonso Lobo Jacome, Jonathan Steve Quitian Caicedo, Juan Miguel Guarín Vanegas y Andrés Mauricio Montaña Patiño instauraron demanda ordinaria contra Agencia de Seguros Falabella Ltda., con el propósito que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes; se declare que el empleador realizó pagos parciales a las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en salud y pensiones; declarar que todas las comisiones, bonificaciones devengadas durante la relación laboral constituían y hacían parte del salario por ser habituales, periódicas y remuneraban directamente sus servicios; declarar que no se incluyó en el pago del incremento de los días dominicales y festivos, todos los factores como comisiones y bonificaciones devengadas; como consecuencia de lo anterior, se condene a reliquidar los días dominicales y festivos, teniendo como factor base de liquidación todas las comisiones y bonificaciones devengadas durante la relación laboral; se condene a reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones, teniendo como factor base de liquidación, el monto total de todo lo que debieron devengar mensualmente los demandantes, como pago completo del incremento de días dominicales y festivos, todas las comisiones y bonificaciones devengadas durante la relación laboral; condenar al

reconocimiento y pago de todos los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social de salud como de pensiones, con sus respectivos intereses de mora, teniendo como IBC todo lo devengado incluyendo las comisiones y bonificaciones durante toda la relación laboral; condenar al pago de la indemnización por no consignación completa del auxilio de cesantías de acuerdo con el artículo 99 numeral 3 de la ley 50 de 1990; condenar al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria; condenar a la reliquidación de la indemnización contenida en el artículo 64 del CST; condenar a la indexación de todas las sumas que resulten a favor de los demandantes; condenas ultra y extra petita, así como condena en costas. (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 2 a 29)

1.1. Hechos generales de los demandantes:

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señalaron que, prestaron sus servicios para la sociedad demandada mediante un contrato laboral a término indefinido; para el pago de los incrementos de los días dominicales y festivos no se tuvo en cuenta la totalidad de lo devengado mensualmente por los trabajadores; se le realizaron pagos parciales de sus prestaciones sociales y vacaciones; en reiteradas ocasiones le solicitaron a sus jefes inmediatos y personal directivo que se les realizara el pago completo, peticiones que fueron resueltas desfavorablemente; solo descansaban un día al mes; la sociedad demandada los hizo firmar otro sí que limitaban el pago de comisiones; para liquidar los incrementos de los días dominicales y festivos, solo se tenía en cuenta el valor del salario fijo mensual y no tenían en cuenta todo lo que en realidad devengaban; laboraron horarios superiores a las 8 horas diarias, horas extras que jamás fueron reconocidas por el empleador.

1.2. Hechos de Karen Juliana Parra Tirado:

Refiere que inició a laborar para la demandada el 2 de marzo de 2015 con un contrato a término indefinido, hasta el día 9 de noviembre 2018, cuando presentó renuncia voluntaria; su cargo inicial fue el de asesora comercial en los puntos de tienda Falabella Suba y Unicentro; en el año 2016 fue ascendida al cargo de jefe de Punto para la tienda Homecenter Cedritos y tienda Falabella Unicentro en las oficinas de seguros Falabella.

1.3. Hechos de Leidy Johanna Orduz Rubiano:

Indica que inició a laborar para la demanda del día 13 de abril de 2015 mediante contrato de trabajo a término indefinido, hasta el 01 de junio de 2019; el cargo desempeñado fue el de jefe de punto.

1.4. Hechos de Levy Milena de la Rosa Yépez:

Manifestó que laboró para la enjuiciada mediante un contrato laboral a término indefinido desde el 20 de octubre de 2014 hasta el 14 de octubre de 2016, desempeñado el cargo de asesor de punto.

1.5. Hechos de Ludy Paola Pedraza Díaz:

Sostuvo que laboró para la agencia de Seguros Falabella Ltda. mediante un contrato a término indefinido desde el 04 de abril de 2014 hasta el 06 de junio de 2019, siendo el último cargo desempeñado el de jefe de punto.

1.6. Hechos de María Milena Baquero Pérez:

Inició a laborar para la agencia demandada desde el 01 de diciembre de 2011 y laboro hasta el 1 primero de octubre de 2016, el cargo desempeñado fue el de jefe de punto.

1.7. Hechos de Sandra Janeth Vargas Salinas:

Sostuvo que ingresó a laborar con la encartada el día 14 de junio de 2011, hasta el 3 de septiembre 2018; inicialmente fungió como líder de punto, que después se convirtió en el cargo de jefe de punto.

1.8. Hechos de Hechos de Bruce Erwin Torres Robledo.:

Ingresó a laborar con la demanda el 16 de junio 2014 hasta 01 de febrero de 2018, interregno en el que desempeñó el cargo de jefe de punto.

1.9. Hechos de Daniel Alfonso Lobo Jácome:

Inició labores con la demandada el 12 de agosto de 2013 hasta el 02 de mayo de 2019, desempeñando el cargo de jefe de punto.

1.10. Hechos de Jonathan Quitian Caicedo:

Laboró con la compañía desde el 01 de abril de 2015 hasta el 02 de mayo de 2019, mediante contrato de trabajo a término indefinido y desempeñando el cargo de jefe de punto.

1.11. Hechos de Juan Miguel Guarín Vanegas:

Manifiesta que su vinculación con la demandada inicio el 1 de julio de 2015 hasta el 18 de agosto de 2017 mediante un contrato a término indefinido; el cargo de desempeñado fue el de asesor de punto.

1.12. Hechos de Andrés Mauricio Montano Patino:

Manifestó que desempeño el cargo de jefe de punto en el interregno del 15 de octubre 2013 hasta el 18 de octubre de 2016.

2. Contestación de la demanda. La Agencia de Seguros Falabella Ltda. se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, para ello adujo que Jhonathan Quitian Caicedo se vinculó con la empresa el 4 de abril de 2015 hasta el 2 de mayo de 2019; Leydy Johanna Orduz mantuvo contrato de trabajo entre el 13 de abril de 2015 al 1 de junio de 2019; Andrés Mauricio Montano Patino estuvo vinculado desde el 15 de octubre de 2013 hasta el 18 de octubre de 2016; Bruce Erwin Torres Robledo laboró para la compañía entre el 16 de junio de 2014 al 1 de febrero de 2018; Daniel Alfonso Lobo Jácome trabajo desde el 12 de agosto de 2013 al 2 de mayo de 2019; por su parte, Juan Miguel Guarín trabajó desde el 1 de julio de 2015 hasta el 18 de agosto de 2017; Karen Juliana Parra Tirado mantuvo contrato de trabajo desde el 2 de marzo de 2015 al 9 de noviembre de 2018; Levy Milena de la Rosa Yépez del 20 de octubre de 2014 al 14 de octubre de 2016; Ludy Paola Pedraza Diaz desde el 1 de abril de 2014 al 6 de junio de 2019; María Milena Baquero Pérez del 1 de diciembre de 2011 al 1 de octubre de 2016; Sandra Yaneth Vargas Salinas del 14 de junio de 2011 al 3 de septiembre de 2018.

Refirió que, durante la vigencia de la relación laboral con los demandantes se les remuneró de manera completa y oportuna los servicios prestados, adicionalmente, se tuvo en cuenta como factor salarial las comisiones causadas a favor de cada uno de ellos; de otro lado, señala que no les fue reconocida ninguna bonificación, por lo que, a cada uno de ellos les fue reconocidos en debida forma las prestaciones sociales y vacaciones, en esa medida no hay lugar a la reliquidación de estas. A su vez, indicó que, en lo que tiene que ver con el pago del trabajo dominical y festivo, el artículo 179 del CST es claro en señalar que

este se remunera con el 75% sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas y no como lo señalan los demandantes.

De otra parte, manifestó la convocada a juicio que a los trabajadores Jhonatan Quitian, Bruce Torres, Daniel Lobo, Juan Miguel Guarín, Ludy Paola Pedraza y Sandra Vargas, se les finalizaron los contratos de trabajo sin justa causa, con el pago de la correspondiente indemnización por despido sin justa causa de manera completa y oportuna de conformidad al artículo 64 del CST, sin que haya lugar a reliquidación alguna por dicho concepto. Respecto a los demás demandantes, indicó que, los mismos no se hicieron acreedores de dicha indemnización, teniendo en cuenta para ello lo siguiente: para el caso de Karen Parra, Levy de la Rosa y María Baquero, los contratos terminaron por renuncia voluntaria el 09 de noviembre de 2018, 24 de octubre de 2016 y 23 de septiembre de la misma anualidad respectivamente, en el caso de los trabajadores Leidy Orduz y Andrés Mauricio Montaña la desvinculación se produjo el 30 de mayo de 2019 y el 18 de octubre de 2016, respectivamente, por despido con justa causa; propuso como excepciones de fondo, las denominadas inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y genérica.

(Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 662 a 716, 721 a 723)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de noviembre de 2023, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la Agencia de Seguros Falabella Ltda. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y gravó en costas a cada uno de los demandantes.

La a quo fundamentó su decisión en que, no se encontraba en discusión la existencia de los contratos de trabajo entre los demandantes y la sociedad demanda, por ello, estableció que Karen Juliana Parra Tirado celebró contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 2 de marzo de 2015 hasta el día 9 de noviembre 2018, en el que se pactó como salario ordinario la suma de \$644.350 y que a partir del 1 de febrero de 2016, en virtud de otro sí, pasó a desempeñar el cargo de jefe de punto, con una remuneración salarial básica mensual de \$728.000 pesos; respecto de Leidy Johanna Orduz Rubiano, indicó que el 13 de abril de 2015 se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, hasta el 01 de junio de 2019, siendo su salario ordinario la suma de \$616.000, que a partir del 1 de febrero de 2016 se pactó una remuneración salarial básica mensual de \$689.455, en agosto de 2016, pasó a ocupar el cargo de jefe de punto, con una remuneración salarial básica mensual de \$728.000; en lo concerniente a Levy Milena de la Rosa Yépez, indicó que su vinculación se realizó mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de octubre de 2014 hasta el 14 de octubre de 2016, con un salario ordinario de \$616.000, a partir del 1 de febrero de 2016 se pactó un salario básico mensual de \$689.455; respecto de Ludy Paola Pedraza Diaz, sostuvo que celebró contrato de trabajo a término indefinido desde el 04 de abril de 2014 hasta el 06 de junio de 2019, con un salario ordinario \$616000, en otro sí de fecha 1 de febrero 2016, se pactó remuneración salarial básica mensual de \$728.000 pesos; frente a María Milena Baquero Pérez, indicó que ella celebró contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de diciembre del 2011 hasta el 1 de octubre de 2016, con salario ordinario la suma de \$535.600, a partir del 1 de marzo de 2014 se pactó un salario básico mensual de \$658.000 y a partir del 1 de febrero de 2019 se acordó un salario básico mensual de \$728.000; de otro lado y en lo que hace referencia al demandante, Daniel Alfonso Lobo Jácome indicó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 12 de agosto de 2013, que estuvo vigente hasta el 2 de mayo de 2019, se pactó como salario ordinario la suma de \$589.500, mediante otro sí de fecha 1 de febrero de 2016, se acordó una remuneración salarial básica mensual de \$728.000; Edwin Cruz Torres Robledo celebró un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente desde el 16 de junio de 2014 hasta el 1 de febrero de 2018, en el que se pactó como salario ordinario la suma de \$616.000 pesos; Jonathan

Quitian Caicedo firmó un contrato de trabajo a término indefinido el 1 de abril del 2015, el que estuvo vigente hasta el 2 de mayo de 2019, como salario ordinario se acordó la suma de \$644.350, mediante otro sí del 1 de febrero de 2016, se estableció una remuneración salarial básica mensual de \$689.455; finalmente, indicó que Juan Miguel Guarín Vanegas, acordó con la accionada una vinculación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo vigente desde el 1 de julio del 2015 hasta el 18 de agosto de 2017, su salario ordinario fue la suma de \$644.350 y mediante otro sí del 1 de febrero de 2016 se acordó una remuneración de \$689.455 pesos.

De otro lado, respecto al trabajo suplementario, indicó que, conforme pronunciamiento de la Salas de Casación Laboral de la CSJ, entre otras en las, sentencia 32637 del 15 de julio del 2008, reiterada SL 9318 de 2016, para que se produzca condena por este concepto, debe existir comprobación sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria, con el ánimo que no quede duda acerca de su ocurrencia, por lo que la prueba tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no les da habla al juzgado de hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas, probanzas que brillan por su ausencia en el presente expediente, en la medida que no existe medio de prueba que demuestre que los trabajadores laboraron una jornada en días dominicales y festivos que no haya sido liquidada y pagada en los desprendibles nomina aportadas al expediente, en esta medida, no existe lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones teniendo en cuenta este concepto.

Como segundo problema jurídico abordó lo relacionado con establecer si el valor de los dominicales y festivos cancelados por la demandada se encuentran debidamente calculados, para tal efecto, sostuvo que los demandantes acordaron en sus contratos de y uno o varios otrosíes, lo siguiente: *"cláusula primera remuneración las partes de común acuerdo y de manera libre y espontánea, han dispuesto que el trabajador, de conformidad con el numeral primero del artículo 132 del código sustantivo del trabajo, a partir del día 2 de marzo de 2015, devengará una remuneración salarial compuesta de la siguiente manera"* *"Primero remuneración salarial básica. Las partes ratifican que el trabajador devengará una remuneración básica mensual de \$644.350 pesos, la cual retribuye y compensa todas las actividades de gestión comercial, comercialización, venta, recaudos y demás actividades o pólizas contratadas que no generen comisiones, así como su servicio de Atención al Cliente y en general, todo lo concerniente a la difusión y comercialización de los productos y servicios que el empleador coloque a disposición de sus clientes"* *"Segunda remuneración salarial variable. Adicionalmente, el empleador reconocerá una remuneración variable en los casos en que esta se cause conforme a las políticas comerciales, metas y presupuesto que determine el empleador de forma mensual"*. *"Cláusula segunda causación de remuneración salarial variable. Las partes acuerdan que el trabajador devengará una remuneración salarial variable que se denomina comisión, la cual será el resultado de la aplicación de la siguiente fórmula, ventas anuales fugas por porcentaje de tabla aplicable por factor de calidad. Igual a comisión"*.

Por lo anterior y en consideración de lo dispuesto en el artículo 179 del CST, los pagos por trabajo en días dominicales o festivos se liquidan sobre un 75% del salario ordinario en proporción a las horas laboradas y no sobre todo los factores salariales que devengue el trabajador en vigencia de un contrato de trabajo, en la medida que cada uno de ellos es un factor independiente y diferente que tiene un motivo de causación disímil y una forma de remuneración también distinta. Y todos en conjunto como factores salariales que se incluyen como base para la liquidación de prestaciones sociales, salvo que en el contrato de trabajo, en los acuerdos celebrados entre las partes se haya pactado algo diferente, lo que no ocurrió en el presente caso, por tanto, los factores salariales no se tienen en cuenta entre sí para calcularlos, es decir, que las comisiones se causan y se liquidan conforme a las ventas generadas por los trabajadores sobre el salario básico y los dominicales y festivos se liquidan de acuerdo al número de días trabajados sobre el valor del salario ordinario, conforme lo dispuesto en la norma en cita; definido lo anterior, de acuerdo con los desprendibles de nómina y los certificados de aportes al sistema

general de Seguridad Social en pensiones, de cada uno de los actores, se acreditó que la agencia demandada liquidó en debida forma dichos conceptos.

Se planteó como tercer problema jurídico, determinar si las bonificaciones devengadas por cada uno de los demandantes durante la vigencia de su contrato de trabajo con la Agencia de Seguros Falabella constituían factor salarial y si es procedente la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema general de Seguridad Social integral; para ello, indicó que, de acuerdo con los desprendibles de nómina, se advirtió que fueron devengadas por parte de los demandantes las siguientes bonificaciones: en el caso de Lady Paola Pedraza Díaz recibió en el mes de mayo de 2019 un bono denominado bono quinquenio en la suma de \$300.000 pesos; por su parte Daniel Alfonso Jacome recibió en el mes de diciembre de 2018 un bono denominado bono quinquenio en la suma de \$300.000 pesos; la señora Leidy Johanna Ordúz Rubiano, recibió en los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2019 un bono denominado desprendibles de nómina como bonificación prestacional en la suma de \$80.000; Sandra Janeth Vargas Salinas recibió en el mes de mayo 2017 el bono denominado bono quinquenio, en la suma de \$200.000 pesos; el resto de los demandantes no recibieron bonificación alguna durante la vigencia de los contratos. Consideró que las bonificaciones denominadas bono quinquenio y bonificación prestacional que recibieron los demandantes antes relacionados, no constituyen factor salarial, teniendo en cuenta que fue una suma de dinero que ocasionalmente recibieron y no se trató de sumas habituales, periódicas y que remuneraban directamente sus servicios, conforme lo dispuesto en el artículo 128 del CST. (Expediente digital, archivos 29 y 30)

4. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: (i) ¿Los actores son acreedores al reconocimiento económico de los recargos dominicales y festivos adicionales a los ya pagados por la convocada a juicio?; (ii) ¿La remuneración de los recargos dominicales y festivos reconocidos por la accionada se encuentra ajustada a derecho?; y (iii) Resulta procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, teniendo en cuenta para ello, comisiones, bonificaciones y los pagos de días dominicales y festivos.

3. Relación laboral, extremos temporales y salario. Resulta importante dejar claro que no fueron objeto de discusión estos aspectos relacionados en los hechos de la demanda, lo cuales fueron debidamente aceptados por la sociedad convocada a juicio, por ello, resulta claro que entre los promotores de la Litis y la Agencia de Seguros Falabella Ltda., se celebraron los siguientes contratos de trabajo:

a) Karen Juliana Parra Tirado suscribió contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 2 de marzo de 2015 hasta el día 9 de noviembre 2018, en el que se pactó como salario ordinario la suma de \$644.350, desempeñando el cargo de asesor de punto, a partir del 1 de febrero de 2016, en virtud de otro sí, empezó a desempeñar el cargo de jefe de punto, con una remuneración salarial básica mensual de \$728.000 pesos.

- b) Leidy Johanna Orduz Rubiano, se vinculó con la accionada el 13 de abril de 2015, mediante contrato de trabajo a término indefinido, hasta el 01 de junio de 2019, con un salario de \$616.000, la que se incrementó a partir del 1 de febrero de 2016 en la suma de \$689.455, siendo su último cargo el de jefe de punto, con una remuneración salarial básica mensual de \$1.250.000.
- c) Levy Milena de la Rosa Yépez, fue contrata el 20 de octubre de 2014 mediante contrato de trabajo a término indefinido, vínculo que se mantuvo hasta el 14 de octubre de 2016, el salario pactado fue de \$616.000, a partir del 1 de febrero de 2016, el mismo se incrementó \$689.455, el último cargo desempeñado fue el de asesor de punto.
- d) Ludy Paola Pedraza Diaz, celebró contrato de trabajo a término indefinido el 1 de abril de 2014 hasta el 06 de junio de 2019, con un salario ordinario \$616.000, en otro sí adiado 1 de febrero 2016, se pactó remuneración salarial básica mensual de \$728.000 pesos, el último cargo desempeñado fue el de jefe de punto.
- e) María Milena Baquero Pérez, firmó con la accionada, contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de diciembre del 2011 hasta el 1 de octubre de 2016, estableciéndose como salario ordinario la suma de \$535.600, a partir del 1 de marzo de 2014 se pactó un salario básico mensual de \$658.000 y partir del 1 de febrero de 2019 se acordó un salario básico mensual de \$728.000, último cargo desempeñado fue el de jefe de punto.
- f) Daniel Alfonso Lobo Jácome inició vinculación laboral el 12 de agosto de 2013, mediante contrato de trabajo a término indefinido, vigente hasta el 2 de mayo de 2019, en donde se pactó como salario ordinario la suma de \$589.500; mediante otro si de fecha 1 de febrero de 2016, se acordó una remuneración salarial básica mensual de \$728.000, siendo el ultimo cargo desempeñado el de jefe de punto.
- g) Bruce Erwin Torres Robledo celebró un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente desde el 16 de junio de 2014 hasta el 1 de febrero de 2018, se pactó como salario ordinario la suma de \$616.000 pesos, durante su vigencia detentó el cargo de asesor de punto, luego jefe de punto, siendo su última remuneración ordinaria de \$815.000.
- h) Jonathan Quitian Caicedo firmó un contrato de trabajo a término fijo el 1 de abril del 2015, el que mantuvo vigente hasta el 2 de mayo de 2019, como salario ordinario se acordó la suma de \$644.350, mediante otro sí del 1 de febrero de 2016, se estableció una remuneración salarial básica mensual de \$689.455, el último cargo desempeñado fue el de jefe de punto.
- i) Juan Miguel Guarín Vanegas, acordó con la accionada una vinculación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo vigente desde el 1 de julio del 2015 hasta el 18 de agosto de 2017, su salario ordinario fue la suma de \$644.350, modificado en otro sí del 1 de febrero de 2016, en la suma de \$689.455 pesos, el último cargo desempeñado fue el de asesor de punto.
- j) Andrés Mauricio Montaña Patiño estuvo vinculado desde el 15 de octubre de 2013 hasta el 18 de octubre de 2016, mediante contrato de trabajo a término indefinido, con un salario inicial de \$589.500, el que fue incrementado en la suma de \$658.000 a partir de mayo de 2014, ejerciendo como ultimo cargo el de jefe de punto.

k) Sandra Yaneth Vargas Salinas, suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 14 de junio de 2011, para ejercer el cargo de líder de punto, con una asignación salarial de \$535.600, siendo el último cargo jefe de punto con un salario de \$815.500, nexo laboral que se mantuvo hasta el 3 de septiembre de 2018.

En todo caso, estas circunstancias fácticas se encuentran acreditadas con la documental allegada al plenario, como los son, contrato de trabajo, otros síes, desprendibles de pago de nómina, liquidación final de prestaciones sociales, certificaciones laborales y carta de terminación contrato de trabajo (Expediente electrónico, PDF 02PruebasContestacionFalabella).

4. Recargos dominicales y festivos. Los gestores de la presente acción pretenden que la encartada le reconozca el trabajo dominical y festivo que aduce ejecutó, adicionales a los ya reconocidos por la convocada a juicio, en virtud de ello, se condene al pago de la reliquidación de prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social, vacaciones, dada la citada incidencia salarial. Petición a la que se opone enfáticamente la accionada, significando que, durante la vigencia de la relación laboral con cada uno de ellos, se les remuneró de manera completa y oportuna los servicios prestados.

Perfilado así el debate que llama la atención de la Sala, es del caso precisar que en tratándose de trabajo suplementario cual sea la denominación que se le atribuya, impone al actor probar con claridad y precisión el número de horas extras servidas, toda vez que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., quien alega la existencia de una obligación debe probarla, no siendo suficiente afirmar simplemente que se laboró en tiempo extra, diurno o nocturno, días dominicales o feriados, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que afirmar no es probar.

En esa medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, **debe ser diáfana, precisa y clara**; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que efectivamente lo ha trabajado.¹ (*Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53*)

Bajo ese contexto, la Sala de entrada advierte que la prueba aportada al plenario a fin de acreditar el trabajo dominicales y festivos, adolece de la precisión requerida, en tanto que no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboraron los accionante al servicio de su empleador, más allá de los ya reconocidos por este, el tiempo suplementario o complementario que reclama, ni los horarios en que lo trabajó, conclusión a la que se arriba, luego de examinar el haz probatorio y que deja en evidencia el error en la intelección a la que llegó el Juzgador de primer grado, cuando dijo que se encontraban demostrados en el plenario.

¹ "la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas">

Lo anterior, si se tiene en cuenta que fueron allegados como medio de convicción los contratos de trabajo, los otrosíes, liquidaciones finales y comprobantes de pago, mismos que no demuestran cómo se desarrolló la jornada laboral de los precursores de la acción y si ellos ejecutaron sus actividades de asesor y jefe de punto más allá de sus horarios o del trabajo suplementario reconocido por la llamada a juicio, pues frente a dicho supuesto ningún dato puede extraerse de las documentales referidas, en tanto que, sólo se relaciona en los desprendibles de nómina el pago la mensualidad a cancelar, el nombre del empleador y del trabajador.

Aunado lo anterior, se debe hacer hincapié que del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la Agencia de Seguros Falabella Ltda. ninguna confesión se desprende en los términos del artículo 191 del CGP, por el contrario, el deponente señaló que los trabajadores recibieron el pago de los recargos por trabajo en dominicales y festivos, ello, de acuerdo con la franja horaria en la que prestaron sus servicios, conceptos que se vieron reflejados en los desprendibles de nómina de cada uno de ellos.

Ahora, si bien es cierto, los mismos demandantes en sus interrogatorios de parte refirieron que, adicional a los recargos dominicales y festivos ya reconocidos, los mismos no han sido reconocidos en su totalidad, aparte de ellos fueron causados otros, los que nunca fueron remunerados, a pesar de tales afirmaciones no se encuentra sustento probatorio, con ninguno de los medios de conviccios arrimados el plenario; así las cosas, surge evidente la improcedencia del reconocimiento de los recargos dominicales y festivos reclamados por carecer de probanza que permita efectivamente determinarlos con precisión y exactitud, resultando, notorio en el presente asunto que la A quo acertó en su decisión, por lo que ningún reparo le merece en lo que a este asunto objeto de estudio se refiere.

5. Remuneración de los recargos dominicales y festivos. De otro lado, los promotores de la contienda en el libelo genitor, argumentan que la agencia demandada, no incluyó en el pago de los recargos dominicales y festivos, todos los factores como comisiones y bonificaciones devengadas por los demandantes durante toda la relación laboral, en contraposición a tal afirmación, la enjuiciada manifiesta que, en lo que tiene que ver con el pago del trabajo dominical y festivo, el artículo 179 del CST es claro en señalar que este se remunera con el 75% sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas y no con los conceptos pretendidos por la parte demandante.

A efectos de solventar este problema jurídico, se tiene que, en efecto, tal y como lo dispone el artículo 179 del CST, el trabajo excepcional en domingo debe remunerarse con un recargo del 75% sobre el **salario ordinario** en proporción a las horas laboradas, así las cosas, en torno a la definición de este concepto se tiene que en la sentencia CSJ SL, 18 abr. 1975, GJ CLI, n.º 2392, Reiterada en la sentencia SL2597-2023, en donde se adoctrinó lo siguiente:

¿Qué se debe entender por salario ordinario? El punto lo define, sin lugar a duda, el artículo 127 del estatuto laboral, cuando asienta: "Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria (subraya la Sala), sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras; valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas, comisiones o participación de utilidades".

Véase, pues, que esta norma presenta dos elementos integrantes del salario: a) La remuneración fija u ordinaria; b) Otra retribución que podría llamarse: extraordinaria, según surge con claridad de los mismos ejemplos que trae: "primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades", sumas que el trabajador no recibe ordinariamente, o en

forma fija, sino de manera extraordinaria, cuando se ha encontrado en una o algunas de tales circunstancias que acrecientan o aumenta la citada remuneración fija u ordinaria. El primer elemento, pues, es lo que común o regularmente paga el patrono al trabajador y el segundo lo que le cubre en algunos casos, en determinadas circunstancias fuera de lo ordinario. Por eso, aquél es fijo u ordinario, mientras que éste es extraordinario, porque se percibe algunas veces y no en todos los períodos convenidos para el pago del salario.

De acuerdo con los anteriores derroteros, resulta diáfano para esta colegiatura que los conceptos que se pretenden incluir por el extremo actor para efectos de liquidar los recargos dominicales y festivos no tienen cabida en el presente juicio, como quiera que, conceptos tales como comisiones y bonificaciones no pueden ser entendidos como "salario ordinario", pues bajo los postulados de la sentencia traída a colación, estos emolumentos tienen la connotación de extraordinarios, lo que tajo, se descartan para la determinación de los pretendidos recargos, como acertadamente lo concluyó la juzgadora de instancia, lo que conlleva a que las aspiraciones de los accionantes se hagan nugatorias.

6. Reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones. De otro lado, solicita el extremo actor que se disponga la reliquidación de estos conceptos, teniendo en cuenta, además de los recargos de días dominicales y festivos, los que no tuvieron vocación de prosperidad, todas las comisiones y bonificaciones devengadas durante la relación laboral; sobre el particular, sostuvo la encartada que, de acuerdo con la de la documental que se anexa con el escrito de demanda y la que se aporta con la contestación, no se desprende el reconocimiento y pago de bonificaciones a los demandantes, y en esa medida se trata de una pretensión carente de sustento factico, jurídico y probatorio.

Para ello cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar que:

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

Señala además la CSJ que *"aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."*

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

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

En línea con lo expuesto y luego de valorada la prueba documental adosada al expediente, específicamente los desprendibles de nómina de cada uno de los precursores de la litis, se tiene que únicamente recibieron bonificación por quinquenio los siguientes trabajadores: Ludy Paola Pedraza Diaz en mayo de 2019 (Expediente electrónico, PDF 02PruebasContestacionFalabella, pág. 299), Daniel Alfonso Lobo Jácome en diciembre de 2018 (Expediente electrónico, PDF 02PruebasContestacionFalabella, pág. 566), Sandra Janeth Vargas Salinas en mayo 2017 (Expediente electrónico, PDF 02PruebasContestacionFalabella, pág. 437), también se avizora que, a Leidy Johanna Orduz Rubiano, le fue pagada una bonificación prestacional en los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2019 (Expediente electrónico, PDF 02PruebasContestacionFalabella, pág. 299), a pesar de la demostración de estos devengos, los mismos no cuentan con incidencia salarial en la medida que estos no son habituales y periódicos, conforme lo dispone el artículo 128 del CST, sumado lo anterior, debe tenerse presente que en los mismos contratos de trabajo se les resto incidencia salarial, al señalarse que *"disponen expresamente las partes que no constituye salario n factor del mismo, los auxilios o beneficios habituales u ocasionales*

existentes o los que en el futuro llegara a reconocer EL EMPLEADOR así quedó plasmado en las cláusulas decima primera y segunda de la referida prueba documental (Expediente electrónico, PDF 02PruebasContestacionFalabella, pág. 245 a 249, 380 a 384, 525 a 529 y 591 a 596), pacto de exclusión que no es controvertido en el presente juicio. Respecto de los demás trabajadores no se demuestra que devengaran suma alguna por este concepto.

En lo concerniente a las comisiones, ninguna duda genera que este concepto constituye factor salarial, pues así claramente lo señala el artículo 127 del CST, no solo por ser un pago habitual, sino por remunerar la prestación del servicio, adicionalmente en los otrosíes a los contratos de trabajo es establecen que estos conceptos hacen parte del componente de remuneración variable y para causación se estableció que el mismo se determinaría tras la aplicación de la siguiente formula: "*(VENTAS ANUALES - FUGAS) * (% DE TABLAS APLICABLES) * (FACTOR DE CALIDAD) = COMISIÓN*", al ser ello así, lo primero que se debe hacer notar es que, por el extremo actor se discute que estos emolumentos no fueron tenidos en cuenta para el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad, afirmación que resulta ser desacertada, en la medida que de la simple lectura de los desprendibles de nómina y las liquidaciones finales, los valores hallados se determinaron por parte del empleador teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino el componente variables, esto es las comisiones, lo que tornan improcedentes las suplicas de la demanda, más aún cuando en esta litis no se discute por los convocantes los valores y la forma en que fueron liquidadas las comisiones.

Por lo anterior, ningún reparo merece la decisión adoptada por la juzgadora de instancia, en la medida que la misma se adoptó teniendo en cuenta para ello, el material probatorio que reposa en el paginario, lo que impone su confirmación, como quiera que, no fue demostrado en juicio que hayan sido indebidamente liquidadas las acreencias laborales de los accionantes.

7. Costas en esta instancia. Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, además de revisarse la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la demandante.

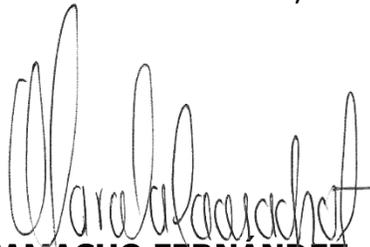
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2023, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: AMANDA CECILIA PÉREZ
Demandado: COLPENSIONES
Radicación: 110013105-028-2021-00546-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA – RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – MODIFICA Y REVOCA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Amanda Cecilia Pérez, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito que se disponga la reliquidación y pago de la Pensión de Vejez a partir del 15 de abril de 2012, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% sobre el ingreso base de liquidación de los últimos 10 años, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. También solicita el reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 15 de abril de 2012 hasta la fecha en que se verifique su pago, generados por la demora injustificada en la reliquidación de la pensión de vejez.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el día 27 de enero de 1954, cumpliendo los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2009 y estuvo afiliada al Sistema General de Pensiones a través de Cajanal desde el 01 de enero de 1973; refiere que, a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, al 01 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad y más de 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, conforme lo exigido por el Acto Legislativo 01 de 2005. A su vez, manifiesta que cotizó 1.418 semanas a Cajanal y al ISS hoy Colpensiones.

Sostuvo que, mediante Resolución N° 33921 del 26 de septiembre de 2011, el ISS le reconoció pensión de vejez, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990; prestación que fue reconocida en cuantía inicial de \$939.177 efectiva a partir del 01 de octubre de 2011, resolución frente a la cual fue presentado recurso de reposición, como consecuencia de ello, Colpensiones mediante Resolución N° GNR 216337 del 13 de junio de 2014, dispuso reliquidar la pensión en cuantía de \$1.039.880, a partir del 01 de octubre de 2011; por otro lado, indica que el 15 de abril de 2015 radicó ante Colpensiones derecho de petición solicitando la reliquidación de la pensión, solicitud que fue resuelta mediante Resolución N° GNR 222401 del 26 de julio de 2015, por ello, la demandada reliquidó la prestación en cuantía de \$1.231.674 a

partir del 15 de abril de 2012, teniendo en cuenta para ello, una tasa de reemplazo del 81% del ingreso base liquidación; a pesar de lo anterior, manifiesta que al momento de liquidarse no se tuvo todo el tiempo cotizado al Sistema General de Pensiones, esto es, lo cotizado a Colpensiones como a las Cajas; finalmente refiere que el 14 de mayo de 2021 solicitó ante Colpensiones nuevamente la reliquidación de la pensión, sin que la misma haya sido respondida de fondo, agotándose de esta forma la reclamación administrativa (Expediente electrónico, PDF 07SubsanacionDemanda, págs. 4 a 11).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF10Agencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones de la demandada. La demanda se tuvo por no contestada, conforme lo dispuesto en proveído del 23 de marzo de 2023 (Expediente electrónico, PDF 07SubsanacionDemanda, págs. 4 a 11).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de julio de 2023, en la que la falladora de primera instancia condenó a la enjuiciada a la reliquidación pensional, conforme las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y como consecuencia de ello, dispuso el reconocimiento de \$38.976.505,25 por concepto de retroactivo pensional causado desde el 15 de abril de 2012 al 30 de junio de 2023, suma que debe ser debidamente indexada. Aunado lo anterior, autorizó que se descuente del retroactivo, el porcentaje de los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud absolvió de las demás pretensiones y grabó en costas a Colpensiones.

El quo fundamentó su decisión en que no se encontraba en discusión que, la demandante era beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que le resultaba aplicable lo dispuesto el Decreto 758 de 1990, según se desprendía del contenido de las Resoluciones Resolución N° 33921 del 26 de septiembre de 2011, GNR 216337 del 13 de junio de 2014 y N° GNR 222401 del 26 de julio de 2015, esta última en la que se reliquidó la prestación en cuantía de \$1.231.674 a partir del 15 de abril de 2012, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 81% del ingreso base liquidación, para lo cual, se tuvo en cuenta un total de 1.418 semanas, los cuales correspondían a los tiempos de servicios de la Gobernación del Vaupés y los Cotizados en Colpensiones.

De acuerdo con lo anterior, estableció que los pronunciamientos de Colpensiones han estado en concordancia con los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con la posibilidad de acumular tiempos públicos y privados en el marco de los establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; a pesar de ello, advirtió que al acreditarse más de 1.250 semanas cotizadas, debía incrementarse la tasa de reemplazo de 81% al 90% del ingreso base de liquidación, conforme lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Reseñó que el IBL hallado por Colpensiones fue controvertido por la parte actora, por lo que, a partir de la historia laboral y el CETIL allegados al plenario que, determinó que el de toda la vida era de \$966.761, mientras que el de los últimos 10 años, correspondía a \$1.546.209, siendo este último el más conveniente para la demandante, y por ello, al aplicársele la tasa de reemplazo del 90% a partir del 15 de abril 2012, se tiene como primera mesada, la suma de \$1.391.588.

Advirtió que la parte actora había aportado la Resolución SUB 2664968 del 11 de octubre de 2021, en donde se dispuso la reliquidación de la pensión a partir del 14 de

mayo de 2018 en cuantía de \$1.572.567, a pesar de ello, se mantuvo la tasa de reemplazo del 81%, sin que mediara ninguna justificación para ello, resultando ser este valor inferior al hallado por el Juzgado, existiendo diferencias a favor de la demandante, por concepto de retroactivo entre el 15 de abril de 2012 al 30 de junio de 2023, sin perjuicio de las que se sigan causando hasta el momento que se haga el reajuste.

Respecto a los intereses moratorios, señaló que no resultaban procedentes en la medida que existió un cambio de jurisprudencia que permitió la acumulación de tiempos de servicios públicos y privados, adicionalmente, la demandada no se encontraba en mora de actualizar el valor de la mesada pensional por razón del número de semanas cotizadas en el sector público, puesto que en la Resolución GNR 222401 del 26 de julio de 2015, estos tiempos fueron tenidos en cuenta, por lo que se absolvió de esta pretensión y ordenó que el retroactivo fuera indexado, por existir pérdida del poder adquisitivo por el simple transcurrir del tiempo (Expediente electrónico, archivos 19 y 20).

5. Impugnación y límites del ad quem. Fueron propuestos recursos de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. Demandante. Formuló recurso de apelación solicitando que se revoque la absolución de los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, para que en su lugar se proceda a su condena, teniendo en cuenta que, la demandante tiene derecho a ellos a partir del 15 de abril de 2012 y hasta que se verifique su pago, por la demora injustificada en la reliquidación de la pensión de vejez, pues desde la Resolución GNR 222401 del 26 de julio de 2015 la entidad reconoció que la accionante contaba con más de las 1.250 semanas y a pasar de ello, mantuvo injustificadamente una tasa de reemplazo del 81%.

5.2 Colpensiones Interpuso recurso de apelación argumentando que, no hay lugar acceder a las pretensiones de la demanda, en vista que una vez consultado el aplicativo de nómina, se evidenció que la señora Amanda Pérez para el año 2021 se encontraba devengando una mesada de \$1.705.256; y en una nueva reliquidación, con aplicación del principio de favorabilidad, se reconoció la prestación en los términos del Decreto 758 de 1990, a partir del 14 de mayo de 2018, por lo que para el año 2021 la mesada ascendió a la suma de \$1.711.349. Finalmente, indica que, no hay lugar a la imposición de costas, en la medida que la entidad ha actuado en derecho y de buena fe.

6. Alegatos. La parte actora alegó en su favor que la demora injustificada en la reliquidación de la pensión de vejez da lugar al pago de los intereses moratorios, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ha dispuesto la sala de Casación Laboral de la CSJ.

Por sus parte, Colpensiones solicita que se absuelva de las suplicas de la demandada, teniendo en cuenta que la entidad al momento de reconocer y/o reliquidar una pensión, acoge el lineamiento jurisprudencial plasmado en las sentencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210/2017, SU 395 de 2017, SU 023 de 2018, SU-068 de 2018 y la T-109 de 2019 de la Corte Constitucional, así como la Sentencia del 28 de agosto de 2018 del Honorable Consejo de Estado, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por la demandante y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿La promotora del proceso tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez teniendo como tasa de reemplazo el 90% de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 750 de 1990 como consecuencia de la acumulación de tiempos públicos y privados cotizados? (ii) ¿Resulta procedente impartir condena por concepto de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 15 de abril de 2012? y (iii) ¿Procede la imposición de costas a instancia de Colpensiones?

3. Reliquidación pensional. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, lo primero que se debe anotar es que en el presente proceso no se discute que la demandante nació el 27 de enero de 1954 y es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Tampoco, que el derecho pensional se concedió a partir del 1 de octubre de 2011 en cuantía inicial de \$939.177, que mediante resolución GNR 216337 del 13 de junio de 2014, se reconoció la prestación en cuantía de \$1.039.880; en este mismo sentido, no se controvierte que en la Resolución GNR 222401 del 26 de julio de 2015, se reliquida una vez más la prestación y para ello, se tuvo en cuenta el tiempo laborado en el sector público, esto es, para la Gobernación del Vaupés entre el 28 de febrero de 1973 al 31 de enero de 1976 y del 16 de febrero de 1978 al 18 de febrero de 1981, más los tiempos privados cotizados en el otrora ISS hoy Colpensiones, para un total de 1.418 semanas, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, se determinó como IBL \$1.520.585, que luego de aplicarle un tasa de reemplazo del 81%, arrojaba como primera mesada la suma de \$1.231.674 a partir del 15 de abril de 2012, sin embargo, al determinar este porcentaje solo tuvo en cuenta lo cotizado al ISS.

(Expediente electrónico, PDF 07SubsanacionDemanda, págs. 17 a 23).

Tampoco se puede dejar de lado que, en Resolución SUB 264968 del 11 de octubre de 2021, Colpensiones en respuesta a la solicitud elevada por la convocante a juicio el 14 de mayo de 2021, procedió a reliquidar por tercera ocasión la pensión de vejez de la accionante, a partir del 14 de mayo de 2018, en virtud del término trienal dispuesto en los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPT y SS, estableciendo que, a partir de esta data el valor de la mesada pensional ascendería a \$1.572.567, para ello se tuvo en cuenta un tiempo de servicio equivalente a 1.149 semanas, es decir, las cotizadas exclusivamente a Colpensiones, manteniendo en todo caso la tasa de reemplazo del 81% (Expediente electrónico, PDF 18Resolucion).

Así las cosas, la discusión conforme la plantea la parte demandada radica en que, para la reliquidación de la pensión de vejez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990, Colpensiones debe tener en cuenta todo el tiempo cotizado al sistema pensional, esto es, el cotizado a cajas o fondos de previsión social y el tiempo cotizado al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% sobre el ingreso base de liquidación.

Acorde con la situación planteada, es necesario señalar que la Ley 100 de 1993, introdujo un nuevo régimen de seguridad social que entró a regir el 1 de abril de 1994, normatividad que de acuerdo a los principios que regulan la seguridad social, protegió las expectativas legítimas de ciertas personas que a la fecha tuvieran cumplidos algunos requisitos como edad o tiempo de servicios, consagrando un régimen de transición, que permite acudir en ciertos y específicos asuntos, a la norma que los gobernaba previa a la expedición de la citada ley, los cuales son:

- La edad,
- Tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y
- Monto de la pensión de vejez allí consagrado, entendiéndose el monto como el porcentaje o tasa de reemplazo con el que se liquida la pensión y no como el IBL, que corresponde a los salarios devengados por el trabajador o la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso.

Así mismo, respecto del Ingreso Base de Liquidación de la pensión de vejez de las personas beneficiarias de régimen de transición, se debe resaltar que el Legislador hizo pronunciamiento expreso, conforme se observa en el inciso 3º del artículo 36 y el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, para quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho que "será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior" o para quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones les faltare 10 o más años para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el ingreso base de liquidación se determina con "el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia" o "Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

Ahora, debe decirse que, para efectos de resolver el problema jurídico suscitado, relacionado con la inclusión de tiempos públicos no cotizados al ISS a fin de dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, como lo pretende la demandante para poder acceder a la reliquidación pensional, ésta Sala de Decisión Laboral ha admitido tal postura con sustento en lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU - 769 de 2014.

Criterio aquel que distaba del empleado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la medida que consideraba que el parágrafo de la citada disposición, es decir, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que "*para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso 1 del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.*"; hacía referencia únicamente a la pensión de vejez regulada íntegramente por la Ley 100 de 1993, en la que no hay duda que no deben excluirse las cotizaciones efectuadas con anterioridad a entrar en vigor de ese cuerpo normativo.

Lo anterior, en concordancia con lo previsto en el parágrafo primero, literal b) del artículo 33 de la ley 100 de 1993 y literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que permite, para acceder a la pensión por vejez, computar semanas cotizadas al ISS y tiempo servido en calidad de servidor público remunerado, pero solo en el evento de

que la pensión se reconozca bajo los requisitos de la nueva ley de seguridad social, y no al amparo de reglamentaciones distintas, como el Acuerdo 049 de 1990.

En ese orden, el requisito de densidad de cotizaciones debía regirse íntegramente por lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, estatuto que no permite o no ofrece la posibilidad de incluir en la suma de semanas de cotización, las realizadas en cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, ni el tiempo trabajado como servidor público, como si lo permite la pensión regulada por Ley 100 de 1993, por lo que era imposible acumular tiempos de servicios privados y públicos, para estructurar la pensión bajo la directrices del prenombrado acuerdo; como ya se dijo, según criterio y postura que adoptó la Sala Casación Laboral en distintos pronunciamientos que ha utilizado para resolver caso similares y por vía de ejemplo cita la Corporación las sentencias SL 13260-2015, SL 16810-2016 y SL 4010-2019.

Sin embargo, dicha postura fue recogida por la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1947-2020, misma que modificó sustancialmente el precedente, acotando que las pensiones de vejez reguladas por el citado Acuerdo, si permiten la sumatoria de tiempos tanto públicos como privados para ser acreedor de la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, indicándose que el correcto entendimiento del párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como las demás disposiciones a las que se hizo antes referencia, no es cómo se esbozó, sino:

"La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens."

En armonía con tal tesitura, que ratifica lo ya dicho por esta Corporación, siguiendo el criterio ya señalado en sentencia SU - 769 de 2014, que encaja perfectamente en el presente caso, se concluye que, tal como lo coligió el sentenciador de primer grado es

posible sumar tiempos no cotizados al Seguro Social no solo con el fin de completar la densidad de semanas exigida como requisito para acceder a la pensión de vejez bajo las prerrogativas consagradas en el régimen anterior, cual es el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en armonía con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino para obtener la reliquidación de la prestación otorgada al amparo del citado acuerdo, conforme se precisó con posterioridad en sentencias SL2557-2020, SL2776-2021 y SL3801-2021, SL3484-2022 y SL1078-2023, criterio que no fue desconocido por Colpensiones, en la medida que, en Resolución N° GNR 222401 del 26 de julio de 2015, reliquidó la prestación teniendo en cuenta los tiempos de servicio público en la Gobernación del Vaupés en el interregno del 28 de febrero de 1973 al 31 de enero de 1976 y del 16 de febrero de 1978 al 18 de febrero de 1981 y por ello, determinó como primera mesada pensional \$1.231.674 a partir del 15 de abril de 2012. A pesar de lo anterior, se hace hincapié que dicha entidad determinó como tasa de reemplazo el 81% del ingreso base liquidación. También se debe acotar que posterior a ello, la entidad accionada en la Resolución SUB 264968 del 11 de octubre de 2021, abandona dicho criterio y en un entendimiento errado de la sentencia SU – 769 de 2014, condicionó la sumatoria de estos tiempos de servicio públicos y privados, a que el derecho a la pensión haya sido causado entre el 16 de octubre de 2014 (fecha de expedición de esta providencia) y el 31 de diciembre de 2014 (fecha de finalización del régimen de transición), restricciones que no se fueron planteadas en la providencia en cita, pues los lineamientos para la acumulación de estos tiempos de servicio fueron dilucidados en forma pretérita y sin que allí se contemplara el expuesto por la convocada a juicio.

Así las cosas, sumando las cotizaciones efectivamente realizadas con los tiempos de servicio público y particular, se tiene una densidad de semanas equivalentes a 1.475,28, conforme se observa de la historia laboral emitida por la encartada y la certificación electrónica de tiempos laborados CETIL, que señalan tiempo de servicios públicos desde el 28 de febrero de 1973 al 31 de enero de 1976 y del 16 de febrero de 1978 al 18 de febrero de 1981 para la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés y del 13 de octubre de 1988 al 31 de diciembre de 2011, para diferentes empleadores del sector privado, operación que resulta factible para la reliquidación pensional pretendida, habida cuenta de que resulta viable en términos de la línea jurisprudencial que impera en el seno de las altas corporaciones, de allí que resulte aplicable la tasa de reemplazo para efectos de calcular el monto de la mesada pensional, la correspondiente al 90% conforme a lo indicado en el artículo 20 ejusdem, sobre el ingreso base de liquidación de \$1.526.019,01, determinado por Colpensiones en la Resolución SUB 264968 del 11 de octubre de 2021, pues contrario a lo sostenido por la juzgadora de instancia, de ningún modo este valor, ni el determinado en la Resolución GNR 222401 del 26 de julio de 2015, fueron discutidos o controvertidos por el extremo activo, por ello, se establecerá como primera mesada pensional \$1.373.417,10, para el 15 de abril de 2012, valor que dista del dispuesto por la juzgadora de primera instancia.

Entonces al acreditar 1.475,28 semanas de aportes en toda su vida laboral incluyendo las sufragadas en los entes públicos, le permiten acceder a una tasa de reemplazo de 90%, como se estableció por parte de la Juez cognoscente y no de 81%, como lo indicó el extremo pasivo en las Resoluciones tantas veces citadas, por lo anterior, no hay lugar a acoger los argumentos expuesto por Colpensiones al momento de formular el recurso de apelación.

Teniendo en cuenta las anteriores elucubraciones, se impone modificar la sentencia consultada, para en su lugar, establecer el valor del retroactivo, conforme el IBL hallado

por Colpensiones en las Resoluciones GNR 222401 del 26 de julio de 2015 y SUB 264968 del 11 de octubre de 2021, se itera, frente a ellos no se presentó disquisición alguna, según lo esbozado en el libelo genitor.

4. Retroactivo diferencias pensionales. Como quiera que existen diferencias a favor de la parte actora al contrastar la mesada pensional determinada por esta Sala y la que venía reconociendo Colpensiones, hay lugar a ordenar el retroactivo por diferencias pensionales, ello con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP, en tanto que la condena se debe extender hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia. Así entonces, al realizar los cálculos matemáticos se obtiene un valor de **\$ 26.257.951,00**, correspondiente a diferencia de las mesadas causadas entre 15 de abril de 2012 al 30 de noviembre de 2023, y a partir del 1º de diciembre de 2023 Colpensiones deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a \$2.271.858,98, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, la cual se pagará por 13 mesadas pensionales, por haberse causado la prestación con posterioridad a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

| RETROACTIVO PENSIONAL | | | | | | |
|---|--------|------------------|--------------|--------------------|-----------|-------------------------|
| Año | IPC | Valor reconocido | Valor real | Diferencia mensual | # mesadas | Retroactivo diferencia |
| 2012 | 2,44% | \$ 1.231.674 | \$ 1.373.417 | \$ 141.743 | 10 | \$ 1.417.431 |
| 2013 | 1,94% | \$ 1.261.727 | \$ 1.406.928 | \$ 145.201 | 13 | \$ 1.887.619 |
| 2014 | 3,66% | \$ 1.286.205 | \$ 1.434.223 | \$ 148.018 | 13 | \$ 1.924.233 |
| 2015 | 6,77% | \$ 1.333.280 | \$ 1.486.715 | \$ 153.435 | 13 | \$ 1.994.661 |
| 2016 | 5,75% | \$ 1.423.543 | \$ 1.587.366 | \$ 163.823 | 13 | \$ 2.129.700 |
| 2017 | 4,09% | \$ 1.505.397 | \$ 1.678.640 | \$ 173.243 | 13 | \$ 2.252.154 |
| 2018 | 3,18% | \$ 1.566.968 | \$ 1.747.296 | \$ 180.328 | 4 | \$ 721.312 |
| 2018 (Reliquidación Resolución SUB 264968 de 2021) | 3,18% | \$ 1.572.567 | \$ 1.747.296 | \$ 174.729 | 9 | \$ 1.572.561 |
| 2019 | 3,80% | \$ 1.622.575 | \$ 1.802.860 | \$ 180.285 | 13 | \$ 2.343.705 |
| 2020 | 1,61% | \$ 1.684.233 | \$ 1.871.369 | \$ 187.136 | 13 | \$ 2.432.764 |
| 2021 | 5,62% | \$ 1.711.349 | \$ 1.901.498 | \$ 190.149 | 13 | \$ 2.471.933 |
| 2022 | 13,12% | \$ 1.807.527 | \$ 2.008.362 | \$ 200.835 | 13 | \$ 2.610.854 |
| 2023 | | \$ 2.044.675 | \$ 2.271.859 | \$ 227.184 | 11 | \$ 2.499.024 |
| TOTAL | | | | | | \$ 26.257.951,00 |

En este sentido se modificará la sentencia consultada.

Se autoriza igualmente a Colpensiones para que descuenta del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno, conforme lo dispuso la juzgadora de primer conocimiento.

No hay lugar a efectuar análisis frente a la prescripción, en la medida que, mediante proveído del 23 de marzo de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Colpensiones.

5. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Establecido los anteriores supuestos, esta colegiatura centrará su estudio en las argumentaciones esbozadas por la parte demandante, en torno al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago completo de la pensión de vejez, discurriendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a ello, lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

La doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables **a todo tipo de pensiones reconocidas en virtud de un mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

En este punto, resulta relevante destacar que, aunque en sentencia **SL1681-2020**, se dijo que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, **reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, la Sala, en virtud del respeto del precedente constitucional y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de control abstracto y unificación de la Corte Constitucional, acoge el criterio en su integridad sobre la material fijado en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018, según las cuales los señalados réditos aplican **para todo tipo de pensiones, aun cuando se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**.

Posición que se repite ha de ser atendida por esta Corporación, como quiera que las decisiones de la citada suprema autoridad constitucional son obligatorias y vinculantes, tanto en la parte resolutoria como en su ratio decidendi, es decir, en la regla que sirve para resolver la controversia, sin que exista una razón de peso que justifique apartarse de las citadas decisiones, por lo que resulta imperativo su observancia en acatamiento del precedente constitucional.

Así las cosas, la Sala concluye que los réditos deben aplicarse a todo tipo de pensiones, con independencia de que el derecho pensional se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, criterio que valga decir coincide con la aclaración de voto que el Magistrado, Dr. Gerardo Botero Zuluaga, realizó frente a la SL1681-2020, considerando que en armonía con la sentencia C-601 de 2000 y SU 065 de 2018, la autoridad constitucional en *"sede de control abstracto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior"*.

Sentado lo anterior, ha decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".

Así mismo, frente a su causación, ha establecido en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003", y que "de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013).

Por último, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la misma Corporación (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:

Artículo 19o.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que, si bien, Colpensiones ha reliquidado en varias ocasiones la pensión de vejez de la promotora de la contienda, lo cierto es que sin fundamento alguno ha negado la reliquidación en los términos solicitados, es decir, en estricto acatamiento de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, en lo que a la tasa de reemplazo del 90% se refiere, máxime cuando la definición de la cuantía del derecho pensional aquí reconocido surge con ocasión de la aplicación de una regla jurisprudencial imperante en el seno de la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria desde 1 de julio de 2020, con la emisión de las sentencias SL1947-2020, SL2557-2020 y SL5125-2020, entre otras, precedente que resulta vinculante aun para las autoridades administrativas.

Así las cosas, aunque es cierto que no hay lugar al pago de los intereses moratorios cuando el *"reconocimiento pensional obedece a un cambio jurisprudencial"*, tal y como fue definido en la sentencia CSJ-SL1947-2020, en tanto que, la nueva línea de pensamiento no podía ser previsible para la entidad en la data que fue presentada la solicitud prestacional, conforme se indicó en las sentencias CSJ SL787-2013, SL10504-2014, SL10637-2015, SL1399-2018, SL-3808-2020, y SL5673-2021, no es menos cierto que, dicho razonamiento no puede ser aplicado al caso de autos en razón a que para la fecha de solicitud de reliquidación (mayo de 2021), imperaba el nuevo precedente

sentado por la máxima corporación de justicia ordinaria, que no resulta contradictorio al expresado por la Corte Constitucional, en consecuencia, debía ser respetado por el ente pensional (C-539-2011, CSJ SL1938-2020, SL2547-2020 y SL305-2022) y por ello, yergue palmariamente la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues se itera, al momento de resolverse la solicitud prestacional se encontraba consolidada la línea jurisprudencial pacífica y uniforme en torno a la acumulación de tiempos de servicio para efectos pensionales, que la entidad insiste en desconocer en el curso del proceso.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9o de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia contados a partir de radicada la solicitud de reliquidación, esto es, a partir del 14 de mayo de 2021, por lo que, tenía la entidad de seguridad social hasta el 14 de septiembre de 2021, para reconocer el derecho reclamado. Por lo dicho, le asiste asidero a la recurrente y por ello, se deberá revocar la absolución de este pedimento y en consecuencia se deberá condenar a Colpensiones a aplicar a partir de esta data, sobre el valor de cada una de las sumas adeudadas, la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de intereses moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectuó el pago, de conformidad con lo dispuesto en el art. 141 de la ley 100 de 1993.

Ante la procedencia de los intereses moratorios, se revocará la condena de la indexación impuesta en contra de Colpensiones, en la medida que ambas resultan incompatibles entre sí.

6. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

7. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia proferida el 28 de julio de 2023, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, y en consecuencia **ORDENAR** a COLPENSIONES a reliquidar la primera mesada pensional de AMANDA CECILIA PÉREZ, en cuantía de \$1.373.417, la cual deberá ser cancelada con los respectivos reajustes legales anuales, junto con la mesada adicional y como consecuencia de ello, se deberá reconocer la suma de \$26.257.951,00, por concepto de diferencia resultantes entre las mesadas pensionales canceladas y la reliquidada, causadas entre 15 de abril de 2012 al 30 de noviembre de 2023. A partir del 1º de diciembre de 2023 Colpensiones deberá cancelar al actor una

mesada pensional equivalente a \$2.271.858,98, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: REVÓQUESE la condena por concepto de indexación y en consecuencia, se **CONDENA** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colombiana COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora Amanda Cecilia Pérez los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, respecto a las sumas adeudadas causadas a partir del 14 de septiembre de 2021, sobre la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la superintendencia financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectuó su pago.

TERCERO: MANTENER INCÓLUME en lo demás la sentencia de primer grado.

CUARTO: CONDENAR en costas en favor de la parte demandante y a cargo de la Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



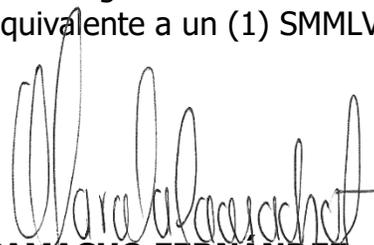
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EVERT HEILBRON COLINA
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 110013105-038-2021-00202-01
Tema: PENSIÓN VEJEZ - REVOCA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Evert Heilbron Colina, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el propósito que se declare la existencia de una mora patronal por el empleador Industrias Metálicas y Agropecuarias de la Costa, desde el 01 de febrero de 1978 hasta el 30 de enero de 1979; que le asiste el derecho a que se le reconozca su pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, sentencias SU 769 del 2014 y T 280 de 2019, en vista que cuenta con 1.016,43 semanas en toda su vida laboral con tiempos públicos y privados; declarar que los tiempos cotizados al sector privado y los cotizados al sector públicos no han sido tenidos en cuenta para financiar la pensión de vejez; declarar que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con el retroactivo e intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de 1993, indexación, condenas ultra y extra petita y condena en costas y agencia en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que inició labores con el empleador Industrias Metálicas y Agropecuarias de la Costa desde el 15 de mayo de 1972 hasta el 31 de enero de 1978, y con el empleador electrificadora del Atlántico desde el 24 de abril de 1979 hasta el 01 de enero de 1983, cotizaciones que fueron realizadas el Régimen de Prima Media administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones, sumando un total de 965.00 semanas válidas para prestaciones económicas; presentó ante la demandada solicitud de pensión de vejez, el 17 de junio del año 2020, radicado 2020_5854641; Colpensiones mediante Resolución SUB 138791 del 30 de junio de 2020 negó la prestación, con el argumento que no cumple con el total de las semanas cotizadas, pues reflejaba en su historia laboral 965.00 semanas, allí también se indicó que existía mora patronal por el empleador Industrias Metálicas Agropecuarias de la Costa, para los periodos 01 de febrero de 1978 hasta el 30 de enero de 1979 y por ello, se encontraba realizando la gestión de cobro pertinente ante el deudor moroso; que frente a dicha resolución se presentó recurso de reposición y apelación; los cuales fueron resueltos en Resoluciones SUB 180250 del 24 de agosto del año 2020 y DPE 13051 del 25 de septiembre del 2020, respectivamente, a través de las cuales se confirmó la resolución recurrida; a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 70 años de edad y más

de 1.000 semanas cotizadas en toda su vida laboral (Expediente electrónico, PDF 02DemandaAnexos. Pág. 1 a 10).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, carpeta11, archivo AgenciaNacionalColpensiones); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación. Al contestar la demanda Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que conforme la historia laboral con fecha de corte 30 de noviembre de 2021 acredita un total de semanas cotizadas 965, por lo cual no cumple la densidad de semanas requerida bajo los fundamentos jurídicos de la ley 100 de 1993 y ley 797 de 2003. Manifiesta que el afiliado tampoco es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en la medida que entre el 12 de julio de 1991 al 12 de julio de 2011 tan solo cuenta con 77 semanas cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad. De otro lado, manifiesta que el actor para el 25 de julio de 2005 logra acreditar 965 semanas cotizadas, por lo cual el régimen de transición va hasta el 31 de diciembre de 2014, sin embargo, para esta data no cuenta con las 1.000 semanas que refiere el artículo 12 del Decreto 758 del 11 de abril de 1990, por lo que perdió el régimen de transición. También refiere que se verificó el historial de pagos y se evidencia deuda desde febrero de 1978 hasta enero de 1979 por empleador Industrias Metálicas Agropecuarias de la Costa, por lo tanto, hasta que el empleador no realice el pago de los aportes pendientes, los períodos solicitados no se verán acreditados correctamente en la historia laboral. Como excepciones de fondo propuso las denominadas prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho e innominada o genérica (Expediente digital, carpeta12, archivo ContestaciónEvertHeilbronColina).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de agosto de 2022, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por Evert Heilbron Colina, gravándolo en costas procesales.

Como sustento de su decisión indicó que tal vinculación contractual no se soporta fácticamente o probatoriamente con Industrias Metálicas y Agropecuarias desde el mes de febrero de 1978 hasta el mes de enero de 1979, y a pesar de que en dicho periodo Colpensiones aluda que se presentó mora patronal, debe tenerse en cuenta que el demandante en el hecho primero indica que tuvo relación laboral con ese empleador desde el 15 de mayo de 1972 hasta el 31 de enero de 1978, por lo que a partir del 01 febrero de 1978 y hasta febrero de 1979 no se puede sostener la existencia de ese vínculo contractual laboral generador de las cotizaciones.

No puede aducir que haya una mora o allanamiento en la mora por la omisión de cobro desde el 1 de febrero de 1978 hasta enero de 1979, ya que en ese lapso implícitamente está señalando el actor que su vínculo laboral no se extendía hasta esas fechas, sino lo mencionó que solo fue hasta el 31 de enero de 1978; no se acredita la existencia del vínculo laboral para ese lapso, al contrario, se sostiene que habría finalizado el 31 de enero de 1978. Al no incluirse ese periodo, era evidente que no acreditaba la densidad de semanas de cotización como beneficiario del régimen de transición con aplicación de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, imponiéndose la absolución de todas y cada una de las pretensiones (Expediente electrónico, archivos 20 y 21).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que, si bien, en el hecho primero de la demanda se estableció un periodo de tiempo laborado, ello obedece a que

Colpensiones así lo reconoce en las Resoluciones, sin embargo, en los recursos presentados en contra de las mismas, se establece cual fue el tiempo laborado por el actor con el empleador Industria Metálicas y Agropecuarias, por lo que el Juzgador estaba desconociendo las reclamaciones realizadas por Colpensiones en cuanto al cobro coactivo, dado que se encontraba acreditado dentro de la historia laboral la mora patronal. Adicionalmente, sostiene que la administradora conociendo esta mora entró a cobrar los tiempos dejados de cotizar por el empleador moroso, es decir, esta entidad reconoció la mora existente y así se reflejó en las Resoluciones en las que se negó el derecho pensional, al punto que la misma entidad hace requerimiento interno a la oficina de historia laboral, reconociéndose así una deuda presunta, por lo tanto, las obligaciones del empleador no se le pueden endilgar al demandante.

6. Alegatos de conclusión. La parte actora solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, en consecuencia, se condenara a la demandada a reconocerle la pensión de vejez desde el mismo momento en que cumplió el derecho pensional, teniendo en cuenta los periodos de cotización en mora. Por su parte, Colpensiones alegó en su favor que el status de pensionado sólo se adquiere cuando coincidan los requisitos mínimos de semanas de cotización y edad, en consideración a lo anterior, al señor Colina no logró acreditar los requisitos mínimos de semanas cotizadas, como quiera que solo demostró 965 semanas cotizada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Erró el cognoscente de primer grado al no convalidar las cotizaciones pensionales con el empleador Industria Metálicas Agropecuarias de la Costa, para el interregno del 01 de febrero de 1978 hasta el 30 de enero de 1979?; en caso positivo (ii) ¿El demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo conservó por acreditar al menos 750 semanas de cotizaciones al sistema general de pensiones al 25 de julio de 2005, de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005?; (iii) Tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en caso positivo, a partir de qué fecha?; y (iv) ¿Hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a favor del promotora del proceso?

3. Mora patronal. Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que: *"Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado"* y *"en el caso del trabajador dependiente afiliado al (...), la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio (...)"* (sentencia SL18108 de 2017).

Igualmente, la misma corporación ha señalado que: *"Si bien esta Sala, ha sostenido en forma pacífica, que las administradoras de pensiones son las responsables por los aportes de los empleadores que se encuentren en mora y frente a quienes no hayan efectuado las gestiones y acciones de cobro respectivo, a las que están obligadas, omisión que no puede trasladarse al asegurado, ello ha sido bajo la certeza de la existencia de vínculo contractual con el trabajador y la efectiva prestación del servicio por parte de este, que es lo que da lugar al pago de aportes,*

situación fáctica de la que aquí no se tiene certeza, ni puede derivarse con meridiana claridad de dicho medio probatorio". (SL3845-2021).

Ahora, sobre este tópico, ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si bien le corresponde a la entidad de seguridad social adelantar las acciones de cobro, no por ello deben imputarse periodos a la historia laboral sin verificar sumariamente la existencia de la relación laboral, lo que significa que a pesar de compartir la posición del a quo al respecto, la decisión debía también tener soporte en la verificación sumaria de la existencia de la relación laboral. Al respecto dijo la Corte:

"En este sentido, importa recordar que esta Corporación ha adoctrinado, de manera pacífica y reiterada, que para convalidar los aportes en mora del empleador cuando la administradora de pensiones no activa los mecanismos de cobro para el recaudo de los aportes, se requiere la comprobación de la existencia de la relación laboral durante el período en que el trabajador dice haber prestado sus servicios, aspecto que paso por alto el Tribunal con relación a los dos períodos validados con la empleadora Isabel Montaña de Santander, a pesar de que en uno de ellos en la historia laboral aparece la anotación 'no registra la relación laboral en afiliación para este pago' para los ciclos de 1995, y en el otro, no aparece demostrada la afiliación para el año 1994, lo que con mayor razón hace necesaria la verificación del vínculo laboral.

En el sentido indicado, en la sentencia CSJ SL 3692-2020, la Sala adoctrinó:
(...)

[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras

Es claro entonces, que para que pueda hablarse de mora patronal, se requiere la existencia de una relación laboral que así la genere, por lo que no puede el operador judicial endilgarle a la administradora de pensiones una responsabilidad automática ante los reportes de falta de pago por parte del empleador reflejados en la historia laboral.

Dicho de otra manera, no puede el juez entrar a convalidar periodos con una aparente mora patronal, sin tener la certeza de que en estos el trabajador haya tenido vigente un vínculo laboral, puesto que la omisión del empleador en reportar la novedad de retiro, no puede conllevar de manera automática e inexorable a tener como efectivamente cotizado esos periodos, como se dijo en líneas anteriores, dado que no solo podría conllevar a cargarle o imputarle al sistema pensional, un número de semanas no cotizadas por el asegurado, sino a declarar la existencia de un contrato de trabajo, con las consecuencias que ello acarrea; lo que además supone un claro desconocimiento a un principio medular del ordenamiento jurídico del trabajo, como lo es el de la primacía de la realidad sobre las formas".

En la misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional en sentencia SU182 de 2019, ha decantado que en eventos en los cuales se acuda a la corrección de la historia laboral de periodos que datan de antes de 1994, o donde el empleador ya se ha liquidado y no sea posible obtener la documental que lleve a la certeza del tiempo laborado, debe acudir a cualquier medio probatorio supletorio con el fin de no hacer nugatorios los derechos de quien pretende el reconocimiento de tiempo de servicios para acceder a las prestaciones económicas del sistema.

En tal oportunidad la Corte Constitucional estableció:

"De acuerdo con el marco legal, no hay una única prueba solemne ni exclusiva para demostrar los tiempos trabajados. Desde el siglo pasado, el ordenamiento jurídico previó que la documentación física podía perderse; por lo que resultaba irrazonable exigir el certificado documental como el único medio de prueba válido. En el sector público, por ejemplo, la Ley 50 de 1886, "que fija reglas generales sobre concesión de pensiones y jubilaciones" estableció que en aras de obtener un reconocimiento pensional del "tesoro nacional", la prueba escrita era la idónea. Sin embargo, aceptó que cuando la misma no fuese posible de recuperar, se podría acudir a otros medios supletivos de prueba, como la testimonial. Tratándose del sector privado, el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo trae una consideración similar, al permitir la prueba supletoria, cuando no se pueda obtener la certificación del tiempo laborado.

165. Con fundamento en estas normas, la Corte ha defendido el principio de libertad probatoria que rige las relaciones laborales. Y aunque se presume la buena fe de los afiliados, también ha sostenido que "el reconocimiento de la prestación periódica exige cierto nivel de certeza de los supuestos fácticos que se pretenden reconstruir y acreditar".

De conformidad con lo expuesto y descendiendo al caso en concreto, debe decirse que respecto al periodo del 01 de febrero de 1978 al 31 de enero de 1979, presuntamente laborado en Industrias Metálicas y Agropecuarias, el actor no allegó, durante el trámite de primera instancia, ninguna prueba que permita tener certeza de la prestación del servicio en ese lapso de tiempo, a pesar de que incluso COLPENSIONES en el trámite administrativo el 27 de agosto de 2019 le requirió para que *"nos suministre documentos probatorios y/o soportes, como tarjetas de reseña, tarjeta de comprobación de derechos, entre otros, números de afiliación, número patronal, aviso de entrada, etc, donde se evidencie su vínculo laboral con dicho empleador. Esta información es necesaria para continuar con la búsqueda de la información que permita acreditar adecuadamente los ciclos relacionados por usted"* (Expediente digital, carpeta12, archivo ExpedienteAdministrativo EvertHeilbronColina, pág. 172-173).

Ahora, en la historia laboral (Expediente digital, carpeta12, archivo HistoriaLaboralEvertHeilbronColina) obran cotizaciones con el empleador Industrias Metálicas y Agropecuarias desde el 15 de mayo de 1972 hasta el 31 de octubre de 1975, y del 01 de octubre de 1976 hasta el 31 de enero de 1978, sin que se haya reportado la novedad de retiro para esa calenda, lo que generó que a partir del 01 de febrero de 1978 incurriera en mora patronal, pero ese solo hecho y la omisión de la entidad de iniciar las acciones de cobro no conllevan a que deba convalidarse dichos periodos en la historia laboral, ya que debe verificarse si no se trató de una simple omisión del empleador en reportar la novedad de retiro, aspecto que puede llevar a una decisión diferente a la que aquí se pretende; por lo cual, una vez revisado el cardumen probatorio allegado al legajo, se tiene que durante el trámite del proceso en primera instancia no fue aportado medio de prueba que permitiera inferir sumariamente que la relación laboral con Industrias Metálicas y Agropecuarias se extendió más allá del 31 de enero de 1978, máxime cuando es el mismo demandante quien alude en el hecho primero del libelo genitor que ***"Mi mandante quien iniciara labores con el empleador **Industria Metálicas y Agropecuarias** con numero patronal **17013800081** desde el **15 de mayo de 1.972, hasta el 31 de enero de 1.978"***** (Expediente digital, PDF2DemandaAnexos), circunstancia que conllevaría a que debía el accionante demostrar que en efecto la relación laboral con el empleador presuntamente moroso se extendió después del 01 de febrero de 1978 y hasta el 31 de enero de 1979 como lo reclama para efecto de acreditar los requisitos mínimos de densidad cotizacional.

A pesar de lo anterior, tal y como fue advertido al inicio de la presente audiencia, solo hasta el 27 de septiembre de 2022, junto con los alegatos de conclusión expuestos por la parte actora, se allegó certificación expedida por el otrora ISS, que da cuenta que Evert

Heilbron Colina cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de su empleador Industrias Metálicas y Agropecuarias de la Costa desde el 15 de mayo de 1972 hasta el 31 de octubre de 1975 y del 1 de octubre de 1976 hasta el 30 de enero de 1979 (Expediente digital, carpeta02SegundaInstancia, PDF 06AlegatosDemandante, pág. 4), conforme se ilustra a continuación:



EL SEGURO SOCIAL SECCIONAL ATLÁNTICO A TRAVÉS DEL ÁREA DE AFILIACIÓN Y REGISTRO

CERTIFICA QUE:

Consultado el archivo tradicional de microfilme, se pudo establecer que el señor, **EVERT HEILBRON COLINA**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 7.474.242, expedida en Barranquilla – Atlántico, presenta vinculación al ISS y cotizó para los riesgos IVM, mediante el número de afiliación 170107080, bajo el Patronal 17013800081 de la Razón Social **FINDUSTRIAS METALICAS Y AGROP DE LA COSTA**. Desde Mayo 15/72, página 471 rollo 32, hasta Octubre 31/75, página 507 del rollo 70; luego desde Octubre 01/76, página 527 rollo 81, hasta Enero 30/79. **ELECTRIFICADORA DEL ATCO**. Patronal 17015100002, desde Abril 24/79, rollo 723 página 115, hasta Enero 01/93, pagine 906 microfilme 05.

Atentamente,


GENARO GUTIERREZ DE PIÑERES B.
 Coordinador – Ventas
 Copia: Certificaciones

En este mismo sentido, se debe acotar que también fue aportado en esta instancia el reporte de semanas cotizadas, en donde se registran como novedades del actor respecto del empleador Industrias Metálicas y Agropecuarias de la Costa, fecha de ingreso 15 de mayo de 1972 y fecha de retiro 31 de octubre de 1975, registrándose nuevamente la novedad de ingreso con esta sociedad el 01 de octubre de 1976 y la de retiro el 30 de enero de 1979, (Expediente digital, carpeta02SegundaInstancia, PDF 06AlegatosDemandante, pág. 5-6) de acuerdo con lo reflejado a continuación:

| Número Aportante: 17013800081 | | P | 11 | RELACIÓN DE NOVEDADES REGISTRADAS | | | | | | | | | |
|-------------------------------|-------------------|------------|-----|-----------------------------------|------|---------|-----|-----|---|-----|-----|-----|--|
| | | | | IND MET Y AGROP DE LA COSTA | | | | | | | | | |
| Afiliación | Novedad | Fecha | Día | Salario | T.A. | Seguros | Nnc | Aud | E | Inc | Dec | Fte | |
| 170107080 | Ingreso | 1972/05/15 | 14 | S 1.290 | 1 | P.S.R | S | 11 | | | | | |
| 170107080 | Cambio de Salario | 1972/11/01 | 35 | S 2.430 | 1 | P.S.R | S | 11 | | | | | |
| 170107080 | Cambio de Salario | 1973/03/01 | 35 | S 3.300 | 1 | P.S.R | S | 11 | | | | | |
| 170107080 | Cambio de Salario | 1974/07/01 | 28 | S 4.410 | 1 | P.S.R | S | 11 | | | | | |
| 170107080 | Retiro | 1975/10/31 | 0 | S 4.410 | 1 | P.S.R | S | 11 | | | | | |
| 170107080 | Ingreso | 1976/10/01 | 28 | S 1.770 | 1 | P.S.R | S | 11 | | | | | |
| 170107080 | Pago Hasta | 1978/01/31 | 31 | S 1.770 | 1 | P.S.R | S | 0 | | | | | |
| 170107080 | Cambio de Salario | 1979/01/01 | 28 | S 3.300 | 1 | P.S.R | S | 11 | | 1 | Deu | | |
| 170107080 | Retiro | 1979/01/30 | 0 | S 3.300 | 1 | P.S.R | S | 11 | | 1 | Deu | | |

Así las cosas, resulta diáfano que se cumplen las condiciones para que el periodo extrañado por el precursor de la Litis sea tenido en cuenta, para los efectos del reconocimiento pensional que pretende sea declarado, pues de acuerdo a las pruebas documentales aludidas con anterioridad, mismas que durante el término de traslado concedido en esta audiencia, no fueron redargüidas de falsas, ni desconocidas por la

enjuiciada, es claro que el actor mantuvo relación laboral desde el 15 de mayo de 1972 hasta el 31 de octubre de 1975 y del 01 de octubre de 1976 al 30 de enero de 1979, de allí que debían incluirse en la sumatoria de cotizaciones del afiliado aquellas correspondientes a los tiempos en que prestó servicios a favor de dicha sociedad y que no fueron contabilizadas en la historia laboral, esto es del 01 de febrero de 1978 al 30 de enero de 1979, pues aunque se haya incurrido en mora, lo cierto es que se logró acreditar que estas fueron causadas en ejecución del contrato de trabajo, lapso en el que igualmente estuvo vigente la afiliación al subsistema de seguridad social en pensiones, sin que se evidencie novedad de retiro por parte del empleador, lo cual solo ocurrió hasta el 30 enero de 1979, conforme se ilustró de forma pretérita.

Decantado lo anterior, se impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia en lo que a este asunto se refiere, advirtiendo que la decisión del Juzgador fue acertada de acuerdo al caudal probatorio arrimado al expediente al momento en que se dictó la decisión objeto de censura y el quebrantamiento de la sentencia solo obedece a las pruebas documentales que fueron allegadas a esta instancia junto con los alegatos de conclusión; así las cosas, esta corporación procede al estudio de los demás pedimentos elevados por la parte actora.

4. Régimen de transición. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1º de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios cotizados, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la mesada pensional, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

En el presente asunto, colige la Sala que el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al 1 de abril de 1994 cuenta con 42 años por haber nacido el 12 de julio de 1951, tal como se constata con la cédula de ciudadanía de él (Expediente digital, PDF 02DemandaAnexos, pág. 12). Así mismo, importa precisar que el régimen de transición se mantuvo a su favor hasta el 31 de diciembre de 2014, como quiera que acredita al 25 de julio de 2005, más de 750 semanas, esto es 965,00.

5. Normatividad aplicable- Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990. Para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable al demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que no representa mayor discusión en esta instancia, en razón a que fue trabajador del sector particular y venía cotizando al ISS antes de 1994; es por ello que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

La primera de las citadas disposiciones exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así entonces, el actor arribó a los 60 años el 12 de julio de 2011, fecha para la cual contaba con 965 semanas, más los ciclos en mora aquí reconocidos que equivalen a 47,19, para un total 1.012,19 durante toda la vida laboral, siendo procedente el reconocimiento pensional conforme los postulados del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100

de 1993, Acto Legislativo 001 de 2005 y en aplicación a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, debe decirse que la parte actora solicita la aplicación de lo dispuesto en la sentencia SU 769 de 2014, con la finalidad que se realice la inclusión de tiempos públicos no cotizados al ISS a fin de dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, así las cosas, ésta Sala de Decisión Laboral ha reconocido tal postura con sustento a lo señalado por la Corte Constitucional en la mentada sentencia de unificación, en el sentido de indicar la posibilidad de acumular tiempos de servicios efectuados en el sector público y las cotizaciones efectuadas al citado instituto.

Criterio aquel que distaba del empleado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la medida que ese Alto Tribunal consideraba que el parágrafo de la citada disposición, es decir, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mismo que dispuso que *"para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso 1 del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."*; hacía referencia únicamente a la pensión de vejez regulada íntegramente por la Ley 100 de 1993, en la que no debían excluirse las cotizaciones efectuadas con anterioridad a entrar en vigor ese cuerpo normativo.

Lo anterior, en concordancia con lo previsto en el parágrafo primero, literal b) del artículo 33 de la ley 100 de 1993 y literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que permite, para acceder a la pensión por vejez, computar semanas cotizadas al ISS y tiempo servido en calidad de servidor público remunerado, pero solo en el evento de que la pensión se reconozca bajo los requisitos de la nueva ley de seguridad social y no al amparo de reglamentaciones distintas, como el Acuerdo No. 049 de 1990.

En ese orden, según la alta corporación de justicia ordinaria el requisito de densidad de cotizaciones debía regirse íntegramente por lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, estatuto que no permite o no ofrece la posibilidad de incluir en la suma de semanas de cotización, las realizadas en cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, ni el tiempo trabajado como servidor público, como si lo permite la pensión regulada por Ley 100 de 1993, por lo que era imposible acumular tiempos de servicios privados y públicos, para estructurar la pensión bajo la directrices del prenombrado acuerdo; como ya se dijo, según criterio y postura que adoptó la Sala Casación Laboral en distintos pronunciamientos que ha utilizado para resolver caso similares y por vía de ejemplo cita la Corporación las sentencias SL 13260-2015, SL 16810-2016 y SL 4010-2019.

No obstante, dicha postura fue recogida por la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1947-2020, misma que modificó sustancialmente el precedente, acotando que las pensiones de vejez reguladas por el citado Acuerdo, si permiten la sumatoria de tiempos tanto públicos como privados para ser acreedor de la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, indicándose que el correcto entendimiento del parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como las demás disposiciones al que se hizo antes referencia, no es el cómo se esbozó, sino:

"La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens."

A pesar de lo anterior, dicho criterio no tiene cabida alguna en el sub examine, en la medida que, los documentos adosados como prueba por el actor, no dan cuenta que el convocante a juicio haya prestado sus servicios en entidades públicas y al ser ello así no hay lugar a la sumatoria de tiempos en la forma peticionada por el señor Evert, pues la esencia del libelo genitor únicamente es el reconocimiento de la pensión de vejez, incluyendo los tiempos de servicios que se encuentran en mora con la empresa Industria Metálicas y Agropecuarias, más no el reconocimiento de la pensión en los términos de la sentencia antes parafraseada.

6. Causación y disfrute. Conforme a ello, basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión de vejez, debemos acudir al contenido del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, según el cual la prestación "se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."

Lo anterior permite concluir, que la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para el disfrute de esta, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general para acceder al disfrute de la pensión.

Con fundamento en lo anterior, como el promotor de la contienda cumplió su estatus pensional o causación el 12 de julio de 2011, cuando cumplió la edad, dado que para esta fecha ya contaba con más de 1.000 semanas, conforme se ha venido exponiendo a lo largo de este proveído, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990; ahora se tiene que la última cotización se realizó el 01 de enero de 1993, por lo que es claro que el disfrute de la prestación económica lo será a partir del día siguiente del cumplimiento de la edad, esto es, el 12 de julio de 2011.

7. Tasa de reemplazo Acuerdo 049 de 1990. A la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, esta prevé una tasa de reemplazo equivalente al 75%, sobre el ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que el actor cotizó un total de 1.012,19.

8. Monto de la pensión. La pensión de vejez a favor del actor debe ser reconocida a partir del 12 de julio de 2011, en un monto del 75% del IBL calculado en la forma establecida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años, o toda la vida laboral en el caso de acreditar más de 1250 semanas, debiendo aplicar el IBL que resulte más favorable, para lo cual ha de aplicarse la tasa de reemplazo de que trata el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, en vista que no acredita más de 1.250 semanas, y para el primero de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para causar la pensión de vejez, debe liquidarse el IBL con las cotizaciones que registre en los últimos 10 años, por lo tanto, la Sala procederá a realizar el cálculo del IBL de los últimos diez años con base en la historia laboral más actualizada, obrante en el expediente (Expediente digital, Carpeta 12, archivo Historia laboral), según anexo que se glosa a la sentencia, obteniéndose la suma de \$1.628.423,60, al que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% establecida en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por tener 1.012,19 semanas cotizadas, arroja una mesada inicial de **\$1' 221.317,70**, como mesada inicial para el año 2011, valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 14 mesadas pensionales al año, dado a que la pensión fue causada antes del 31 de julio de 2011 y es inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 001 de 2005.

9. Prescripción. Ahora, para efecto del disfrute y el retroactivo, como Colpensiones propuso la excepción de prescripción, hay lugar a estudiar dicho medio exceptivo, tal como lo establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que dispone el término de tres años contados a partir de que la obligación se hizo exigible, la que se puede interrumpir presentando la reclamación por escrito.

En el sub examine, la obligación de solicitar la pensión se hizo exigible una vez acreditó el requisito de la edad mínima, esto es, 12 de julio de 2011, presentando la solicitud de vejez el 17 de junio de 2020, negada a través de Resolución SUB 138791 del 30 de junio 2020 (Expediente digital, carpeta12, archivo ExpedienteAdministrativo EvertHeilbronColina, pág. 99 a 102), sobre la cual interpuso recurso de reposición y apelación, suspendiendo el término prescriptivo hasta agotar la vía gubernativa, lo cual aconteció tras la expedición de la Resolución DPE 13051 del 25 de septiembre de 2020 (Expediente digital, carpeta12, archivo ExpedienteAdministrativo EvertHeilbronColina, pág. 103). De otro lado, se tiene que la demanda fue presentada el 16 de febrero de 2021 (Expediente digital, PDF 03ActaReparto), con lo cual, se tiene que las mesadas causadas con anterioridad al 17 de junio de 2017, esto es tres años anteriores a la presentación de la reclamación del derecho pensional, se encuentran prescritas.

10. Retroactivo. Al realizar las operaciones matemáticas por las mesadas causadas entre el 17 de junio de 2017 al 30 de septiembre de 2023, se obtiene por concepto de retroactivo pensional un valor de \$ 155.396.824,01.

A partir del 01 de octubre de 2023, COLPENSIONES reconocerá una mesada pensional de \$2.095.617,17, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y que se pagará sobre 14 mesadas pensionales, conforme lo expuesto en esta providencia.

| REAJUSTE PENSIONAL | | | | |
|--------------------|-------|-----------------|-------------|-------------------|
| AÑO | IPC | MESADA | No. MESADAS | RETROACTIVO |
| 2017 | 4,09 | \$ 1.548.417,43 | 9 | \$ 13.935.756,87 |
| 2018 | 3,18 | \$ 1.611.747,70 | 14 | \$ 22.564.467,84 |
| 2019 | 3,80 | \$ 1.663.001,28 | 14 | \$ 23.282.017,92 |
| 2020 | 1,61 | \$ 1.726.195,33 | 14 | \$ 24.166.734,60 |
| 2021 | 5,62 | \$ 1.753.987,07 | 14 | \$ 24.555.819,03 |
| 2022 | 13,12 | \$ 1.852.561,15 | 14 | \$ 25.935.856,06 |
| 2023 | | \$ 2.095.617,17 | 10 | \$ 20.956.171,69 |
| TOTAL RETROACTIVO | | | | \$ 155.396.824,01 |

Se autoriza a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal debe hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

11. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Establecido los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, discurriendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a intereses moratorios lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

La doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

En este punto, resulta relevante destacar que, aunque en sentencia **SL1681-2020**, se dijo que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, **reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, la Sala, en virtud del respeto del precedente constitucional y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de control abstracto y unificación de la Corte Constitucional, acoge el criterio en su integridad sobre la material fijado en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018, según las cuales los señalados réditos aplican para **todo tipo de pensiones, aun cuando se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**.

Posición que se repite ha de ser atendida por esta Corporación, como quiera que las decisiones de la citada suprema autoridad constitucional son obligatorias y vinculantes, tanto en la parte resolutive como en su ratio decidendi, es decir, en la regla que sirve para resolver la controversia, sin que exista una razón de peso que justifique apartarse de las citadas decisiones, por lo que resulta imperativo su observancia en acatamiento del precedente constitucional. Así las cosas, la Sala concluye que los réditos deben aplicarse

a todo tipo de pensiones, con independencia de que el derecho pensional se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, criterio que valga decir coincide con la aclaración de voto que el Magistrado, Dr. Gerardo Botero Zuluaga, realizó frente a la SL1681-2020, considerando que en armonía con la sentencia C-601 de 2000 y SU 065 de 2018, la autoridad constitucional en "*sede de control abstracto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior*"

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió Colpensiones a negar la pensión solicitada, bajo el argumento de no acreditar la densidad mínima de semanas, sin tener en cuenta los periodos que la misma entidad reporta con la novedad de empleador, además, le competía a la entidad proceder al cobro de tales aportes y no lo hizo, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se presentó el 17 de junio de 2020, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 17 de octubre de la misma anualidad para reconocer el derecho reclamado. Por lo dicho, le asiste asidero a la recurrente y por ello, se deberá condenar a Colpensiones a aplicar a partir de esta data, sobre el valor de cada una de las sumas adeudada, la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de intereses moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectuó el pago, de conformidad con lo dispuesto en el art. 141 de la ley 100 de 1993.

Ante la procedencia de los intereses moratorios, no hay lugar a impartir condena por concepto de indexación, en la medida que ambas resultan incompatibles entre sí.

12. Costas en esta instancia. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, por haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

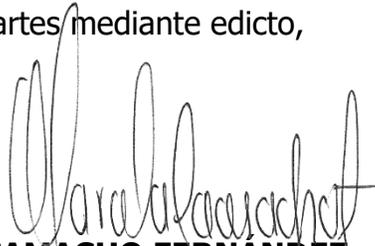
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá, y en consecuencia, se **CONDENA** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de EVERT HEILBRON COLINA la pensión de vejez en cuantía inicial de \$1' 221.317,70 a partir del 12 de julio de 2011, la cual deberá ser cancelada con los respectivos reajustes legales anuales, junto con la mesadas adicionales; como consecuencia de ello, se deberá reconocer la suma de \$155.396.824,01, por concepto de retroactivo, causadas entre 17 de junio de 2017 al 30 de septiembre de 2023. A partir del 01 de octubre de 2023 Colpensiones deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a \$2.095.617,17, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colombiana COLPENSIONES, a reconocer y pagar al señor EVERT HEILBRON COLINA los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, respecto a las sumas adeudadas causadas a partir del 17 de octubre de 2020, sobre la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la superintendencia financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectuó su pago.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de EVERT HEILBRON COLINA.

CUARTO: CONDENAR en costas en favor de la parte demandante y a cargo de la Colpensiones. Las de primera instancia a cargo de la demandada.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



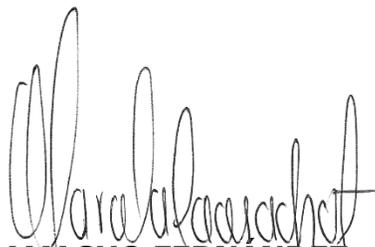
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

| DESDE | | | HASTA | | | | # Días | INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC, mensual del periodo) | |
|-------|-----|-----|-------|-----|-----|---------|--------|---|-----------------|
| Año | Mes | Día | Año | Mes | Día | | | | |
| 1983 | 01 | 02 | 1983 | 01 | 30 | 1983-01 | 29 | \$ 30.150,00 | \$ 1.702.505,55 |
| 1983 | 02 | 01 | 1983 | 02 | 30 | 1983-02 | 30 | \$ 30.150,00 | \$ 1.702.505,55 |
| 1983 | 03 | 01 | 1983 | 03 | 30 | 1983-03 | 30 | \$ 30.150,00 | \$ 1.702.505,55 |
| 1983 | 04 | 01 | 1983 | 04 | 30 | 1983-04 | 30 | \$ 30.150,00 | \$ 1.702.505,55 |
| 1983 | 05 | 01 | 1983 | 05 | 30 | 1983-05 | 30 | \$ 30.150,00 | \$ 1.702.505,55 |
| 1983 | 06 | 01 | 1983 | 06 | 30 | 1983-06 | 30 | \$ 30.150,00 | \$ 1.702.505,55 |
| 1983 | 07 | 01 | 1983 | 07 | 30 | 1983-07 | 30 | \$ 30.150,00 | \$ 1.702.505,55 |
| 1983 | 08 | 01 | 1983 | 08 | 30 | 1983-08 | 30 | \$ 30.150,00 | \$ 1.702.505,55 |
| 1983 | 09 | 01 | 1983 | 09 | 30 | 1983-09 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 2.219.751,01 |
| 1983 | 10 | 01 | 1983 | 10 | 30 | 1983-10 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 2.219.751,01 |
| 1983 | 11 | 01 | 1983 | 11 | 30 | 1983-11 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 2.219.751,01 |
| 1983 | 12 | 01 | 1983 | 12 | 30 | 1983-12 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 2.219.751,01 |
| 1984 | 01 | 01 | 1984 | 01 | 30 | 1984-01 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 02 | 01 | 1984 | 02 | 30 | 1984-02 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 03 | 01 | 1984 | 03 | 30 | 1984-03 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 04 | 01 | 1984 | 04 | 30 | 1984-04 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 05 | 01 | 1984 | 05 | 30 | 1984-05 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 06 | 01 | 1984 | 06 | 30 | 1984-06 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 07 | 01 | 1984 | 07 | 30 | 1984-07 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 08 | 01 | 1984 | 08 | 30 | 1984-08 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 09 | 01 | 1984 | 09 | 30 | 1984-09 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 10 | 01 | 1984 | 10 | 30 | 1984-10 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 11 | 01 | 1984 | 11 | 30 | 1984-11 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1984 | 12 | 01 | 1984 | 12 | 30 | 1984-12 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.752.804,02 |
| 1985 | 01 | 01 | 1985 | 01 | 30 | 1985-01 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.481.910,74 |
| 1985 | 02 | 01 | 1985 | 02 | 30 | 1985-02 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.481.910,74 |
| 1985 | 03 | 01 | 1985 | 03 | 30 | 1985-03 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.481.910,74 |
| 1985 | 04 | 01 | 1985 | 04 | 30 | 1985-04 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.481.910,74 |
| 1985 | 05 | 01 | 1985 | 05 | 30 | 1985-05 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.481.910,74 |
| 1985 | 06 | 01 | 1985 | 06 | 30 | 1985-06 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.481.910,74 |
| 1985 | 07 | 01 | 1985 | 07 | 30 | 1985-07 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.481.910,74 |
| 1985 | 08 | 01 | 1985 | 08 | 30 | 1985-08 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.481.910,74 |
| 1985 | 09 | 01 | 1985 | 09 | 30 | 1985-09 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.481.910,74 |
| 1985 | 10 | 01 | 1985 | 10 | 30 | 1985-10 | 30 | \$ 39.310,00 | \$ 1.481.910,74 |
| 1985 | 11 | 01 | 1985 | 11 | 30 | 1985-11 | 30 | \$ 54.630,00 | \$ 2.059.445,02 |
| 1985 | 12 | 01 | 1985 | 12 | 30 | 1985-12 | 30 | \$ 54.630,00 | \$ 2.059.445,02 |
| 1986 | 01 | 01 | 1986 | 01 | 30 | 1986-01 | 30 | \$ 54.630,00 | \$ 1.681.866,08 |
| 1986 | 02 | 01 | 1986 | 02 | 30 | 1986-02 | 30 | \$ 54.630,00 | \$ 1.681.866,08 |
| 1986 | 03 | 01 | 1986 | 03 | 30 | 1986-03 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.907.223,21 |
| 1986 | 04 | 01 | 1986 | 04 | 30 | 1986-04 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.907.223,21 |
| 1986 | 05 | 01 | 1986 | 05 | 30 | 1986-05 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.907.223,21 |
| 1986 | 06 | 01 | 1986 | 06 | 30 | 1986-06 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.907.223,21 |
| 1986 | 07 | 01 | 1986 | 07 | 30 | 1986-07 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.907.223,21 |
| 1986 | 08 | 01 | 1986 | 08 | 30 | 1986-08 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.907.223,21 |
| 1986 | 09 | 01 | 1986 | 09 | 30 | 1986-09 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.907.223,21 |
| 1986 | 10 | 01 | 1986 | 10 | 30 | 1986-10 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.907.223,21 |
| 1986 | 11 | 01 | 1986 | 11 | 30 | 1986-11 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.907.223,21 |

| | | | | | | | | | |
|------|----|----|------|----|-------|---------|----|---------------|-----------------|
| 1986 | 12 | 01 | 1986 | 12 | 30 | 1986-12 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.907.223,21 |
| 1987 | 01 | 01 | 1987 | 01 | 30 | 1987-01 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 02 | 01 | 1987 | 02 | 30 | 1987-02 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 03 | 01 | 1987 | 03 | 30 | 1987-03 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 04 | 01 | 1987 | 04 | 30 | 1987-04 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 05 | 01 | 1987 | 05 | 30 | 1987-05 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 06 | 01 | 1987 | 06 | 30 | 1987-06 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 07 | 01 | 1987 | 07 | 30 | 1987-07 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 08 | 01 | 1987 | 08 | 30 | 1987-08 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 09 | 01 | 1987 | 09 | 30 | 1987-09 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 10 | 01 | 1987 | 10 | 30 | 1987-10 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 11 | 01 | 1987 | 11 | 30 | 1987-11 | 30 | \$ 61.950,00 | \$ 1.576.869,12 |
| 1987 | 12 | 01 | 1987 | 12 | 30 | 1987-12 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 2.018.239,76 |
| 1988 | 01 | 01 | 1988 | 01 | 30 | 1988-01 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 02 | 01 | 1988 | 02 | 30 | 1988-02 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 03 | 01 | 1988 | 03 | 30 | 1988-03 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 04 | 01 | 1988 | 04 | 30 | 1988-04 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 05 | 01 | 1988 | 05 | 30 | 1988-05 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 06 | 01 | 1988 | 06 | 30 | 1988-06 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 07 | 01 | 1988 | 07 | 30 | 1988-07 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 08 | 01 | 1988 | 08 | 30 | 1988-08 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 09 | 01 | 1988 | 09 | 30 | 1988-09 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 10 | 01 | 1988 | 10 | 30 | 1988-10 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 11 | 01 | 1988 | 11 | 30 | 1988-11 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1988 | 12 | 01 | 1988 | 12 | 30 | 1988-12 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.627.350,23 |
| 1989 | 01 | 01 | 1989 | 01 | 30 | 1989-01 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.270.176,58 |
| 1989 | 02 | 01 | 1989 | 02 | 30 | 1989-02 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.270.176,58 |
| 1989 | 03 | 01 | 1989 | 03 | 30,00 | 1989-03 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.270.176,58 |
| 1989 | 04 | 01 | 1989 | 04 | 30 | 1989-04 | 30 | \$ 79.290,00 | \$ 1.270.176,58 |
| 1989 | 05 | 01 | 1989 | 05 | 30 | 1989-05 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.596.010,75 |
| 1989 | 06 | 01 | 1989 | 06 | 30 | 1989-06 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.596.010,75 |
| 1989 | 07 | 01 | 1989 | 07 | 30 | 1989-07 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.596.010,75 |
| 1989 | 08 | 01 | 1989 | 08 | 30 | 1989-08 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.596.010,75 |
| 1989 | 09 | 01 | 1989 | 09 | 30 | 1989-09 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.596.010,75 |
| 1989 | 10 | 01 | 1989 | 10 | 30 | 1989-10 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.596.010,75 |
| 1989 | 11 | 01 | 1989 | 11 | 30 | 1989-11 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.596.010,75 |
| 1989 | 12 | 01 | 1989 | 12 | 30 | 1989-12 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.596.010,75 |
| 1990 | 01 | 01 | 1990 | 01 | 30 | 1990-01 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.265.469,99 |
| 1990 | 02 | 01 | 1990 | 02 | 30 | 1990-02 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.265.469,99 |
| 1990 | 03 | 01 | 1990 | 03 | 30 | 1990-03 | 30 | \$ 99.630,00 | \$ 1.265.469,99 |
| 1990 | 04 | 01 | 1990 | 04 | 30 | 1990-04 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.564.975,98 |
| 1990 | 05 | 01 | 1990 | 05 | 30 | 1990-05 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.564.975,98 |
| 1990 | 06 | 01 | 1990 | 06 | 30 | 1990-06 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.564.975,98 |
| 1990 | 07 | 01 | 1990 | 07 | 30 | 1990-07 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.564.975,98 |
| 1990 | 08 | 01 | 1990 | 08 | 30 | 1990-08 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.564.975,98 |
| 1990 | 09 | 01 | 1990 | 09 | 30 | 1990-09 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.564.975,98 |
| 1990 | 10 | 01 | 1990 | 10 | 30 | 1990-10 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.564.975,98 |
| 1990 | 11 | 01 | 1990 | 11 | 30 | 1990-11 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.564.975,98 |
| 1990 | 12 | 01 | 1990 | 12 | 30 | 1990-12 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.564.975,98 |
| 1991 | 01 | 01 | 1991 | 01 | 30 | 1991-01 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.182.363,24 |
| 1991 | 02 | 01 | 1991 | 02 | 30 | 1991-02 | 30 | \$ 123.210,00 | \$ 1.182.363,24 |

| | | | | | | | | | |
|------|----|----|------|----|----|---------|-------------------|---------------|---|
| 1991 | 03 | 01 | 1991 | 03 | 30 | 1991-03 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.585.121,01 |
| 1991 | 04 | 01 | 1991 | 04 | 30 | 1991-04 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.585.121,01 |
| 1991 | 05 | 01 | 1991 | 05 | 30 | 1991-05 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.585.121,01 |
| 1991 | 06 | 01 | 1991 | 06 | 30 | 1991-06 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.585.121,01 |
| 1991 | 07 | 01 | 1991 | 07 | 30 | 1991-07 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.585.121,01 |
| 1991 | 08 | 01 | 1991 | 08 | 30 | 1991-08 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.585.121,01 |
| 1991 | 09 | 01 | 1991 | 09 | 30 | 1991-09 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.585.121,01 |
| 1991 | 10 | 01 | 1991 | 10 | 30 | 1991-10 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.585.121,01 |
| 1991 | 11 | 01 | 1991 | 11 | 30 | 1991-11 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.585.121,01 |
| 1991 | 12 | 01 | 1991 | 12 | 30 | 1991-12 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.585.121,01 |
| 1992 | 01 | 01 | 1992 | 01 | 30 | 1992-01 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.249.898,29 |
| 1992 | 02 | 01 | 1992 | 02 | 30 | 1992-02 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.249.898,29 |
| 1992 | 03 | 01 | 1992 | 03 | 30 | 1992-03 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.249.898,29 |
| 1992 | 04 | 01 | 1992 | 04 | 30 | 1992-04 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.249.898,29 |
| 1992 | 05 | 01 | 1992 | 05 | 30 | 1992-05 | 30 | \$ 165.180,00 | \$ 1.249.898,29 |
| 1992 | 06 | 01 | 1992 | 06 | 30 | 1992-06 | 30 | \$ 215.790,00 | \$ 1.632.858,41 |
| 1992 | 07 | 01 | 1992 | 07 | 30 | 1992-07 | 30 | \$ 215.790,00 | \$ 1.632.858,41 |
| 1992 | 08 | 01 | 1992 | 08 | 30 | 1992-08 | 30 | \$ 215.790,00 | \$ 1.632.858,41 |
| 1992 | 09 | 01 | 1992 | 09 | 30 | 1992-09 | 30 | \$ 215.790,00 | \$ 1.632.858,41 |
| 1992 | 10 | 01 | 1992 | 10 | 30 | 1992-10 | 30 | \$ 215.790,00 | \$ 1.632.858,41 |
| 1992 | 11 | 01 | 1992 | 11 | 30 | 1992-11 | 30 | \$ 215.790,00 | \$ 1.632.858,41 |
| 1992 | 12 | 01 | 1992 | 12 | 30 | 1992-12 | 30 | \$ 215.790,00 | \$ 1.632.858,41 |
| 1993 | 01 | 01 | 1993 | 01 | 01 | 1993-01 | 1 | \$ 215.790,00 | \$ 1.304.929,60 |
| | | | | | | | Total Días | | 3600 |
| | | | | | | | # Semanas | | 514,29 |
| | | | | | | | | | * (Sumatoria dividido Total de Días) IBL a fecha de cotizaciones |
| | | | | | | | | | \$1.628.423,60 |



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ÉDGAR GÓMEZ TORRES
Demandada: SERVICAR TEUSAQUILLO S.A.S. Y OTRA
Radicado No.: 06-2014-00665-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – REVOCA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Édgar Gómez Torres instauró demanda ordinaria contra Servicar Teusaquillo S.A.S. y Gina Marcela Gruesso Cely, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de abril de 1996 hasta 11 de septiembre de 2012, el cual finalizó de forma unilateral y por causas imputables al empleador. En consecuencia, solicitó que sea condenadas de manera solidaria al pago de salarios insolutos, cesantía y sus intereses, vacaciones, prima de servicios, indemnización por despido sin justa causa, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, aportes al sistema de seguridad social integral a partir de agosto de 2012, indexación, intereses moratorios y corrientes y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró contrato de trabajo con la sociedad Llanta Teusaquillo LTDA, quien después cambió su razón social al de Servicar Teusaquillo S.A.S., para desempeñar el cargo de jefe de almacén y auxiliar de patio de servicios, devengando como salario la suma de \$700.000. Refirió que el 11 de febrero de 2012 sufrió accidente cuando iba a su lugar de trabajo, siendo remitido a la Clínica Mederi, IPS que le informó que no podía ser atendido debido a que su empleador no le canceló el aporte al subsistema de seguridad social en salud, por lo que debió asumir los gastos médicos.

Explicó que debido a la falta de pago de la seguridad social y como quiera que el empleador no cumplió con sus obligaciones legales derivadas del contrato de trabajo, presentó carta de renuncia, generando así un despido indirecto. Dijo que durante el tiempo que duró la relación laboral, su empleador no le pagó las prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas. (Expediente digital, 01ExpedienteDigitalizado, págs. 3 a 10).

2. Contestación de demanda. A través de Curador Ad Litem, ni se opusieron ni se allanaron a las pretensiones de la demanda y en cuanto a los hechos no los admitió ni negó, aduciendo que se atiene a lo que se logre probar. No formuló excepciones de fondo.

(Expediente digital, 01ExpedienteDigitalizado, págs. 87 a 88).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto de 2023, en la que el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, gravando en costas al actor.

Para arribar a tal decisión, en primer lugar, se propuso verificar si entre las partes existió un contrato de trabajo vigente desde 12 de abril de 1996 hasta 11 de septiembre de 2012 y, en consecuencia, si hay lugar al pago de acreencias laborales solicitadas en el escrito genitor. Con tal propósito, sostuvo que obra contrato de trabajo a término indefinido de fecha 12 de abril de 1996, con vigencia a partir del 19 del mismo mes y año que celebró el promotor del proceso con Llanta Teusaquillo LTDA hoy Servicar Teusaquillo S.A.S., para desempeñar el cargo de mensajero.

Precisó que obra carta de renuncia sin fecha y constancia de radicación ante la demandada, misma que no tiene acuse de recibo, además, aportó la historia laboral sin firma de la persona responsable ni de la entidad que emitió el documento, por ende, no podía darle el respectivo valor probatorio. A lo anterior adicionó que, si bien el documento registra el pago de aportes pensionales realizados por la encartada en favor del accionante, los mismos se hacen en forma discontinua, por lo que, de cara a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la historia laboral no es determinante para declarar la existencia de la relación laboral.

Concluyó que la parte actora no demostró la prestación personal del servicio en beneficio de la empresa demandada, teniendo en cuenta que la accionada compareció por conducto de Curador Ad Litem y por lo mismo en la audiencia celebrada el 3 de mayo del año 2016, se dejó constancia que la inasistencia justificada de la parte demandada a la diligencia de conciliación y al interrogatorio de parte no derivó en la consecuencia de presumir ciertos los hechos de la demanda, en aplicación de lo normado en el artículo 56 del C.G.P.; luego como quiera que la prueba testimonial solicitada por el actor no se evacuó por cuanto no comparecieron al proceso, de modo que no desplegó actividad probatoria alguna tendiente demostrar los hechos sustento de las pretensiones, le imponía absolver a las accionadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

4. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado Jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del trabajador, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar lo siguiente: (i) ¿La sociedad Llanta Teusaquillo LTDA hoy Servicar Teusaquillo S.A.S., fungió como empleador del actor dentro del lapso señalado en el libelo genitor? De ser así, (ii) ¿Cuál fue el salario que devengaba el demandante en vigencia del nexo contractual y si hay lugar o no al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás pretensiones de orden condenatorio que se solicitó en la demanda? Para finalmente establecer (iii) ¿Existe o no responsabilidad solidaria de la señora Gina Marcela Gruesso Cely conforme a lo dispuesto en el artículo 36 del CST?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso recordar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los

cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

Precisión necesaria para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 12 de abril de 1996 hasta 11 de septiembre de 2012. Frente a esta pretensión en la contestación de la demandada, el Curador Ad Litem, quien representa los intereses de la empresa Servicar Teusaquillo S.A.S., señaló no constarle ello y por la misma razón se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo.

En ese sentido, para efectos de evaluar si el aquí actor acreditó que prestó sus servicios en favor de la encartada, encuentra la Sala que se aportó contrato individual de trabajo a término indefinido, suscrito el 12 de abril de 1996 entre el demandante y la pasiva, el cual tuvo por objeto:

A) IDENTIFICACION DE LAS PARTES

| | |
|---|---|
| EL EMPLEADOR LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA. | DOMICILIADO EN SANTAFE DE BOGOTA D.C. |
| EL TRABAJADOR EDGAR GOMEZ TORRES | DOMICILIADO EN SANTAFE DE BOGOTA D.C. |
| NACIONALIDAD, LUGAR Y FECHA DE NACIMIENTO DEL TRABAJADOR COLOMBIANO, SANTAFE DE BOGOTA, MARZO 27 DE 1.977. | |
| CARGO QUE OCUPARA EL TRABAJADOR MENSAJERO | |
| LUGAR Y FECHA DE CELEBRACION DE ESTE CONTRATO SANTAFE DE BOGOTA, ABRIL 12 DE 1.996 | |
| COMIENZO DE LABORES ABRIL 19 DE 1.996 | LUGAR DONDE SE LABORARA SANTAFE DE BOGOTA D.C. |
| SALARIO: CUANTIA Y MODALIDAD DE PAGO (MENSUAL) CIENTO CUARENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS (\$ 142.125,00) M/Cte. | |

Según se desprende del nexo contractual antes citado, la función específica del actor se contrajo a partir del 19 de abril de 1996 a ocupar el cargo de mensajero, recibiendo como contraprestación la suma de \$142.125.

Así las cosas, encuentra la Sala que no existe duda alguna de la prestación personal de los servicios del señor Édgar Gómez Torres en beneficio de Llanta Teusaquillo LTDA hoy Servicar Teusaquillo S.A.S., pues, así se predica del medio de convicción, circunstancia que se ratifica con la historia laboral expedida por Colpensiones, pues allí se verifica que aquella sociedad efectuó aportes pensionales a favor del actor entre 1 de abril de 1996 al 31 de julio de 2012, tal y como se demuestra a continuación:

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente resumen encontrará la información referente a las semanas de cotización como resultado de los pagos efectuados por cada uno de sus empleadores, incluyendo las efectuadas a título de trabajador independiente, a partir de enero de 1967 hasta la fecha.

| (1) Identificación Empleado | (2) Nombre y Razón Social | (3) Desde | (4) Hasta | (5) Último Salario | (6) Semanas | (7) Lic. | (8) Sup. | (9) Total |
|---------------------------------|---------------------------|------------|------------|--------------------|-------------|----------|----------|---------------|
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/04/1998 | 30/04/1998 | \$71.083 | 2,14 | 0 | 0 | 2,14 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/05/1998 | 31/07/1998 | \$142.125 | 12,86 | 0 | 0 | 12,86 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/08/1998 | 31/08/1998 | \$161.052 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/09/1998 | 31/01/1997 | \$180.000 | 21,43 | 0 | 0 | 21,43 |
| 86050968 | MANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/02/1997 | 31/12/1997 | \$200.000 | 47,14 | 0 | 0 | 47,14 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/12/1997 | 31/12/1997 | \$193.333 | 4,29 | 0 | 4 | 0,00 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/01/1998 | 31/12/1998 | \$203.825 | 0,00 | 0 | 0 | 0,00 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/01/1998 | 31/01/1998 | \$203.825 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/02/1998 | 28/02/1998 | \$207.652 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/03/1998 | 31/03/1998 | \$220.000 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/04/1998 | 30/09/1998 | \$240.000 | 25,71 | 0 | 0 | 25,71 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/10/1998 | 31/03/1999 | \$280.000 | 25,71 | 0 | 0 | 25,71 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/01/1999 | 30/09/1999 | \$236.460 | 0,00 | 0 | 0 | 0,00 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/04/1999 | 31/12/1999 | \$310.000 | 35,71 | 0 | 0 | 35,71 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/01/2000 | 31/01/2000 | \$299.656 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/02/2000 | 29/02/2000 | \$319.091 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/03/2000 | 31/03/2000 | \$310.000 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/04/2000 | 31/12/2000 | \$350.000 | 38,57 | 0 | 0 | 38,57 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/01/2001 | 31/01/2001 | \$338.331 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/02/2001 | 31/05/2001 | \$350.000 | 17,14 | 0 | 0 | 17,14 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/06/2001 | 30/06/2001 | \$441.000 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/07/2001 | 31/07/2001 | \$280.000 | 3,57 | 0 | 0 | 3,57 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/08/2001 | 31/12/2001 | \$350.000 | 21,43 | 0 | 0 | 21,43 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/01/2002 | 31/01/2002 | \$370.000 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/02/2002 | 31/01/2004 | \$390.000 | 102,86 | 0 | 0 | 102,86 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/02/2004 | 29/02/2004 | \$420.000 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/03/2004 | 31/03/2006 | \$450.000 | 55,57 | 0 | 0 | 55,57 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/04/2005 | 31/12/2005 | \$495.000 | 38,57 | 0 | 0 | 38,57 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/01/2006 | 28/02/2006 | \$528.000 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/03/2006 | 31/03/2006 | \$510.000 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/04/2006 | 31/05/2007 | \$525.000 | 60,00 | 0 | 0 | 60,00 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/06/2007 | 30/06/2007 | \$535.000 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/07/2007 | 31/10/2007 | \$560.000 | 12,86 | 0 | 0 | 12,86 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/12/2007 | 30/04/2008 | \$560.000 | 68,28 | 0 | 0 | 68,28 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/05/2009 | 30/06/2010 | \$610.000 | 59,86 | 0 | 0 | 59,86 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/07/2010 | 31/08/2010 | \$1.200.000 | 8,57 | 0 | 0 | 8,57 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/09/2010 | 30/09/2010 | \$600.000 | 2,14 | 0 | 0 | 2,14 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/11/2010 | 31/12/2010 | \$700.000 | 8,57 | 0 | 0 | 8,57 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/01/2011 | 31/08/2011 | \$728.000 | 34,29 | 0 | 0 | 34,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/09/2011 | 30/09/2011 | \$728.000 | 4,29 | 0 | 0 | 4,29 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/10/2011 | 31/01/2012 | \$728.000 | 12,86 | 0 | 0 | 12,86 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/02/2012 | 30/06/2012 | \$772.000 | 21,43 | 0 | 0 | 21,43 |
| 86050968 | LLANTAS TEUSAQUILLO LTDA | 01/07/2012 | 31/07/2012 | \$772.000 | 0,00 | 0 | 0 | 0,00 |
| TOTAL SEMANAS COTIZADAS: | | | | | | | | 651,63 |

Debe decirse que, aunque acierta la falladora de primer grado al señalar que la historia laboral expedida por Colpensiones no constituye plena prueba de la relación laboral en un determinado tiempo, para la Sala es un indicio de su existencia (SL1523-2020), el cual, sumado a la celebración del contrato de trabajo entre las partes que se hizo alusión en líneas atrás expuestas y el extracto de cuenta de individual de cesantías expedido por el Fondo Nacional del Ahorro donde señala como consignante la sociedad demandada, conlleva, necesariamente, a que esta Sala tenga el convencimiento de la prestación personal del servicio del señor Édgar Gómez Torres a favor de Servicar Teusaquillo S.A.S.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de la Servicar Teusaquillo S.A.S., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual permita constatar que el promotor del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, máxime que es nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, quedando establecida la prestación del servicio personal y subordinación, propia de la naturaleza de la labor que realizó el señor Gómez Torres al ser contratado.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que el señor Édgar Gómez Torres haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba en su contra, entonces, dada tal falencia probatoria, implicaba, para la A quo tener por cierto que el servicio se prestó bajo el elemento de la subordinación, de allí que sea desacertada su conclusión, al inferir la inexistencia de una relación laboral entre las partes.

Las anteriores consideraciones son suficientes para revocar la sentencia consultada.

3.1. Extremos temporales de la relación. Esclarecido que entre las partes se verificó una verdadera relación laboral, le compete a la Sala dilucidar los extremos temporales del citado nexo contractual.

Con respecto al hito inicial se acredita que tuvo ocurrencia el 19 de abril de 1996, fecha en la que el contrato de trabajo aportado señala como inició de las labores contratadas del aquí actor. En lo que hace al extremo final será el señalado en la historia laboral, esto es, 31 de julio de 2012, pues, aunque el actor señaló que el laborío finalizó el 11 de septiembre del mismo año, ningún esfuerzo realizó en demostrar que la prestación del servicio se efectuó hasta la citada fecha, conforme se desprende del artículo 167 del CGP, si se tiene en cuenta que la carta de renuncia que acompañó a la demanda, con la que pretende demostrar el finiquito del nexo contractual, no tiene constancia ni fecha de su radicado ante la empresa demandada, luego no le es posible a Sala proporcionar el valor probatorio que se pretende, pues no se tiene certeza de que la encartada tenga conocimiento de ella.

Por tal razón, se declarará que entre Édgar Gómez Torres y Servicar Teusaquillo S.A.S. existió un contrato de trabajo desde el 19 de abril de 1996 al 31 de julio de 2012.

3.2. Salario. En orden de verificar el salario devengado durante el tiempo en que el actor prestó sus servicios, se observa que la historia laboral expedida por Colpensiones da cuenta que durante los períodos allí señalados el señor Gómez Torres percibió las siguientes sumas de dinero:

| AÑO - MES | SALARIO | TOTAL SALARIO PROMEDIO |
|-------------|------------|------------------------|
| 1996 | | |
| abr-96 | \$ 71.053 | \$ 71.053 |
| may-96 | \$ 142.125 | \$ 142.125 |
| jun-96 | \$ 142.125 | \$ 142.125 |
| jul-96 | \$ 142.125 | \$ 142.125 |
| ago-96 | \$ 161.062 | \$ 161.062 |
| sep-96 | \$ 180.000 | \$ 180.000 |
| oct-96 | \$ 180.000 | \$ 180.000 |
| nov-96 | \$ 180.000 | \$ 180.000 |
| dic-96 | \$ 180.000 | \$ 180.000 |
| 1997 | | |
| ene-97 | \$ 180.000 | \$ 180.000 |
| feb-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| mar-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| abr-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| may-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| jun-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| jul-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| ago-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| sep-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| oct-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| nov-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| dic-97 | \$ 193.333 | \$ 193.333 |
| 1998 | | |
| ene-98 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |

| AÑO - MES | SALARIO | TOTAL SALARIO PROMEDIO |
|------------------|----------------|-------------------------------|
| feb-98 | \$ 207.652 | \$ 207.652 |
| mar-98 | \$ 220.000 | \$ 220.000 |
| abr-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| may-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| jun-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| jul-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| ago-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| sep-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| oct-98 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| nov-98 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| dic-98 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| 1999 | | |
| ene-99 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| feb-99 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| mar-99 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| abr-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| may-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| jun-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| jul-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| ago-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| sep-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| oct-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| nov-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| dic-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| 2000 | | |
| ene-00 | \$ 299.666 | \$ 299.666 |
| feb-00 | \$ 310.001 | \$ 310.001 |
| mar-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| abr-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| may-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| jun-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| jul-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| ago-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| sep-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| oct-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| nov-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| dic-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| 2001 | | |
| ene-01 | \$ 338.331 | \$ 338.331 |
| feb-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| mar-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| abr-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| may-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| jun-01 | \$ 441.000 | \$ 441.000 |
| jul-01 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| ago-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| sep-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| oct-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| nov-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| dic-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |

| AÑO - MES | SALARIO | TOTAL SALARIO PROMEDIO |
|------------------|----------------|-------------------------------|
| 2002 | | |
| ene-02 | \$ 370.000 | \$ 370.000 |
| feb-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| mar-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| abr-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| may-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| jun-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| jul-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| ago-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| sep-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| oct-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| nov-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| dic-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| 2003 | | |
| ene-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| feb-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| mar-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| abr-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| may-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| jun-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| jul-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| ago-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| sep-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| oct-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| nov-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| dic-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| 2004 | | |
| ene-04 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| feb-04 | \$ 420.000 | \$ 420.000 |
| mar-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| abr-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| may-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| jun-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| jul-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| ago-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| sep-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| oct-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| nov-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| dic-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| 2005 | | |
| ene-05 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| feb-05 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| mar-05 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| abr-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| may-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| jun-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| jul-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| ago-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| sep-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| oct-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |

| AÑO - MES | SALARIO | TOTAL SALARIO PROMEDIO |
|------------------|----------------|-------------------------------|
| nov-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| dic-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| 2006 | | |
| ene-06 | \$ 528.000 | \$ 528.000 |
| feb-06 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| mar-06 | \$ 510.000 | \$ 510.000 |
| abr-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| may-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| jun-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| jul-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| ago-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| sep-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| oct-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| nov-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| dic-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| 2007 | | |
| ene-07 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| feb-07 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| mar-07 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| abr-07 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| may-07 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| jun-07 | \$ 535.000 | \$ 535.000 |
| jul-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| ago-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| sep-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| oct-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| nov-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| dic-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| 2008 | | |
| ene-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| feb-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| mar-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| abr-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| may-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| jun-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| jul-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| ago-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| sep-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| oct-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| nov-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| dic-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| 2009 | | |
| ene-09 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| feb-09 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| mar-09 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| abr-09 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| may-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| jun-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| jul-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| ago-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |

| AÑO - MES | SALARIO | TOTAL SALARIO PROMEDIO |
|------------------|----------------|-------------------------------|
| sep-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| oct-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| nov-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| dic-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| 2010 | | |
| ene-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| feb-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| mar-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| abr-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| may-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| jun-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| jul-10 | \$ 1.200.000 | \$ 1.200.000 |
| ago-10 | \$ 1.200.000 | \$ 600.000 |
| sep-10 | \$ 600.000 | \$ 600.000 |
| oct-10 | \$ - | \$ - |
| nov-10 | \$ 700.000 | \$ 700.000 |
| dic-10 | \$ 700.000 | \$ 700.000 |
| 2011 | | |
| ene-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| feb-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| mar-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| abr-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| may-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| jun-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| jul-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| ago-11 | \$ 728.000 | \$ 536.000 |
| sep-11 | \$ 536.000 | \$ 728.000 |
| oct-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| nov-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| dic-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| 2012 | | |
| ene-12 | \$ - | \$ - |
| feb-12 | \$ 772.000 | \$ 772.000 |
| mar-12 | \$ 772.000 | \$ 772.000 |
| abr-12 | \$ 772.000 | \$ 772.000 |
| may-12 | \$ 772.000 | \$ 772.000 |
| jun-12 | \$ 772.000 | \$ 772.000 |
| jul-12 | \$ - | \$ - |

Sin embargo, como se vio, para algunos periodos, no obra prueba en el informativo del salario devengado, siendo de su incumbencia probarlo, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. En consecuencia, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en el citado medio probatorio, mismo que no fue objeto de tacha de falsedad, tampoco desconocido por la accionada, y para los periodos restantes, como quiera que ninguna probanza adicional se aportó con la que se verifique el monto salarial, se tomará como asignación salarial el salario mínimo legal mensual vigente, por así disponerlo el artículo 132 del CST.

En conclusión, las siguientes sumas serán las que se tengan en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

| AÑO - MES | SALARIO | TOTAL SALARIO PROMEDIO |
|--------------------------|----------------|-------------------------------|
| 1996 | | |
| abr-96 | \$ 71.053 | \$ 71.053 |
| may-96 | \$ 142.125 | \$ 142.125 |
| jun-96 | \$ 142.125 | \$ 142.125 |
| jul-96 | \$ 142.125 | \$ 142.125 |
| ago-96 | \$ 161.062 | \$ 161.062 |
| sep-96 | \$ 180.000 | \$ 180.000 |
| oct-96 | \$ 180.000 | \$ 180.000 |
| nov-96 | \$ 180.000 | \$ 180.000 |
| dic-96 | \$ 180.000 | \$ 180.000 |
| Promedio salarial | | \$ 153.166 |
| 1997 | | |
| ene-97 | \$ 180.000 | \$ 180.000 |
| feb-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| mar-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| abr-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| may-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| jun-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| jul-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| ago-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| sep-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| oct-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| nov-97 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| dic-97 | \$ 193.333 | \$ 193.333 |
| Promedio salarial | | \$ 197.778 |
| 1998 | | |
| ene-98 | \$ 200.000 | \$ 200.000 |
| feb-98 | \$ 207.652 | \$ 207.652 |
| mar-98 | \$ 220.000 | \$ 220.000 |
| abr-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| may-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| jun-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| jul-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| ago-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| sep-98 | \$ 240.000 | \$ 240.000 |
| oct-98 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| nov-98 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| dic-98 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| Promedio salarial | | \$ 242.304 |
| 1999 | | |
| ene-99 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| feb-99 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| mar-99 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| abr-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| may-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| jun-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| jul-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| ago-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| sep-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| oct-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |

| AÑO - MES | SALARIO | TOTAL SALARIO PROMEDIO |
|--------------------------|----------------|-------------------------------|
| nov-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| dic-99 | \$ 310.000 | \$ 310.000 |
| Promedio salarial | | \$ 302.500 |
| 2000 | | |
| ene-00 | \$ 299.666 | \$ 299.666 |
| feb-00 | \$ 310.001 | \$ 310.001 |
| mar-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| abr-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| may-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| jun-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| jul-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| ago-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| sep-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| oct-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| nov-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| dic-00 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| Promedio salarial | | \$ 342.472 |
| 2001 | | |
| ene-01 | \$ 338.331 | \$ 338.331 |
| feb-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| mar-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| abr-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| may-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| jun-01 | \$ 441.000 | \$ 441.000 |
| jul-01 | \$ 280.000 | \$ 280.000 |
| ago-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| sep-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| oct-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| nov-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| dic-01 | \$ 350.000 | \$ 350.000 |
| Promedio salarial | | \$ 350.778 |
| 2002 | | |
| ene-02 | \$ 370.000 | \$ 370.000 |
| feb-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| mar-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| abr-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| may-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| jun-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| jul-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| ago-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| sep-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| oct-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| nov-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| dic-02 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| Promedio salarial | | \$ 388.333 |
| 2003 | | |
| ene-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| feb-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| mar-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| abr-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |

| AÑO - MES | SALARIO | TOTAL SALARIO PROMEDIO |
|--------------------------|----------------|-------------------------------|
| may-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| jun-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| jul-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| ago-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| sep-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| oct-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| nov-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| dic-03 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| Promedio salarial | | \$ 390.000 |
| 2004 | | |
| ene-04 | \$ 390.000 | \$ 390.000 |
| feb-04 | \$ 420.000 | \$ 420.000 |
| mar-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| abr-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| may-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| jun-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| jul-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| ago-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| sep-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| oct-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| nov-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| dic-04 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| Promedio salarial | | \$ 442.500 |
| 2005 | | |
| ene-05 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| feb-05 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| mar-05 | \$ 450.000 | \$ 450.000 |
| abr-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| may-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| jun-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| jul-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| ago-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| sep-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| oct-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| nov-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| dic-05 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| Promedio salarial | | \$ 483.750 |
| 2006 | | |
| ene-06 | \$ 528.000 | \$ 528.000 |
| feb-06 | \$ 495.000 | \$ 495.000 |
| mar-06 | \$ 510.000 | \$ 510.000 |
| abr-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| may-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| jun-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| jul-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| ago-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| sep-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| oct-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| nov-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| dic-06 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |

| AÑO - MES | SALARIO | TOTAL SALARIO PROMEDIO |
|--------------------------|----------------|-------------------------------|
| Promedio salarial | | \$ 521.500 |
| 2007 | | |
| ene-07 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| feb-07 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| mar-07 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| abr-07 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| may-07 | \$ 525.000 | \$ 525.000 |
| jun-07 | \$ 535.000 | \$ 535.000 |
| jul-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| ago-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| sep-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| oct-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| nov-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| dic-07 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| Promedio salarial | | \$ 543.333 |
| 2008 | | |
| ene-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| feb-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| mar-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| abr-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| may-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| jun-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| jul-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| ago-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| sep-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| oct-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| nov-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| dic-08 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| Promedio salarial | | \$ 560.000 |
| 2009 | | |
| ene-09 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| feb-09 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| mar-09 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| abr-09 | \$ 560.000 | \$ 560.000 |
| may-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| jun-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| jul-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| ago-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| sep-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| oct-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| nov-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| dic-09 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| Promedio salarial | | \$ 593.333 |
| 2010 | | |
| ene-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| feb-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| mar-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| abr-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| may-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |
| jun-10 | \$ 610.000 | \$ 610.000 |

| AÑO - MES | SALARIO | TOTAL SALARIO PROMEDIO |
|--------------------------|--------------|------------------------|
| jul-10 | \$ 1.200.000 | \$ 1.200.000 |
| ago-10 | \$ 1.200.000 | \$ 600.000 |
| sep-10 | \$ 600.000 | \$ 600.000 |
| oct-10 | \$ 515.000 | \$ 515.000 |
| nov-10 | \$ 700.000 | \$ 700.000 |
| dic-10 | \$ 700.000 | \$ 700.000 |
| Promedio salarial | | \$ 664.583 |
| 2011 | | |
| ene-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| feb-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| mar-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| abr-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| may-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| jun-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| jul-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| ago-11 | \$ 728.000 | \$ 536.000 |
| sep-11 | \$ 536.000 | \$ 728.000 |
| oct-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| nov-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| dic-11 | \$ 728.000 | \$ 728.000 |
| Promedio salarial | | \$ 712.000 |
| 2012 | | |
| ene-12 | \$ 566.700 | \$ 566.700 |
| feb-12 | \$ 772.000 | \$ 772.000 |
| mar-12 | \$ 772.000 | \$ 772.000 |
| abr-12 | \$ 772.000 | \$ 772.000 |
| may-12 | \$ 772.000 | \$ 772.000 |
| jun-12 | \$ 772.000 | \$ 772.000 |
| jul-12 | \$ 566.700 | \$ 566.700 |
| Promedio salarial | | \$ 713.343 |

4. Acreencias laborales adeudadas. Se proceden a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe prueba alguna de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

4.1. Auxilio de Cesantías. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST)

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Debe precisarse que, si bien se adosó a la demanda el extracto de cuenta de individual de cesantías expedido por el Fondo Nacional del Ahorro donde señala como consignante la sociedad demandada, también lo es que la documental señala que para el periodo 2012 - 2013 no hubo pago del auxilio de cesantía por parte del empleador, luego es evidente que hay lugar a que se condenada la enjuiciada a su pago.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$7.402.478** por concepto de auxilio de cesantías entre el 12 de abril de 1996.

| Auxilio de Cesantías | | | | |
|-----------------------------------|------------|--|-----------------|---------------------|
| Auxilio de Cesantías | Salario | Tota (salario + auxilio de transporte) | Días Liquidados | Valor cesantías |
| 1996 | \$ 180.000 | \$ 0 | 252 | \$ 126.000 |
| 1997 | \$ 197.778 | \$ 0 | 360 | \$ 197.778 |
| 1998 | \$ 280.000 | \$ 0 | 360 | \$ 280.000 |
| 1999 | \$ 310.000 | \$ 0 | 360 | \$ 310.000 |
| 2000 | \$ 350.000 | \$ 0 | 360 | \$ 350.000 |
| 2001 | \$ 350.000 | \$ 0 | 360 | \$ 350.000 |
| 2002 | \$ 390.000 | \$ 0 | 360 | \$ 390.000 |
| 2003 | \$ 390.000 | \$ 0 | 360 | \$ 390.000 |
| 2004 | \$ 450.000 | \$ 0 | 360 | \$ 450.000 |
| 2005 | \$ 495.000 | \$ 0 | 360 | \$ 495.000 |
| 2006 | \$ 525.000 | \$ 0 | 360 | \$ 525.000 |
| 2007 | \$ 560.000 | \$ 0 | 360 | \$ 560.000 |
| 2008 | \$ 560.000 | \$ 0 | 360 | \$ 560.000 |
| 2009 | \$ 610.000 | \$ 0 | 360 | \$ 610.000 |
| 2010 | \$ 664.583 | \$ 0 | 360 | \$ 664.583 |
| 2011 | \$ 728.000 | \$ 0 | 360 | \$ 728.000 |
| 2012 | \$ 713.343 | \$ 0 | 210 | \$ 416.117 |
| Total Auxilio de cesantías | | | | \$ 7.402.478 |

4.2. Intereses a las cesantías. Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$862.955** por concepto de intereses a las cesantías causados.

| Intereses a las cesantías | | | | |
|---------------------------|--|-----------------|-----------------|---------------------------------|
| Cesantías año | Intereses a las cesantías causados y exigibles | Días liquidados | Valor cesantías | Valor intereses a las cesantías |
| 1996 | ene-97 | 252 | \$ 126.000 | \$ 10.584 |
| 1997 | ene-98 | 360 | \$ 197.778 | \$ 23.733 |
| 1998 | ene-99 | 360 | \$ 280.000 | \$ 33.600 |
| 1999 | ene-00 | 360 | \$ 310.000 | \$ 37.200 |
| 2000 | ene-01 | 360 | \$ 350.000 | \$ 42.000 |
| 2001 | ene-02 | 360 | \$ 350.000 | \$ 42.000 |
| 2002 | ene-03 | 360 | \$ 390.000 | \$ 46.800 |
| 2003 | ene-04 | 360 | \$ 390.000 | \$ 46.800 |
| 2004 | ene-05 | 360 | \$ 450.000 | \$ 54.000 |

| Intereses a las cesantías | | | | |
|----------------------------------|--------------------------|-----|------------|-------------------|
| 2005 | ene-06 | 360 | \$ 495.000 | \$ 59.400 |
| 2006 | ene-07 | 360 | \$ 525.000 | \$ 63.000 |
| 2007 | ene-08 | 360 | \$ 560.000 | \$ 67.200 |
| 2008 | ene-09 | 360 | \$ 560.000 | \$ 67.200 |
| 2009 | ene-10 | 360 | \$ 610.000 | \$ 73.200 |
| 2010 | ene-11 | 360 | \$ 664.583 | \$ 79.750 |
| 2011 | ene-12 | 360 | \$ 728.000 | \$ 87.360 |
| 2012 | Terminación del Contrato | 210 | \$ 416.117 | \$ 29.128 |
| Intereses a las cesantías | | | | \$ 862.955 |

4.3. Prima de servicios. El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

| Prima de servicios | | | | | |
|--------------------------------|------------|-----------------------|--|------|---------------------|
| Prima causada y exigible | Salario | Auxilio de transporte | Tota (salario + auxilio de transporte) | Días | Valor prima |
| jun-96 | \$ 355.303 | \$ 0 | \$ 355.303 | 72 | \$ 71.061 |
| dic-96 | \$ 170.531 | \$ 0 | \$ 170.531 | 180 | \$ 85.266 |
| jun-97 | \$ 196.667 | \$ 0 | \$ 196.667 | 180 | \$ 98.334 |
| dic-97 | \$ 198.889 | \$ 0 | \$ 198.889 | 180 | \$ 99.445 |
| jun-98 | \$ 224.609 | \$ 0 | \$ 224.609 | 180 | \$ 112.305 |
| dic-98 | \$ 260.000 | \$ 0 | \$ 260.000 | 180 | \$ 130.000 |
| jun-99 | \$ 295.000 | \$ 0 | \$ 295.000 | 180 | \$ 147.500 |
| dic-99 | \$ 310.000 | \$ 0 | \$ 310.000 | 180 | \$ 155.000 |
| jun-00 | \$ 334.945 | \$ 0 | \$ 334.945 | 180 | \$ 167.473 |
| dic-00 | \$ 350.000 | \$ 0 | \$ 350.000 | 180 | \$ 175.000 |
| jun-01 | \$ 363.222 | \$ 0 | \$ 363.222 | 180 | \$ 181.611 |
| dic-01 | \$ 338.333 | \$ 0 | \$ 338.333 | 180 | \$ 169.167 |
| jun-02 | \$ 386.667 | \$ 0 | \$ 386.667 | 180 | \$ 193.334 |
| dic-02 | \$ 390.000 | \$ 0 | \$ 390.000 | 180 | \$ 195.000 |
| jun-03 | \$ 390.000 | \$ 0 | \$ 390.000 | 180 | \$ 195.000 |
| dic-03 | \$ 390.000 | \$ 0 | \$ 390.000 | 180 | \$ 195.000 |
| jun-04 | \$ 435.000 | \$ 0 | \$ 435.000 | 180 | \$ 217.500 |
| dic-04 | \$ 450.000 | \$ 0 | \$ 450.000 | 180 | \$ 225.000 |
| jun-05 | \$ 472.500 | \$ 0 | \$ 472.500 | 180 | \$ 236.250 |
| dic-05 | \$ 495.000 | \$ 0 | \$ 495.000 | 180 | \$ 247.500 |
| jun-06 | \$ 518.000 | \$ 0 | \$ 518.000 | 180 | \$ 259.000 |
| dic-06 | \$ 525.000 | \$ 0 | \$ 525.000 | 180 | \$ 262.500 |
| jun-07 | \$ 526.667 | \$ 0 | \$ 526.667 | 180 | \$ 263.334 |
| dic-07 | \$ 560.000 | \$ 0 | \$ 560.000 | 180 | \$ 280.000 |
| jun-08 | \$ 560.000 | \$ 0 | \$ 560.000 | 180 | \$ 280.000 |
| dic-08 | \$ 560.000 | \$ 0 | \$ 560.000 | 180 | \$ 280.000 |
| jun-09 | \$ 576.667 | \$ 0 | \$ 576.667 | 180 | \$ 288.334 |
| dic-09 | \$ 610.000 | \$ 0 | \$ 610.000 | 180 | \$ 305.000 |
| jun-10 | \$ 610.000 | \$ 0 | \$ 610.000 | 180 | \$ 305.000 |
| dic-10 | \$ 819.167 | \$ 0 | \$ 819.167 | 180 | \$ 409.584 |
| jun-11 | \$ 728.000 | \$ 0 | \$ 728.000 | 180 | \$ 364.000 |
| dic-11 | \$ 696.000 | \$ 0 | \$ 696.000 | 180 | \$ 348.000 |
| jun-12 | \$ 737.783 | \$ 0 | \$ 737.783 | 180 | \$ 368.892 |
| jul-12 | \$ 566.700 | \$ 0 | \$ 566.700 | 30 | \$ 47.225 |
| Total Prima de servicio | | | | | \$ 7.357.609 |

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$7.356.622** por concepto de prima de servicios causadas.

4.4. Vacaciones. Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$4.613.883** por su compensación en dinero.

| Vacaciones | | | |
|----------------------------------|------------|----------------|---------------------|
| Tiempo laborado tenido en cuenta | Salario | Días laborados | Valor vacaciones |
| 19/04/1996 AL 31/07/2012 | \$ 566.700 | 5862 | \$ 4.613.883 |
| Total vacaciones | | | \$ 4.613.883 |

4.5. Salarios insolutos. El siguiente punto que corresponde dilucidar es el atinente a los salarios reclamados de los periodos de octubre de 2011 a 15 de septiembre de 2012. Frente a ello y como se señaló anteriormente, no se encuentra acreditado que desde el 1º de agosto al 15 de septiembre del 2012 hubo prestación efectiva del servicio, por lo que no hay lugar al pago de los salarios correspondientes a esa fecha. Sin embargo, observa la Sala, que no aparece medio alguno del que pueda derivarse que la demandada pagó salarios del mes de octubre de 2011 a julio de 2012, por lo que habrá lugar a condenar a la encartada al pago de **\$7.177.400**, por concepto de salarios insolutos.

| SALARIOS INSOLUTOS | |
|-----------------------|---------------------|
| AÑO | SALARIO |
| oct-11 | \$ 728.000 |
| nov-11 | \$ 728.000 |
| dic-11 | \$ 728.000 |
| ene-12 | \$ 566.700 |
| feb-12 | \$ 772.000 |
| mar-12 | \$ 772.000 |
| abr-12 | \$ 772.000 |
| may-12 | \$ 772.000 |
| jun-12 | \$ 772.000 |
| jul-12 | \$ 566.700 |
| TOTAL | \$ 7.177.400 |

5. Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías. Respecto a estas pretensiones cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de

la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, encontrándose demostrado, conforme al material probatorio allegado de manera legal y oportuna que la llamada a juicio no consignó el auxilio de cesantías correspondiente al señor Édgar Gómez Torres, por todo el tiempo de la relación laboral al fondo respectivo, según lo contemplado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; así mismo, se logró evidenciar que finalizada la relación laboral, quedó adeudando al actor salarios y prestaciones sociales, sin argumentar causal de justificación alguna al momento de dar respuesta a la demanda que demostrara la no obtención de un provecho para sí con su actuación omisiva. Nótese que ni siquiera propuso la excepción de buena fe, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de las sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas así:

5.1. Liquidación indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. Ha sido criterio de la suscrita magistrada que, la indemnización moratoria en los precisos términos del artículo 65 del CST, procede a razón de un día de salario por cada día de retardo desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta la fecha de pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, siempre que se haya elevado el libelo demandatorio dentro del término de los 24 meses contados desde la finalización del nexo contractual, no obstante, en virtud de la orden adoptada dentro de la acción de tutela 110010205000202101124001 por parte de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia y confirmada por la Sala de Casación Penal de esta misma corporación en la sentencia en sentencia STL11218-2021, y en la medida que estas decisiones fueron excluidas de revisión por parte de la Corte Constitucional, acogiendo lo allí dispuesto, se reconsidera la actual postura, para en su lugar, acoger el criterio que reina actualmente en la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y que ha adoptado mayoritariamente esta sala de decisión luego de su nueva conformación, en lo que a la forma de liquidación de esta sanción se refiere, esto es que, si a la terminación del contrato ocurre después de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, y se interpone la acción dentro de los 24 meses contados a partir de la fecha del finiquito, procede la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24 y a partir del mes 25 se deberán reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y si transcurridos 24 meses el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar intereses moratorios a partir de la misma terminación del vínculo hasta que el pago se verifique, esto en el caso que el asalariado tenga una retribución superior al mínimo, tal y como ha sido reflejado entre otras, en las sentencias SL2966-2018, SL2140-2019 y SL2805-2020.

En consecuencia, para el caso en particular, se fulmina condena por este concepto, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó con posterioridad de los 24 meses finalizada la relación (acta de reparto del 11 de septiembre de 2014) y el salario promedio acreditado a la fecha de terminación del vínculo laboral fue el equivalente a **\$713.343**, suma superior al salario mínimo legal mensual del año 2012 (\$566.700) así, la llamada a juicio deberá cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas, contabilizados a partir de que se produjo el finiquito, esto es, **1 de agosto de 2012** y hasta cuando el pago de salarios y prestaciones sociales se verifique, en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del CST, a título de indemnización moratoria.

5.2. Ponencia compartida - sanción por no consignación de las cesantías. Sobre la liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016 *“que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral”*

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$78.055.703**.

| SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99 | | | | | | |
|--|------------|------------|------------|----------------|------------|----------------------|
| AÑO | SALARIO | DESDE | HASTA | SALARIO DIARIO | TOTAL DÍAS | SUBTOTAL MORATORIA |
| 1996 | \$ 153.166 | 15/02/1997 | 14/02/1998 | \$ 5.106 | 360 | \$ 1.837.987 |
| 1997 | \$ 197.778 | 15/02/1998 | 14/02/1999 | \$ 6.593 | 360 | \$ 2.373.333 |
| 1998 | \$ 242.304 | 15/02/1999 | 14/02/2000 | \$ 8.077 | 360 | \$ 2.907.652 |
| 1999 | \$ 302.500 | 15/02/2000 | 14/02/2001 | \$ 10.083 | 360 | \$ 3.630.000 |
| 2000 | \$ 342.472 | 15/02/2001 | 14/02/2002 | \$ 11.416 | 360 | \$ 4.109.667 |
| 2001 | \$ 350.778 | 15/02/2002 | 14/02/2003 | \$ 11.693 | 360 | \$ 4.209.331 |
| 2002 | \$ 388.333 | 15/02/2003 | 14/02/2004 | \$ 12.944 | 360 | \$ 4.660.000 |
| 2003 | \$ 390.000 | 15/02/2004 | 14/02/2005 | \$ 13.000 | 360 | \$ 4.680.000 |
| 2004 | \$ 442.500 | 15/02/2005 | 14/02/2006 | \$ 14.750 | 360 | \$ 5.310.000 |
| 2005 | \$ 483.750 | 15/02/2006 | 14/02/2007 | \$ 16.125 | 360 | \$ 5.805.000 |
| 2006 | \$ 521.500 | 15/02/2007 | 14/02/2008 | \$ 17.383 | 360 | \$ 6.258.000 |
| 2007 | \$ 543.333 | 15/02/2008 | 14/02/2009 | \$ 18.111 | 360 | \$ 6.520.000 |
| 2008 | \$ 560.000 | 15/02/2009 | 14/02/2010 | \$ 18.667 | 360 | \$ 6.720.000 |
| 2009 | \$ 593.333 | 15/02/2010 | 14/02/2011 | \$ 19.778 | 360 | \$ 7.120.000 |
| 2010 | \$ 664.583 | 15/02/2011 | 14/02/2012 | \$ 22.153 | 360 | \$ 7.975.000 |
| 2011 | \$ 712.000 | 15/02/2012 | 31/07/2012 | \$ 23.733 | 166 | \$ 3.939.733 |
| TOTAL SANCIÓN | | | | | | \$ 78.055.703 |

6. Despido Indirecto. Sentado lo anterior, se iniciará por establecer si en efecto existe una justa causa que le de soporte a la pretensión declaratoria de despido indirecto, y consecuentemente al pago de la indemnización por despido injusto. Para el efecto se tiene que el señor Gómez Torres, solicita el pago de aquella por considerar que la presentación de su renuncia se dio por razones atribuibles a su empleador; argumentos que corresponden a lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado despido indirecto, en virtud del cual, se ha entendido que se presenta cuando el empleador obliga a su trabajador a terminar el contrato de trabajo, bien sea porque directamente lo exige, o bien cuando su actuar conlleva a ejercer presión que necesariamente llevan al trabajador a tomar tal decisión.

En ese sentido, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del CGP, debe acreditar el extrabajador la existencia de las justas causas que invocó en su oportunidad para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria.

Ahora, el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que:

"PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos."

Tras lo indicado, se observa que el trabajador también puede dar por terminado el contrato de trabajo con su empleador cuando este considere que el empleador ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones o ha realizado actos que atenten directamente con el desarrollo de sus funciones que transgreden la naturaleza del contrato de trabajo; para lo cual, el trabajador puede invocar las justas causas para dar por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo y reclamar la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, causales que se encuentran de manera taxativa en los artículos 62 y 63 del mismo cuerpo normativo.

Aclarando que no basta sólo con invocar la causal fundada en la Ley para determinar la existencia u ocurrencia de una justa causa para dar por terminada la relación laboral, sino que es necesario que la parte que quien pretende el finiquito - en este caso el trabajador por tratarse de un despido indirecto-, deberá señalar los hechos o motivaciones que dan origen a su decisión, tal como lo previó la Corte Constitucional en sentencia C – 594 de 1997.

La razón de lo anterior es por cuanto se permite con ello inferir cuales son las razones de fondo que configuran la justa causa legal para dar por finalizado el vínculo laboral, en desarrollo de los principios de buena fe y lealtad que deben estar inmersas al interior de las relaciones laborales. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-19995-2017, reiteró una vez más lo siguiente:

"El despido indirecto, se materializa cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque de antaño se ha precisado, que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (CSJ SL18623-2016)."

Además de lo anterior, debe recordarse que no es viable invocar hechos ocurridos con una anterioridad excesiva a la fecha de la presentación de la carta de terminación del contrato, por cuanto según lo ha establecido de manera reiterada la jurisprudencia del máximo órgano de la justicia laboral ordinaria, para finalizar una relación laboral con justa causa, las que se invoquen por quien decide romper la relación contractual deben ser mediatas, dentro de un término moderado y razonable, pues de lo contrario se entienden que han sido condonadas.

En conclusión, que quien pretenda presentar su decisión de terminar la relación laboral, deberá, como primera medida, manifestarle a su empleador las razones de la terminación del vínculo, tal cual lo consagra el párrafo del artículo 62 ibídem; en segundo lugar, deberá indicarse los motivos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo y, en tercer lugar, demostrar que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador.

En virtud de lo anterior, corresponde en este momento revisar el material probatorio allegado al instructivo, para establecer si el gestor del proceso al momento de terminación de la relación laboral le manifestó al empleador la causal o motivo de esa determinación y conforme a ello, si demostró los hechos que la conforman.

Pues bien, al realizar una valoración de las pruebas allegadas al plenario la Sala observa que no se demostró al momento de terminar la relación laboral su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo bajo una exposición clara y concreta de las razones sobre las cuales basa su decisión, ya que como se dijo con anterioridad, la carta de renuncia que se adosó al plenario no fue puesta en conocimiento de la demandada, pues sobre esto no existe ningún medio de prueba adosado, quedando únicamente la afirmación de que ello aconteció, la cual no puede ser tenida en cuenta para los efectos que pretende el demandante.

Así las cosas, se absolverá a la demandada de esta pretensión.

7. Aportes al sistema integral de seguridad social. Pretende el demandante el pago de las cotizaciones causadas con posterioridad al 31 de julio de 2012 y que no fueron efectuadas por su empleador demandado; sin embargo, debe tenerse en cuenta que como el accionante prestó el servicio a favor de la encartada hasta la citada calenda, sin que haya demostrado que sus actividades se hayan prolongado hasta 15 de septiembre del mismo año, es claro que no hay lugar al pago de los aportes a los subsistemas de seguridad social en pensiones, salud y ARL. Por tal razón, se absolverá de esta pretensión a la enjuiciada.

8. Responsabilidad solidaria. En torno a la responsabilidad solidaria que pregona el actor en contra de la demandada Gina Marcela Gruesso Cely, basta con traer a colación lo dispuesto en el artículo 36 del C.S.T., que reza lo siguiente:

"ARTÍCULO 36. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. *Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión."*

Dicha figura jurídica, hace extensiva las obligaciones surgidas con ocasión del contrato laboral, a las sociedades de personas y sus miembros, atribuyéndose responsabilidad solidaria en la satisfacción de los créditos sociales insolutos, misma que bien es sabido, no opera de pleno derecho si no que debe ser declarada a través de decisión judicial. Sin embargo, como se dijo, dicha solidaridad solo se puede predicar de las sociedades de personas, y no de capital o anónimas por acciones. También debe recordarse que de conformidad con el inciso segundo del artículo primero de la Ley 1258 de 2008, señala que "*salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad*", norma que fue declarada exequible a través de la sentencia C-090 de 2014, en la cual se dejó sentado que dicha limitación no constituye desprotección de los derechos del trabajador ya que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos.

Bajo ese entendimiento, fácil resulta concluir que por tratarse la demandada de una sociedad de acciones simplificadas conforme a lo visto en el certificado de existencia y representación legal que milita en el expediente, y no de personas, no puede esta Sala declarar la solidaridad que se pretende, en tanto, que como anotó, los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, máxime que no se aportó medio de prueba tendiente a demostrar que la sociedad se hubiere utilizado con el fin de defraudar la Ley en perjuicio de los terceros, menos aún se encuentra probado que los accionistas y administradores hubieren realizado, participado o facilitado actos defraudatorios, tal y como lo dispone el artículo 42 ibídem, actos que en todo caso, son de competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, a través de la Superintendencia de

Sociedades a prevención o de los jueces Civiles del Circuito, quienes conocen sobre la indemnización de los perjuicios.

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos y fácticos para que proceda la condena solidaria a la demandada, se absolverá a la señora Gina Marcela Grueso Cely, de todos y cada una de las pretensiones de la demanda.

9. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2023, por el Juzgado Sexto 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 **ÉDGAR GÓMEZ TORRES** y **SERVICAR TEUSAQUILLO S.A.S.** entre el 19 de abril de 1996 al 31 de julio de 2012.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **SERVICAR TEUSAQUILLO S.A.S.**, a pagar al señor **ÉDGAR GÓMEZ TORRES**, las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$7.402.478**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$862.955**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$7.356.622**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$4.613.883**, por concepto de vacaciones.
- e) **\$7.177.400**, por concepto de salarios insolutos.
- f) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **\$78.055.703**.
- g) Por concepto de indemnización moratoria, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas, contabilizados a partir de que se produjo el finiquito, esto es, **1 de agosto de 2012** y hasta cuando el pago de salarios y prestaciones sociales se verifique, en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del CST, a título de indemnización moratoria.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia a cargo de **SERVICAR TEUSAQUILLO S.A.S.** y a favor de **ÉDGAR GÓMEZ TORRES**. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: SUMARIO LABORAL
Demandante: MARÍA STELLA PULGARÍN HERRERA
Demandada: CAPITAL SALUD EPS
Radicación: 110012205-000-2023-01407-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA – GASTOS MÉDICOS - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

Se decide de plano la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 11 de abril de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Stella Pulgarín Herrera presentó solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud con el propósito de que se ordene el reconocimiento económico derivado de los gastos en que incurrió por la denegación de servicios de su padre Álvaro Pulgarín Cabrera, adulto mayor de 89 años.

Como fundamento de su pretensión señaló en síntesis que el señor Pulgarín estuvo hospitalizado desde el 25 de agosto hasta el 1º de septiembre de 2020, con diagnóstico previo de diverticulosis con necesidad de cirugía, sin que fuera posible su intervención debido a su edad, debiendo ser tratado con cuidados extremos con dieta estricta y medicamentos. Adicional a ello refiere que el paciente es hipertenso y diabético, no siendo apropiado para su salud la estadía en la ciudad de Bogotá, por ello, se trasladó a vivir temporalmente a la ciudad de Fusagasugá; para la atención de la EPS Capital salud donde está afiliado, tramitó la portabilidad de acuerdo con el Decreto 1683 de 2013, para la atención y tratamiento de su enfermedad durante mi permanencia en dicho municipio, la que le fue autorizada a partir del 19/10/2020 hasta el 18/01/2021 y del 08/02/2021 hasta el 07/12/2021 en la IPS Primaria Hospital San Rafael, Fusagasugá.

Fue tramitada prórroga según lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 1683 del 2013, a pesar de ello, Capital Salud negó el servicio de Portabilidad desconociendo tal normatividad y para su reconocimiento se interpuso demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud, proceso jurisdiccional J2021-1349, siendo en sentencia S2021-1935 del 30 de diciembre de 2021, que se dispuso otorgar la prórroga por un año más, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá– Sala Laboral; que a pesar de lo anterior, el afiliado falleció el 9 de mayo de 2022 sin que la demandada haya dado cumplimiento a lo ordenado. (Expediente digital, Carpeta 1Demanda).

2. Contestación de la demanda. Dio contestación oponiéndose a la pretensión de la demandada, argumentando que en el transcurso de los años 2020 y hasta el año 2022, se realizó la autorización de 111 servicios, de acuerdo con la base de datos y al sistema de información denominado "Reporteador V", con ello, se evidencia que Capital Salud EPS-S de manera eficaz y prioritaria, dio cumplimiento a las pretensiones del demandante,

atendiendo que la Dirección de Auditoría Médica, realizó la trazabilidad de los insumos autorizados por la EPSS; Respecto al servicio de portabilidad indicó que, desde el año 2021, el usuario Álvaro Pulgarín Cabrera inició trámite de portabilidad de servicios para el municipio de Fusagasugá - Cundinamarca, los que le fueron concedidos para los siguientes periodos: en octubre de 2020, se generó portabilidad por 3 meses del 19 de octubre al 18 de enero de 2021; en febrero de 2021, se generó portabilidad por 10 meses del 8 de febrero de 2021 hasta el 7 de diciembre de 2021; en mayo 2022, se generó portabilidad por 11 meses del 6 de mayo de 2022 hasta el 5 de abril de 2022. En su defensa formuló la excepción de carencia actual por hecho superado. (Expediente digital, Carpeta 6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA).

3. Decisión de Primera Instancia. La Superintendencia Nacional de Salud profirió fallo el 11 de abril de 2023, accediendo a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, ordenó el reconocimiento y pago de la suma de \$765.300 a favor de la masa sucesoral del señor Álvaro Pulgarín Cabrera, quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 335.827.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, la juez de primer grado manifestó que, a pesar que el paciente Álvaro Pulgarín Cabrera, contaba con sentencia fallada a su favor ordenando su portabilidad por emigración temporal en la ciudad de Fusagasugá, la EPS no acató dicha orden y autorizó los medicamentos requeridos por su afiliado, en la ciudad de Bogotá, resultando claro que la demandada no tuvo en cuenta que se trataba de un adulto mayor, con múltiples patologías por lo cual la EPS debía garantizarle una atención preferente, oportuna, continua e integral, pues, no demostró el suministro real y efectivo de todos y cada uno de los medicamentos ordenados por sus médicos tratantes del Hospital San Rafael de Fusagasugá a pesar de que se encontraba activa y vigente la portabilidad de su afiliación en la ciudad de Fusagasugá.

Que a pesar de lo anterior, una vez verificados los soportes objeto de reembolso, se observa que, revisado el soporte de gastos por medicamentos del 18 de febrero de 2022, no se encuentra visible de manera completa ni legible; es decir, no se puede determinar el número consecutivo, nombre y nit del Prestador; servicio prestado que coincida con la solicitud de reembolso; por lo tanto, no se puede determinar si cumple o no con los requisitos establecidos en la ley para acceder a su reconocimiento económico y pago, por lo que únicamente dispuso el pago de las facturas número: 7312, Dce1-68430, 9232, 10146 y 145 por valor de \$765.300. (Expediente digital, Carpeta 10 SENTENCIA).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **accionada Capital Salud EPS-S S.A.S.** interpuso recurso de apelación argumentando que en cumplimiento de lo ordenado por la Superintendencia Nacional de Salud, confirmado por la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá Sala, la entidad otorgó la prórroga de la portabilidad solicitada por el afiliado Álvaro Pulgarín Cabrera; a su vez, señala que en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, proferida por el entonces Ministerio de Salud hoy Ministerio de Salud y Protección Social, se han precisados los eventos concretos en los que opera el reembolso de los gastos en que estos hubieran tenido que incurrir por concepto de salud, conforme a ello, se tiene que, la señora María Pulgarín Herrera realizó la solicitud de reembolso económico dirigido a la Superintendencia Nacional de Salud el 23 de junio de 2022, superado los 15 días establecidos en la norma en cita, aunado a ello, tal solicitud no fue remitida a Capital Salud EPS-S, como primer respondiente dentro del proceso aquí adelantado. (Expediente digital, Carpeta 11 SENTENCIA).

Así las cosas, procede la Sala a desatar la alzada, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Capital Salud EPS-S se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPT y SS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿Erró la A quo al considerar que a favor de la masa sucesoral del señor Álvaro Pulgarín Cabrera, quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 335.827, se debía reconocer el reembolso de los gastos en que incurrió el paciente por la denegación de los servicios médicos?

3. Competencia del Tribunal para conocer de los procesos adelantados ante la Superintendencia. En primer lugar, es necesario indicar que la presente acción se inició con base en lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 del 2007 que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo establece el artículo 116 de la Constitución Nacional, para conocer y fallar en derecho con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez; norma que fue adicionada por el artículo 126 de la Ley 1438 del 2011, que dispuso que la Superintendencia conocerá y decidirá sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador. Y se debe señalar que, conforme al numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la accionada, en tanto su domicilio corresponde a la ciudad de Bogotá.

4. Reembolso de gastos médicos. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, cumple destacar por la Sala que en términos del artículo 49 de la Constitución política, el derecho fundamental a la salud tiene una doble connotación, pues por un lado está regulado como un derecho constitucional autónomo e independiente, pues comporta que todo ser humano pueda “*–mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser¹*”; y por otro, en un servicio público de carácter esencial, correspondiéndole por ello al estado no solo organizar, sino además reglamentar su prestación, según los fines de eficiencia, universalidad y solidaridad. En ese sentido, es quien debe promover y facilitar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios óptimos de salud, a los programas de prevención y promoción y a la atención médico asistencial de profesionales de la salud que respondan a las necesidades de los pacientes, así como prestar una atención integral al paciente.

Es por ello que conforme con lo establecido en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, el legislador encomendó a las Entidades Promotoras de Salud la función primordial de garantizar la prestación del plan de beneficios de salud de los afiliados, prestando directamente o contratando los servicios de salud con las instituciones prestadoras de salud, quienes a su vez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 185 de esta misma preceptiva, deben prestar los servicios en el nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los principios básicos de calidad, continuidad y eficiencia.

Bajo tal contexto, las Entidades Promotoras de Salud tienen la función primordial de garantizar la prestación del plan de beneficios de salud de los afiliados y de disponer una red de servicios, quienes a su vez tienen la responsabilidad de prestar los servicios de

¹ Sentencia de Tutela No. 0001 de 2018 con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger

salud, siendo un trabajo mancomunado y coordinado entre aquellas, todo en aras de garantizar atención de manera continua, oportuna y eficiente.

De manera que cuando aquella no atienda esos postulados y, por tanto, los usuarios del subsistema de seguridad social en salud tengan que asumir gastos por la prestación de los servicios de salud, estos tendrán derecho a que su EPS le reconozca los gastos que haya incurrido, siempre que hayan concurrido los siguientes presupuestos, en los términos del artículo 14 de la Resolución núm. 5261 de 1994 y literal b, del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

Ahora bien, cabe destacar que frente al valor del reconocimiento que la EPS tenga que hacer como consecuencia de hallarse demostrados tales presupuestos, el artículo 14 de la Resolución núm. 5261 de 1994, señala que "*Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público*", los cuales se encuentran en el denominado Manual Tarifario de Salud, conocido como Valor Tarifas SOAT, derivados del Decreto 2413 de 1996. Esta última preceptiva establece los costos de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, en que se incluye las tarifas establecidas en salarios mínimos legales diarios vigentes.

5. Caso en concreto. De cara a los supuestos esbozados, lo primero que debe ser advertido es que, la Superintendencia Nacional de Salud en sentencia S2021-1935 de fecha 30 de diciembre de 2021, dispuso otorgarle la "prórroga de la portabilidad solicitada por el señor ÁLVARO PULGARÍN CABRERA", decisión que fue confirmada en su integridad por esta corporación el 1º de abril de 2022 y a la cual la demandada dio cumplimiento solo hasta el 6 de mayo de 2022, pues en misiva de esta misma fecha le hace saber al afiliado que, a partir del 06 de mayo de 2022 hasta el 05 de abril de 2023, la IPS Primaria asignada es "Hospital San Rafael de Fusagasugá"; a pesar de lo anterior, está demostrado que la E.S.E. Hospital San Rafael de Fusagasugá, le dispensó servicios complementarios tales como pañales, como consecuencia del diagnóstico incontinencia urinaria, aunado a ello, respecto a los diagnóstico hipertensión esencial, diabetes mellitus no insulino dependiente, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, vértigo paroxístico benigno y catarata, el galeno tratante, como plan de manejo, ordenó el suministro del medicamento denominado Bisacodilo 5 mg, Trazodona clorhidrato x50mg, Acetaminofén x 500 mg, Omeprazol x 20 mg, Acido Acetil Salicílico x 100 mg, Losartan Potásico, Clorhidrato de Metformina x 850 mg; sin que de entrada se evidencie por la Sala que tal disposición médica haya sido materializada integralmente por parte de la EPS accionada, como quiera que no existe medio de convicción tendiente a probar que en efecto le fueron entregados los medicamentos y los servicios complementarios requeridos por el afiliado.

Lo anterior, en tanto que tampoco se halla constancia ni justificación tendiente a demostrar el motivo de la desatención del servicio de salud previamente ordenado por el galeno tratante. Por el contrario, lo que se evidencia es que el señor Álvaro Pulgarín Cabrera acudió a Cafam Droguerías, Colsubsidio y Mundo Pañales Despensa, para que le

fuere entregado los pañales y los medicamentos señalado en precedencia, cancelando con su propio patrimonio el valor de estos.

Con ello y en aras de resolver la cuestión que pone de presente la censura, la Sala advierte que en lo que atañe a la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS accionada, ésta aduce que dio cumplimiento a la decisión adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud y confirmado por la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá Sala, y en consecuencia otorgó la prórroga de la portabilidad solicitada por el afiliado Álvaro Pulgarín Cabrera, si bien, dicha orden se materializó en misiva del 06 de mayo de 2022, lo cierto es que con tal actuación administrativa no se pueden desestimar las suplicas de la demanda, en la medida que, como se dijo en líneas atrás expuestas, la llamada a juicio no allegó medio de convicción tendiente a demostrar que ofreció oportunamente la institución prestadora de salud, para la entrega de los medicamentos y servicios complementarios requeridos, pese al requerimiento que elevó el actor, aspecto que no controvierte la accionada, sin que exista en el plenario acreditada con suficiencia alguna justificación o motivo de su renuencia, por el contrario, se denota que desde el 24 de noviembre de 2021, al señor Pulgarín se le negó la prestación de los servicios de salud por considerarse que “*no cuenta con portabilidad activa*”. (Expediente digital, Carpeta 01Demanda, archivo 06 Denegación Servicios)

Es del caso precisar que en el presente asunto no se halla satisfecha una de las dimensiones del derecho fundamental a la salud y que se expuso con anterioridad, esto es, la prestación efectiva, real y oportuna del servicio médico, toda vez que el gestor del proceso al ser un paciente con diagnóstico de incontinencia urinaria, hipertensión esencial, diabetes mellitus no insulino dependiente, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, vértigo paroxístico benigno y catarata, aparte de lo avanzado de su edad, requería oportunidad y continuidad en el tratamiento médico, por tanto, debió prestar los servicios de salud de manera eficiente y efectiva, en aras de garantizar un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida.

A lo que se suma el argumento esgrimido por la convocada a juicio no resulta suficiente para socavar la sentencia de primer grado, ya que la parte actora al plantear en su escrito inicial una negación indefinida en relación a que le fue negada la atención en servicios de salud, debió la demandada acreditar la disponibilidad en la IPS para llevar a cabo la entrega de los medicamento y servicios comentarios ordenados, pues recuérdese que las negaciones indefinidas no requieren prueba conforme lo establece el artículo 167 del CGP, de manera que la convocada tenía la carga de demostrar que no solo contó con la red de prestador para el servicio, sino, además, que tenía la disposición para entregar el medicamento. No obstante, del material probatorio obrante en el expediente, no se advierte acreditada esa circunstancia, solo se encuentra el propio dicho de la pasiva, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella.

Bajo ese entendido, considera la Sala que, contrario a lo aducido en la alzada, en el presente caso sí se encuentran acreditados los presupuestos establecidos por la Resolución 5261 de 1994, para la procedencia del reembolso, pues en el examine se configura la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con el usuario, debiéndose mantener incólume la sentencia de primer grado. Acotando que, aunque la solicitud de reembolso no fue presentada por el reclamante dentro de los 15 días a la fecha de la prestación del servicio médico, como lo exige la citada disposición, tal falencia no es un argumento suficiente para negar el reembolso, en tanto que aquello es un presupuesto meramente administrativo y no quedó contemplado dentro de la norma como condición para su exigibilidad.

Por lo brevemente expuesto, se mantendrá la decisión que sobre tal aspecto bien tomó el A quo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de abril de 2023 por la Superintendencia Nacional de Salud, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COMUNICAR a las partes el presente fallo por el medio más expedito, conforme al artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

TERCERO: DEVOLVER el expediente a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, una vez agotado el trámite de rigor.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GUILLERMO ROZO ROMERO
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 29-2017-00006-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Guillermo Rozo Romero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que sea condenada al pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge Dory Cañón Miranda ocurrido el 9 de diciembre de 2009, junto con el retroactivo pensional causado, intereses moratorios, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que Dory Cañón Miranda falleció el 9 de diciembre de 2009, con quien contrajo matrimonio el 1° de marzo de 1985, tuvo una hija actualmente mayor de edad y convivió bajo el mismo techo de forma permanente, haciendo vida marital desde la fecha de su matrimonio hasta el 14 de enero de 1992, data en la que se separaron de hecho. Refirió que la sociedad conyugal se encontraba vigente para el momento del fallecimiento de la causante, razón por la cual, elevó reclamación para el reconocimiento pensional, mismo que le fue negado tanto por el entonces ISS como Colpensiones. (Expediente digital, PDF.

01ExpedienteFolio113, págs. 41 a 61)

2. Contestación de la demanda

2.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que al actor no le asiste derecho al reconocimiento pensional, pues no acreditó el requisito de convivencia con la causante por lo menos durante los 5 años anteriores a su muerte. En lo que hace a los supuestos legales aceptó los enlistados en los numerales 1°, 2° y 14° a 18°, relacionados con la fecha de fallecimiento de Dory Cañón Miranda, la celebración del matrimonio; y la negativa al derecho pensional reclamado por el actor. Respecto de los demás señaló no constarle o ser cierto y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, no configuración del derecho al pago del I.P.C.,

ni indexación o reajuste alguno, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF. 01ExpedienteFolio113, págs. 80 a 84)

2.2. David Hernando Morales. En audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. celebrada el 19 de octubre de 2018, se dispuso su integración como tercero ad excludendum; sin embargo, no formuló demanda ni presentó oposición a las pretensiones de la demanda invocada por Guillermo Rozo Romero. (Expediente digital, PDF. (Expediente digital, 20AutoFijaFecha)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de agosto del 2023, en la que la falladora absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, sin costas a ninguna de las partes.

Para los fines que interesan al recurso de apelación señaló que debía proponerse verificar si el actor, en calidad de cónyuge supérstite, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. A ese propósito tuvo como demostrado el fallecimiento de la señora Dory Cañón Miranda que se produjo el 9 de diciembre de 2009 con el registro civil de defunción arrimado por el demandante, de manera que con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, adujo que la norma aplicable al reconocimiento de una eventual pensión de sobrevivientes es aquella que está vigente al momento del fallecimiento de la causante, que para el caso en concreto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado a la fecha del deceso.

Así, citó la preceptiva, para destacar que la fallecida cotizó un total de 1.006 semanas, sin contar con el mínimo de semanas exigidas durante los últimos 3 años al deceso, esto es, 150. Sin embargo, adujo que como la afiliada nació el 14 de enero de 1957, fue beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mismo que se mantuvo con posterioridad a la entrada del Acto Legislativo 001 de 2005, dado que contaba con más de 750 semanas a julio de 2005, por tanto, causó el derecho a la pensión a las voces del Decreto 758 de 1990, que exigía un total de 1.000 semanas en cualquier tiempo y 55 años de edad, dejando consolidado la prestación económica con la densidad de semanas cotizadas a Colpensiones.

Esclarecido lo anterior y en lo que tiene que ver con el requisito de convivencia exigido para el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes, se adentra al análisis del acervo probatorio, para significar que desde la demanda se dijo que el actor convivió con la causante desde la data de celebración del vínculo matrimonial hasta enero del año 1992; no obstante, una vez valoró la prueba testimonial, aseveró que existieron contradicciones entre lo vertido en las declaraciones extrajuicio de cara a lo dicho por los testigos.

Lo anterior, en tanto que se aceptó por la señora Karol Lorena Rozo, que sus padres no convivieron, pese a que mantuvieron una relación sentimental, empero, con posterioridad manifestó que convivió con sus padres hasta la edad de 3 o 4 años; mientras que la señora Ángela Alayon, compañera permanente del demandante, adujo convivencia entre los cónyuges de dos años antes de su separación. Tal situación la condujo a concluir que la parte actora no demostró que efectivamente haya convivido con la causante un mínimo de 5 años entre la data de celebración del matrimonio hasta enero de 1992, lo que la imposibilitaba acceder a las pretensiones de la demanda, debiendo absolver a Colpensiones de todas y cada una de ellas.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior **la demandante** decisión formuló recurso de apelación argumentando que no existe controversia en torno a que la causante tenía el requisito de las semanas, para causar la pensión de vejez, siendo, por tanto, el objeto de litigio demostrar la convivencia de cinco años en cualquier tiempo. Sobre este aspecto indicó que, si bien la testigo Karol Lorena Rozo no conocía con exactitud las fechas de inicio de convivencia de sus padres dada la edad que para esa época tenía, lo cierto es que a la fecha en que finalizó la unión conyugal, nació otro hijo lo que da certeza de que la convivencia se mantuvo hasta enero de 1992, circunstancia que ratifica la testigo Ángela Alayon, quien narró que el vínculo matrimonial no se disolvió y estuvo presente la ayuda mutua a pesar de la separación.

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el actor se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Guillermo Rozo Romero, en calidad de cónyuge superviviente de la causante Dory Cañón Miranda, reúne las condiciones legales para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes por parte de Colpensiones? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿A partir de que data y tiene derecho al pago del retroactivo pensional e intereses moratorios?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de Dory Cañón Miranda se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 06844351, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 9 de diciembre de 2009. (Expediente digital, PDF. 01ExpedienteFolio113, pág. 7)

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso de la afiliada, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 9 de diciembre de 2009. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Densidad de semanas. No se discute que Dory Cañón Miranda no cotizó más de 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores al óbito, en los términos del numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003; tampoco que la causante cumplió con el supuesto normativo que trae el párrafo primero de la citada disposición, según el cual, cuando la afiliada haya cotizado el número de semanas mínimo requerido para la pensión de vejez anterior a su fallecimiento, los beneficiarios tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes.

5.1. Régimen de transición. Lo anterior, en tanto que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1º de abril de 1994, tuviesen 35 años de edad si es mujer o 15 años de servicios cotizados, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliada en cuanto a la

edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la mesada pensional, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

En el presente asunto, colige la Sala que la fallecida es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba con 37 años por haber nacido el 14 de enero de 1957. Así mismo, importa precisar que el régimen de transición se mantuvo a su favor, pese a la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005. Lo anterior, en atención a que cumple con las 750 semanas requeridas para conservar el régimen transicional hasta el año 2014, ya que acredita a 29 de julio de 2005, 7.198 días equivalentes a 1.028 semanas cotizadas.

Como se observó, la causante conserva el régimen de transición previsto en el artículo 36 de Ley 100 de 1993, mismo que se estableció con el único propósito de que sus beneficiarios pudieran obtener las prestaciones económicas derivadas de los riesgos de IVM con los requisitos previstos en las regulaciones normativas que regían con anterioridad al 1º de abril de 1994 y sabido es que el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aparece como uno de los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, por tanto entrará a determinar la Sala si la actora se beneficia de éste cuerpo normativo, para causar la pensión de vejez.

5.2. Normatividad aplicable- Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990.

Para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable a la fallecida es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que no representa mayor discusión en esta instancia, en razón a que fue trabajadora del sector particular y venía cotizando al ISS antes de 1994; es por ello que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

La citada disposición exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así entonces, la señora Dory Cañón Miranda acreditó a 27 de septiembre de 2004 un total de 1.028 semanas sufragadas en cualquier tiempo, dejando causado el derecho a la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por manera que es procedente continuar con el estudio del reconocimiento pensional, pues se encuentra acreditado que dejó causado el derecho a que sus beneficiarios gocen de la pensión de sobrevivientes, en los términos del párrafo primero del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tal y con acierto lo encontró la Juzgadora de primer grado.

6. Requisitos de la pensión de sobrevivientes cónyuge. Ahora bien, no admitiendo discusión que la afiliada falleció el 9 de diciembre de 2009, forzoso es concluir que la controversia debe definirse al amparo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años

inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

6.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe prueba tendiente a demostrar que a la fecha de fallecimiento del causante el actor tenga 30 años o más de edad, pues sobre este aspecto ningún medio se adosó al plenario. Sin embargo, como las partes no controvierten tal supuesto, siendo que el debate jurídico lo conforma la acreditación de la convivencia requerida para efectos de ser beneficiar de la prestación económica, es dable para la Sala tener por sentado el cumplimiento de este presupuesto normativo.

6.2. Calidad de cónyuge supérstite. Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes el cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto que Guillermo Rozo Romero contrajo matrimonio con Dory Cañón Miranda el 1º de marzo de 1985, sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado.

6.3. Convivencia. Sobre este punto, es preciso connotar por la Sala que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta Sala de Decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia al o a la cónyuge o compañero (a) permanente cuando el o la causante correspondiere a un afiliado(a) fallecido(a), en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal decisión y le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia "(...) en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado", de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora de afiliado fallecido.

De esta manera, la Sala respeta el precedente, que es lo que análogamente se ha llamado jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente, jurisprudencia constitucional o línea jurisprudencial consolidada, aplicando a casos similares una única regla que ha sido establecida finalmente por la Corte Constitucional en sentencia de unificación y ha sido reiterada por dicha corporación desde aquel entonces de manera uniforme.

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta vinculante al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la

existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Respecto a este tema la máxima corporación de justicia Constitucional, en sentencia SU 047 de 199, señaló que el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional y, por tanto, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad- hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio o regla universal que ha aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.

Adicionalmente, se torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Este requisito constituye el eje central de la controversia, punto frente al cual es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de "ser miembro del grupo familiar", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "ser miembros del grupo familiar", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

El anterior criterio se mantiene vigente en los casos en que la pensión de sobreviviente sea perseguida por la compañera permanente, no así frente a la cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad

social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010-19, SL5169-19 y SL4771-2020.

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento de la señora Dory Cañón Miranda y teniendo en cuenta que el demandante arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando que aquel esgrime desde la demanda que la convivencia inició desde la fecha de celebración del matrimonio, esto es, 1º de marzo de 1985 y se mantuvo hasta 14 de enero de 1992, fecha en que se separó de hecho con la causante y, para ello obra en primer lugar los testimonios de Karol Lorena Rozo y Ángela Adriana Alayon Soto.

La primera de ellas, hija de los cónyuges, indicó que nació en el año 1986, fecha para la cual ya se encontraban casados y conviviendo, quienes se mantuvieron unidos dado su nacimiento. Refirió que la pareja convivió bajo el mismo techo hasta que tuvo la edad de 3 años, quedando a cargo de su cuidado el actor, además, narró que con posterioridad su padre contrajo una nueva relación sentimental con la señora Ángela Adriana Alayon Soto, con quien sostuvo convivencia.

Por su parte, la señora Ángela Adriana Alayon Soto, ex esposa del actor, sostuvo que conoció a la señora Dory Cañón Miranda, cónyuge de aquél y quienes convivieron en pareja por un lapso de dos años y medio, situación que le constó dado que se hizo a cargo de su hija Karol Lorena Rozo con posterioridad de su separación y mantuvo convivencia con su padre. La razón de la separación entre los cónyuges se ocasionó debido a que la fallecida mantuvo una relación sentimental con otra persona.

Evidencia el anterior haz probatorio que no se logra acreditar que el actor cohabitara con la causante durante cinco (5) años anteriores a producirse la muerte de la afiliada que ocurrió el 9 de diciembre de 2009, pues las testigos además de faltar a la verdad en su dicho no conocieron con detalle la convivencia real y efectiva durante el citado lapso, lo que impide a la Sala formar su convencimiento a partir del dicho de estos.

Lo anterior no obsta, para llamar la atención sobre el deber que tienen las personas de testimoniar con el compromiso de no faltar a la verdad y ello por cuanto se advierte que los testimonios recaudados a petición del demandante son discordantes entre los mismos y con lo que extraprocesalmente afirmaron ante Notario, pues la señora Karol Lorena Rozo Cañón declaró que en calidad de hija de Dory Cañón Miranda conocía que *"en el momento de su fallecimiento estaba casada, conviviendo bajo el vínculo sagrado del matrimonio católico con el señor Guillermo Rozo Romero, compartiendo techo, lecho y mesa desde el 01 de MARZO del año 1985 hasta la fecha de su fallecimiento"*, cuando dentro del juicio adujo que sus padres convivieron hasta que tenía la edad de 3 años, es decir, hasta el año 1989, si se tiene en cuenta que nació el 9 de junio de 1986. Por su parte, la señora Ángela Adriana Alayon Soto sostuvo que los cónyuges convivieron hasta 14 de enero de 1992, *"fecha en la cual se separó de su esposa en forma amigable y continuaron con una relación de amistad y apoyo hasta el día de su fallecimiento"*, lo que desde luego resta toda credibilidad, toda vez que es discordante con lo manifestado en el proceso.

Así las cosas, este Tribunal evidencia que no se logra acreditar que el actor cohabitara con la causante durante los cinco (5) años anteriores a producirse la muerte de la afiliada, pues las señoras Karol Lorena Rozo Cañón y Ángela Adriana Alayon Soto, tan solo mencionan un tiempo de convivencia de tres años aproximadamente, lo cual es insuficiente, para los efectos pretendidos. Por consiguiente, como no acreditó el tiempo

requerido para la pensión que se pretende, sin que haya más consideraciones por hacer, no queda otra disyuntiva que despachar de manera desfavorable el recurso de alzada, debiéndose confirmar en lo que hace a este punto de apelación la sentencia proveída en primera instancia.

7. Interviniente ad excludendum. Preliminarmente debe decirse que el joven David Hernando Morales, fue citado a esta causa petendi como interviniente ad excludendum y el fin primordial de su concurrencia no fue otro que el de darle la oportunidad de demostrar las circunstancias que, conforme a la ley, pudiera hacer valer con ocasión del derecho pensional que reclama el señor Guillermo Rozo Romero.

Como se dijo, el joven actúa en condición de interviniente *ad excludendum*, siendo la manera adecuada por regla general de trabar la relación procesal, pues conforme se tiene dicho de tiempo atrás por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia de radicado radicado N° 38450 del 22 de agosto del 2012, cuando exista disputa del derecho a la pensión de sobrevivientes entre cónyuge y compañera (o) permanente, o entre compañeras (os) permanentes no es necesario ni riguroso integrar un litisconsorcio, pues cada beneficiario puede ejercer su acción con prescindencia de los demás, salvo cuando se ha previamente reconocido el derecho a uno de ellos o hay de por medio derechos de menores de edad. Así lo dijo la Corte:

"En efecto, ha sostenido de antaño esta Corporación que cuando está en discusión el derecho a una pensión de sobrevivientes entre la cónyuge y compañera permanente del causante no es necesario y riguroso integrar un litis consorcio, puesto que ni por previsión legal, como tampoco por la naturaleza de la relación jurídico sustancial que da origen al juicio se da la exigencia procesal señalada, ya que esa vinculación no está formada por un conjunto plural de sujetos que no pueda dividirse, sino que por el contrario cada uno de los beneficiarios puede ejercer su acción con prescindencia de los demás.

Así las cosas, la manera adecuada en que deben vincularse al proceso, es a través de la figura conocida como intervención ad excludendum, pues, además de que es una forma de intervención principal, cada una de las partes pretende para sí el derecho controvertido (pensión de sobrevivientes), dado que sus intereses se excluyen y demandan para que se resuelva prioritariamente su pretensión.

Ahora bien, no desconoce la Sala que hay eventualidades excepcionales en que no es posible resolver el pleito sin la necesaria comparecencia de un determinado beneficiario, como por ejemplo: (i) cuando se trata de un "menor de edad", dada su condición especial y la naturaleza del derecho, ya que es posible que a éste se le afecte o despoje de su porción pensional, sin que se le hubiere oído ni permitido ejercer su derecho de defensa por no habersele vinculado debidamente al proceso, o (ii) cuando el derecho pensional, se ha reconocido a la (al) cónyuge supérstite o compañera (o) permanente, previamente a la iniciación del proceso, habida cuenta que no sería razonable ni jurídico que quien fue satisfecho en su pretensión, aunque resuelta sin autoridad para ello, inusitadamente se vea privado del derecho reconocido, sin que se le haya dado la oportunidad de discutir judicialmente su prerrogativa."

Así entonces, como su vinculación corresponde a una intervención ad excludendum es claro que la facultaba para reclamar un mejor derecho en todo o en parte, para cuyos efectos "podrá intervenir formulando demanda frente a demandante y demandado, hasta la audiencia inicial, para que en el mismo proceso se le reconozca", en términos del artículo 63 del C.G.P. (SL241-2022 y SL1853-2021); circunstancia que no se presenta en el presente asunto, pues aunque el juzgado de conocimiento le comunicó la existencia

del proceso con el fin de que si lo consideraba presentara demandada en contra de la demandante y la demandada, aquel dejó entrever su falta de intención de no solo oponerse a las pretensiones reclamadas por Guillermo Rozo Romero, sino, de reclamar el derecho a la pensión de sobrevivientes, lo que conlleva a que no exista pretensión del tercero ad excludendum por resolver, lo que impide a la Sala efectuar algún pronunciamiento al respecto.

8. Costas en segunda instancia. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de agosto del 2023, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: OLGA LUISA PORTOCARRERO MONTES
Demandadas: UGPP
MARÍA FLOR OLEISA ORTIZ
Radicación: 110013105-008-2021-00353-01
Tema: PENSIÓN SOBREVIVIENTE – MODIFICA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Olga Luisa Portocarrero Montes instauró demanda ordinaria contra la UGPP y María Flor Oleisa Ortiz, con el propósito que se declare que en su calidad de cónyuge supérstite del pensionado Roberto Cuero Caicedo, es la única titular del derecho de pensión de sobrevivientes en el 100% dejado en suspenso por la UGPP mediante acto administrativo RDP 000771 del 14 de enero de 2020; como consecuencia de lo anterior, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, desde el momento del fallecimiento del pensionado; se condena al pago de costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que, en su calidad de cónyuge supérstite radicó solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes ante la UGPP el 18 de abril de 2018; la UGPP mediante acto administrativo DP 0253339 de junio 29 de 2018 le reconoció la prestación solicitada; mediante acto administrativo RDP 000771 del 14 de enero de 2020, la entidad dejó en suspenso dicho derecho; el causante Roberto Cuero Caicedo, padeció quebrantos de salud, por lo que siempre estuvo a su cuidado y el de sus hijos, hasta la fecha de fallecimiento que se produjo el 14 de marzo de 2018 en la Ciudad de Santiago de Cali; el causante procreó 2 hijos con la señora María Flor Oleisa Ortiz, de nombres Salvador Roberto Cuero Ortiz y Anyela Marcela Cuero Ortiz, a quienes les fue negada la pensión de sobrevivientes mediante Resolución No. 018826 del 21 de junio de 2019 y RDP 00771 de 14 de enero de 2020 respectivamente. (Expediente digital PDF. 02Demanda y 06SubsancionDEmanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF 15NotificacionAndje); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. La UGPP se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que es a través de este proceso y de acuerdo al acervo probatorio recaudado, que se despejara toda duda respecto a la convivencia simultánea entre el causante y la dos posibles

beneficiarias de la pensión. Como excepciones de mérito formuló las denominadas prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y genérica o innominada. (Expediente digital PDF.

13ContestacionUGPP, Pág. 2 a 7)

3.2. María Flor Oleisa Ortiz. Se le tuvo por no contestada la demanda, conforme lo dispuesto en auto adiado 21 de febrero de 2023. (Expediente electrónico, PDF 21AutoFijaFechaAudiencia).

4. Fallo de Primera Instancia. En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo No. CSJBTA23-15 del 22 de marzo de 2023, emanado del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, se dispuso remitir el expediente al Juzgado 44 Laboral del Circuito de Bogotá, quien terminó la instancia con sentencia del 16 de noviembre de 2023, en la que la falladora declaró que la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor Roberto Cuero Caicedo, como única beneficiaria, por lo que, tiene derecho a que se le reestablezca la pensión de sobrevivientes reconocida mediante Resolución RDP 025339 del 29 de junio de 2018; condenó a la UGPP a reconocer y pagar la suma de \$350.404.131, por concepto de retroactivo pensional por las mesadas pensionales causadas desde el mes de abril de 2020 hasta el 30 de octubre de 2023, sin perjuicio de las mesadas que se llegaren a causar en adelante, junto con su indexación hasta la fecha de pago efectivo; autorizó a la UGPP a realizar los descuentos para el sistema integral de salud y los demás a que haya lugar y no gravó en costas a la partes.

(Expediente electrónico, archivo 42).

La a quo fundamentó su decisión en que, no se encontraba en discusión que el señor Roberto Cuero Caicedo ostentaba la calidad de pensionado, en la medida que en Resolución 5834 del 25 de noviembre de 1991 la empresa de Puertos de Colombia en liquidación del Terminal Marítimo de Tumaco le reconoció pensión de jubilación a partir del 16 de noviembre de 1991; señaló que tampoco era objeto de controversia que el pensionado falleció el 14 de marzo de 2018 según registro civil de defunción y que como consecuencia de ello, la demandada en acto administrativo RDP 0253339 de junio 29 de 2018 le reconoció a la accionante la pensión de sobreviviente.

Sostuvo que la norma aplicable era la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, frente al cumplimiento del requisito de la convivencia sostuvo que para la cónyuge el tiempo de convivencia de 5 años puede ser demostrado en cualquier tiempo, mientras que para la compañera permanente debía ser acreditado en los 5 años anteriores al deceso del causante, al ser ello así, encontró acreditado que mediante escritura pública 268 se demostraba el matrimonio civil entre la señora Portocarrero y el causante, el que se celebró el 14 de mayo de 2010, hecho que también se podría corroborar con las declaraciones juramentadas de Alberto Obando Campos y Alfredo Landázuri Ruiz, quienes dieron fe del matrimonio existen entre la pareja por más de 40 años e informaron que desde el matrimonio siempre convivieron bajo el mismo techo hasta el momento del deceso del señor Roberto Cuero, que de dicha unión se procrearon 7 hijos y que la demandante dependía económicamente de él. En ese mismo sentido declaró el señor Cesar Angulo Tenorio.

De otro lado, consideró la juzgadora que, dentro del proceso existía prueba que el causante procreo dos hijos con la señora María Flor Oleisa Ortiz, sin embargo, de la vida de la pareja nada se podía establecer, pues esta parte no allegó prueba alguna que acreditara la convivencia ente la pareja en los últimos 5 años de vida del pensionado. Siendo así, concluyó que, solo la demandante acreditó la convivencia con el pensionado desde la fecha de matrimonio hasta la fecha en la que se produjo el fallecimiento.

De otro lado, indicó que en la Resolución RDP 025339 del 29 de junio de 2018 le fue reconocida la sustitución de la pensión a la demandante y que en la Resolución RDP

000771 del 14 de enero de 2020, se dejó en suspenso los efectos jurídicos y económicos de la anterior resolución, por presentarse conflicto entre posibles beneficiarias de la prestación, pese a ello, tal novedad solo fue reportada por la UGPP al FOPEP hasta el mes de marzo de 2020, por esta razón, a la accionante se le reportó pago de mesadas hasta este mes, fecha para la cual esta ascendió a la suma de \$6.536.857,59 por 14 mesadas por ser reconocida con anterioridad a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

Resalta la juzgadora que, la mesada pensional reconocida a la demandante fue objeto de descuentos en virtud de la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, dentro del proceso con radicación 2006-31145, que invalida el acta de conciliación 084 suscrita el 24 de octubre de 1995 entre el Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia y el causante en consecuencia ordenó el reintegro a la Nación por las sumas canceladas por más de \$164.930.525,48, compensación que fue ordenada en la Resolución RDP 025339 del 29 de junio de 2018, disposición que fue afectada por la suspensión ordenada por la UGPP en la Resolución RDP 022022, en virtud de la cual cesaron definitivamente los descuentos efectuados sobre la mesada pensional reconocida a la demandante. Por tal razón, al realizar las operaciones aritméticas, se tiene que retroactivo pensional por las mesadas pensionales causadas desde el mes de abril de 2020 hasta octubre de 2023, corresponde a la suma de \$350.404.131, teniendo en cuenta que el valor de las mesadas fueron de \$6.536.857, para el año 2020, \$6.642.007 para 2021, \$7.015.387 para 2022 y \$7.935.806 para 2023, valor sobre el cual se autorizó a la UGPP para que se efectúen los descuentos correspondientes a salud, así como las demás sumas a que haya lugar.

En cuanto a la excepción de prescripción, sostuvo que la misma no resultaba procedente, en la medida que la demanda fue presentada el 4 de agosto de 2021, es decir dentro de los 3 años siguientes a la expedición de la RDP 000771 del 14 de enero de 2020 (Expediente digital, archivo 42)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por parte de la UGPP argumentando que, si bien la señora María Flor Oleisa Ortiz no hizo parte del proceso, lo cierto es que existe declaración juramentada por esta parte, en la que se afirmaba bajo la gravedad del juramento que, la demandante no convivía con el pensionado, por lo que no se encuentra acreditada la convivencia entre la señora Olga y el señor Roberto, pues el único testigo que se aportó al proceso, expresó que en ocasiones visitaba a la familia y no dio claridad sobre las condiciones en las que se desarrolló la convivencia de la pareja, por lo que no se encuentra acreditada la totalidad de los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

6. Alegatos de conclusión. La UGPP alegó en su favor que, el presente asunto no se ha logrado acreditar la convivencia de la señora Portocarreño con el causante, por lo tanto, al existir duda en cuanto a la convivencia entre la pareja, se deben negar las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la UGPP se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿La señora Olga Luisa Portocarrero Montes logró acreditar los requisitos exigidos para ser beneficiarias de la sustitución de la pensión que venía percibiendo el señor Roberto Cuero Caicedo?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de Roberto Cuero Caicedo se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 09560603, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 14 de marzo de 2018. (Expediente digital, PDF 04Pruebas, pág. 23)

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 14 de marzo de 2018. Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Calidad de pensionado. No se discute que Roberto Cuero Caicedo fue pensionado por la Empresa Puertos de Colombia en liquidación - Terminal Marítimo de Tumaco, por medio de la Resolución 5834 del 25 de noviembre de 1991 (Expediente digital, Carpeta 18ExpedienteAdministrativo, PDF 1896522 UNIFICADO parte 1, pág. 24 a 26)

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003, establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes. El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 25 de diciembre de 2015, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

8. Tiempo de convivencia. Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4º del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Conforme a lo anterior, se procede a revisar si la demandante cumple con las exigencias normativas para acceder a la sustitución de la pensión deprecada, de la siguiente manera:

8.1. Derecho reclamado por la señora Olga Luisa Portocarrero

8.1.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Olga Luisa Portocarrero nació el 25 de noviembre de 1941, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía, luego para la muerte de Roberto Cuero Caicedo contaba con 76 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

8.1.2. Calidad de cónyuge supérstite. Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto que Olga Luisa Portocarrero Montes contrajo matrimonio civil con Roberto Cuero Caicedo el 14 de mayo de 2010, conforme da cuenta la escritura pública 268 del Círculo Notarial de Tumaco (Expediente digital, PDF 04Pruebas, pág. 19 a 21), sin que dicho aspecto sea objeto de disquisición alguna.

8.1.3. Prueba de la convivencia de la cónyuge. Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de "*ser miembro del grupo familiar*"; para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adoctrina que en **todos los eventos** que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera el máximo tribunal de la justicia ordinaria laboral en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

El anterior criterio se mantiene vigente en los casos en que la pensión de sobreviviente sea perseguida por la compañera permanente, no así frente a la cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010-19, SL5169-19 y SL4771-2020.

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Roberto Cuero Caicedo y teniendo en cuenta que la demandante arguye que este requisito se encuentra

acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando que se recaudó la declaración juramentada ante la Notaría Única del Círculo de Tumaco de los señores Alberto Obando Campos y Alfredo Landázuri Ruiz, quienes al unisonó declararon que conocían por espacio de más de 40 años al causante y a su esposa Olga Luisa Portocarrero Montes, quienes estuvieron casados por matrimonio civil y convivieron bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho en el barrio Puente Progreso de Tumaco, de cuya unión se procrearon siete hijos, quienes recibieron el nombre de Nancy María, Jenny, Omaira, Jineth, Segundo Roberto, Javier Etanislao y Jessenia del Pilar Cuero Portocarrero; agregan que la promotora de la contienda dependía económicamente de su consorte, quien falleció el 14 de marzo de 2018. (Expediente digital, PDF 04Pruebas, pág. 22)

También se cuenta con las declaraciones juramentadas ante la Notaría Única del Círculo de Tumaco, de los señores Pedro Nel Sevillano Angulo y Marlen Esneda Banguera Martínez, quienes sostuvieron que conocieron de vista y trato a Roberto Cuero Caicedo durante más de 38 años y por ello les consta que contrajo matrimonio con la señora Olga Luisa Portocarrero el 14 de marzo de 2010, luego de una convivencia de más de 30 años, unión de la que fueron procreados 7 hijos. Por último, sostienen que la convivencia se mantuvo hasta el óbito del señor Cuero, que se produjo el 14 de marzo de 2018. (Expediente digital, Carpeta 18ExpedienteAdministrativo, PDF 1896522 UNIFICADO parte 4, pág. 56)

En tal sentido, fue escuchada la declaración del señor César Isaac Angulo Tenorio quien manifestó conocer al señor Roberto Cuero por más de 30 años, lo refirió como un amigo de la familia y por ello le consta que estuvo casado con la gestora de la litis, que como consecuencia de tal vinculo, fueron procreados 7 hijos; a su vez, sostuvo que la convivencia de la pareja se desarrolló en el barrio Puente Progreso de Tumaco Nariño; a pesar que esta fue la única prueba testimonial practicada en este juicio, no por ello se le debe restar credibilidad en la forma pretendida por el recurrente, en la medida que las afirmaciones realizadas por el declarante son contestes con las declaraciones juramentadas relacionadas anteriormente y efectivamente demuestra una convivencia real y efectiva de la pareja por un espacio superior a 5 años.

De igual forma, y con la finalidad de desatar otro de los reparos efectuados por el apoderado de la entidad apelante, se tiene que en efecto, obra dentro del expediente administrativo declaración juramentada ante la Notaria Primera del Círculo de Popayán allegado por la codemandada María Flor Oleisa ante la UGPP (Expediente digital, Carpeta 18ExpedienteAdministrativo, PDF 1896522 UNIFICADO parte 4, pág. 161), en donde manifiesta que dependía económicamente del de cujus, y que sostenía con él una unión marital de hecho por más de 28 años, lo cierto es que esta simple declaración no tiene el alcance suficiente para desvirtuar los medios de pruebas analizados anteriormente, además de no contar esta manifestación con respaldo probatorio, máxime cuando allí no se indican los periodos de tiempo en los que presuntamente se desarrolló la convivencia de la pareja.

De las pruebas reseñadas concluye la Sala que la promotora de la contienda efectivamente alcanzó demostración de la acreditación de la convivencia que exige la disposición legal citada para acceder a la prestación pensional solicitada, es decir, la convivencia real y efectiva con vocación de permanencia y conformación de vínculos de afecto, solidaridad y socorro mutuo desde, inclusive antes de contraerse matrimonio y hasta la data en que se produjo el fallecimiento del pensionado.

Forzoso es concluir entonces, que la promotora del proceso allegó prueba idónea que demostró convivencia que aduce tuvo con el causante durante los últimos cinco (5) años de vida de éste y que exige el art. 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes, tal y como lo determinó la

cognoscente, razón más que suficiente para que se restablezca el derecho pensional reconocido a la señora Olga Luisa Portocarrero Montes en la Resolución RDP 025339 del 29 de junio de 2018, por lo que se impone confirmar la sentencia apelada, en lo que al asunto objeto de estudio se refiere.

8.2. Derecho reclamado por la señora María Flor Oleisa Ortiz. Frente a este punto en particular, no hay lugar a efectuar ningún análisis, en la medida que este extremo procesal no discutió ninguna de las consideraciones efectuadas por la juzgadora de instancia, en relación con la no acreditación de los requisitos para acceder a la sustitución de la pensión que en vida disfrutaba el señor Roberto Cuero.

9. Excepción de prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afecta por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 14 de enero de 2020 fecha de expedición de la Resolución RDP 000771 a través de la cual fueron suspendidos los efectos jurídicos y económicos de la Resolución N° 25339 del 29 de junio del año 2018 que le otorgó a la accionante el reconocimiento de la sustitución pensional objeto de análisis, por lo que debía desde allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho y la presentación de la demanda, que lo fue el 4 de agosto de 2021 (Expediente digital, PDF 01ActaReparto), no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que no operó el fenómeno prescriptivo. En consecuencia, se confirmará en lo que hace a este punto la sentencia consultada.

10. Retroactivo pensional. Como quiera que, en la Resolución RDP 000771 del 14 de enero de 2020, se dejó en suspenso los efectos jurídicos y económicos de la Resolución N° 25339 del 29 de junio del año 2018, por presentarse conflicto entre posibles beneficiarias de la prestación y una vez definido que a la parte actora le corresponde el 100% de la prestación reclamada, existen sumas de dinero a su favor, por lo tanto, hay lugar a ordenar el retroactivo, por lo tanto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP, la condena se debe extender hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia. Consecuente con lo expuesto, una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$ 382.883.797,12** a favor de la señora Olga Luisa Portocarrero, correspondientes a las mesadas causadas entre el 1 de abril de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2024, como quiera que según lo certificado por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP, a favor de la señora Portocarrero se reportaron pagos de mesadas pensionales hasta marzo del año 2020 (Expediente digital, PDF 34RespuestaRequerimientoFOPEP). A partir del día siguiente la UGPP deberá cancelar la suma de **\$8.672.248,64**, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y se pagará por 14 mesadas pensionales, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Roberto Cuero Caicedo, fue causada (16 de noviembre de 1991) con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005. En tal sentido, se **MODIFICARÁ** el numeral 3º de la sentencia de primer grado.

| Retroactivo Pensional | | | | | |
|------------------------------------|-------------|--------------|------------------|-------------|--------------------------|
| Fecha inicial | Fecha final | Incremento % | Mesada Pensional | Nº. Mesadas | SubTotal |
| 1/04/2020 | 31/12/2020 | 3,8 | \$ 6.536.857,59 | 11 | \$ 71.905.433,49 |
| 1/01/2021 | 31/12/2021 | 1,61 | \$ 6.642.101,00 | 14 | \$ 92.989.413,96 |
| 1/01/2022 | 31/12/2022 | 5,62 | \$ 7.015.387,07 | 14 | \$ 98.215.419,03 |
| 1/01/2023 | 31/12/2023 | 13,12 | \$ 7.935.805,86 | 14 | \$ 111.101.282,00 |
| 1/01/2024 | 31/01/2024 | 9,28 | \$ 8.672.248,64 | 1 | \$ 8.672.248,64 |
| Total Retroactivo Pensional | | | | | \$ 382.883.797,12 |

11. Descuentos. Se autoriza igualmente a Colpensiones para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno, así como la compensación que fue ordenada en el artículo cuarto de la Resolución RDP 025339 del 29 de junio de 2018, conforme lo definió la juzgadora de instancia, en tanto que, frente a tal determinación no se presentó ninguna censura.

12. Indexación. Se mantendrá incólume la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a Colpensiones la indexación de las mesadas a favor de la demandante, ello con el fin de disminuir la pérdida de su poder adquisitivo como lo concluyó la falladora de primera instancia, esto es, desde la fecha de causación de cada mesada pensional hasta cuando se produzca el pago efectivo.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la UGPP, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedará así:

“**TERCERO: CONDENAR** a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES a reconocer y pagar a la señora OLGA LUCÍA PORTOCARRERO MONTES la suma de \$ 382.883.797,12, por concepto de retroactivo pensional por las mesadas pensionales causadas desde el mes de abril de 2020 hasta el 31 de enero de 2024, sin perjuicio de las mesadas que se llegaren a causar en adelante, junto con la indexación de tales valores hasta la fecha de pago efectivo”

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de la UGPP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



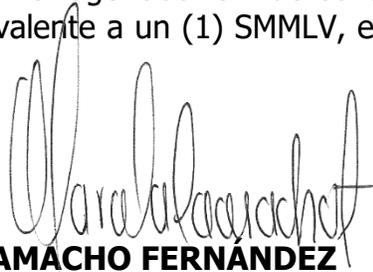
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de la UGPP, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada