



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No. 12-2021-00505-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del **DEMANDANTE** contra la sentencia del 22 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a **PANAMERICANA FORMAS E IMPRESOS S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante (min. 43:52 archivo “12Audioaudienciaabsuelveconcedeconsulta”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 5 a 36 archivo “01Demandaconanexos”).**

JOSÉ MARDOQUEO CHITIVA llamó a juicio a la empresa **PANAMERICANA FORMAS E IMPRESIONES S.A.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo y de un despido injusto; en consecuencia, se condene a la demandada a pagar la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, indemnización moratoria, condenas ultra y extra *petita* y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que entre el 17 de mayo de 1994 al 09 de abril de 2021 sostuvo una relación laboral con **PANAMERICANA FORMAS E IMPRESIONES S.A.** a través de sendos contratos de trabajo por periodos de un año, los cuales se fueron prorrogando automáticamente hasta convertirse en una relación a término indefinido, prestando sus servicios bajo la continua y prolongada subordinación y dependencia de la demandada, en cumplimiento de turnos de trabajo rotativos de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. y/o de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. y/o de 10:00 p.m. a 6:00 a.m., desempeñando el cargo de Cortador y con un salario de \$2.152.000, el cual era depositado mensualmente en su cuenta de ahorros.

Manifestó, que el día 09 de abril de 2021 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral sin justa causa y sin autorización del Ministerio del Trabajo, cancelando prestaciones sociales, vacaciones y la indemnización por despido por la suma de \$2.904.242,60, la cual no se encuentra ajustada, en razón a que de acuerdo al tiempo laborado la misma asciende a \$39.453.333,33.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (pág. 3 a 14 archivo “10Subsanacioncontestaciondemanda”).**

PANAMERICANA FORMAS E IMPRESOS S.A. aceptó las pretensiones declarativas primera y segunda y se opuso a las demás. Admitió los hechos de la demanda contenidos en los numerales 1, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 11, 13 y 14, relativos a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, la prestación del servicio continua y subordinada, el cumplimiento de horarios rotativos, el cargo desempeñado, la forma de pago del salario, la terminación del contrato sin justa causa sin la autorización del Ministerio del Trabajo y el pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min 34:37 archivo “12Audioaudienciaabsuelveconcedeconsulta”).

El 22 de noviembre de 2023, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a PANAMERICANA FORMAS E IMPRESOS S.A de las pretensiones incoadas en su contra por JOSÉ MARDOQUEO CHITIVA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: COSTAS a cargo del demandante e inclúyase como agencias en derecho la suma de \$300.000. TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión por el demandante, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor. (...)”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria respecto de la reliquidación de la indemnización por despido.

Para resolver, señaló que no es tema de controversia la existencia del contrato de trabajo, lo cual se corrobora con la documental aportada, de donde se colige que el señor **JOSÉ MARDOQUEO CHITIVA** laboró al servicio de **PANAMERICANA FORMAS E IMPRESOS S.A.** desde el 17 de mayo de

1994 hasta el 09 de abril de 2021, mediante contrato de trabajo a término fijo de un año, desempeñando como último cargo el de Cortador, con un salario promedio a la finalización del contrato de trabajo según liquidación de prestaciones sociales de \$2.640.707,27.

Con respecto a la reliquidación de la indemnización por despido injusto, señaló que mediante misiva del 09 de abril de 2021 la demanda le informó al actor la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa a partir de dicha data, decisión que la accionada tomó teniendo en cuenta la facultad que le otorga el inciso segundo al artículo 64 del CST, según el cual no está obligado a justificar su decisión, pues lo que importa es que pague conforme a derecho la respectiva indemnización, por lo que la demandada canceló al actor una indemnización equivalente a 37 días de salario por la suma de \$2.904.242,60, que corresponden al periodo que le hacía falta para la terminación o el vencimiento del plazo pactado, que era el 16 de mayo de 2021, indemnización que la accionada liquidó bajo los parámetros del inciso tercero del citado artículo. Bajo esa óptica, la *a quo* consideró que siendo el 17 de mayo de 2021 la data en la que vencía el plazo fijado por las partes para la terminación del contrato de trabajo, ya que este se celebró por un año desde el 17 de mayo de 1994, prorrogándose en el tiempo como lo establece el artículo 46 del CST, y al dar por culminado el vínculo en abril de 2021, la indemnización de acuerdo a la normatividad en comento correspondía a 37 días de salario que van del 09 de abril al 17 de mayo de 2021, pues de no haber finiquitado el contrato, este se renovará desde esta última fecha; concluyendo que la indemnización cancelada por **PANAMERICANA** se encuentra ajustada a derecho, pues si bien el testigo JOSÉ FRANCISCO MAYORGA afirmó que el demandante laboró para la demanda de forma continua desde el año 1994, sin interrupción alguna, lo cierto es que tal aspecto no implica *per se*, que el contrato, por el hecho de prorrogarse automáticamente sin previo aviso, haya cambiado su modalidad a indefinido.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Venció en silencio el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho a la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa prevista en el artículo 64 del CST y al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 *ibídem*.

VII. CONSIDERACIONES

En esta instancia no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: *i)* entre las partes, por un lado el demandante **JOSÉ MARDOQUEO CHITIVA**, en condición de trabajador y por otro, la demandada **PANAMERICANA FORMAS E IMPRESIONES S.A.**, en condición de empleador, existió un contrato de trabajo a término fijo, vigente entre el 17 de mayo de 1994 al 09 de abril de 2021, relación laboral en la cual el actor se desempeñó como Cortador y devengó como último salario la suma de \$2.124.000 (pág. 20 a 20 archivo “01Demandaconanexos” y pág. 7 a 9 archivo “06Contestaciondemandapanamericana”); *ii)* empleador terminó el contrato de trabajo del demandante de manera unilateral y sin justa causa (pág. 19 archivo “01Demandaconanexos” y pág. 15 archivo “06Contestaciondemandapanamericana”); *iii)* al finalizar la relación laboral el empleador pagó al demandante prestaciones sociales, vacaciones y la indemnización por despido injusto por la suma de \$2.904.242,60 (pág. 21 archivo “01Demandaconanexos” y pág. 11 a 13 archivo “06Contestaciondemandapanamericana”).

En la sentencia de primera instancia se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Procede entonces la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre el contrato de trabajo a término fijo.**

El artículo 45 del CST señala que el contrato de trabajo se puede celebrar por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio. Y, el artículo 47 *ibídem* señala que todo contrato de trabajo no estipulado a término fijo, por obra o labor determinada u ocasional o transitorio, se considerará a término indefinido, de lo cual se infiere la naturaleza supletoria de la modalidad indefinida.

Ahora, el artículo 46 del CST establece que la duración del contrato de trabajo a término fijo no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, pues si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisa por escrito a la otra su decisión de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a 30 días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente; y, si el término fijo es inferior a un año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente hasta por tres períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un año.

El aparte del citado artículo “*pero es renovable indefinidamente*”, fue revisado por la Corte Constitucional, Corporación que en sentencia C-588 de 07 de diciembre de 1995, con ponencia del Doctor Antonio Barrera Carbonell declaró su exequibilidad, indicando que “*Los contratos a término fijo... no son per se inconstitucionales, siempre que de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad provengan del acuerdo entre los empleadores y los trabajadores y no de la imposición del legislador.*”

En lo relacionado a la renovación sucesiva de tal tipo de contratación, decantado esta por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, que el contrato laboral a término fijo se puede renovar de manera sucesiva y que la renovación continuada no lo trasfigura en un contrato a término indefinido. (Sentencias CSJ SL 9643 de 2017¹, CSJ SL 19343 de 2003 y CSJ SL 35901 de 2001).

¹ Finalmente, frente a alegación del recurrente, que promueve la tesis de la mutación de un contrato laboral de plazo fijo, a uno a término indefinido, la Corte considera importante recordar que su jurisprudencia ha sido uniforme en orientar que el contrato laboral a término fijo se puede renovar de manera sucesiva, porque así lo permite el artículo 46 del Código Sustantivo Laboral, que lo regula.

Al respecto, en la sentencia CSJ 35901 de diciembre 2 de 2001, expresó:

“De hecho la ley prevé que los contratos a término fijo se prorroguen automáticamente, si no se ha hecho oportunamente el respectivo preaviso; y aún en caso de que este se hubiera formulado, nada impide que se prescinda de él, y en lugar de que opere la prórroga se suscriba un nuevo contrato, sin solución de continuidad.”

E incluso, en un paso conceptual más adelante, la Sala también ha explicado que la sucesiva renovación del contrato laboral a término fijo, no lo trasfigura en uno a término indefinido. Así lo dejó consignado en la sentencia CSJ 19343 del 7 de febrero de 2003, cuando puntualizó:

“Consecuente con lo anterior, de ninguna manera puede pensarse por el recurrente que al demandante no se le podía dar por finalizado el vínculo contractual, luego de habersele dado el aviso que señala el precepto en comento, porque de verdad que no le servía el argumento consistente en que mientras

- Acerca de la indemnización por terminación unilateral sin justa causa.

El artículo 64 del CST determinó que el contrato de trabajo lleva envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, razón por la cual, si el empleador termina de forma unilateral sin justa causa el contrato, deberá cancelar al trabajador la indemnización señalada en dicha norma conforme la modalidad contractual que unió a las partes.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos judiciales donde se debate la procedencia de dicha indemnización, nuestro Alto Tribunal ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el hecho del despido y al empleador demostrar una justa causa para exonerarse del pago de la misma. (Sentencias SL1166 de 2018, SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, entre otras).

CASO CONCRETO

Sea lo primero indicar que en el caso *sub examine* no existe discrepancia alguna frente a la modalidad contractual convenida por las partes, esto es, que el contrato de trabajo fue pactado a término fijo; así se determinó en su cláusula undécima, en el sentido de fijar una duración de un año, del 17 de mayo de 1994 al 16 de mayo de 1995, prorrogable de manera inmediata y sucesiva por otro periodo igual, si ninguna de las partes avisaba con antelación a 30 días su deseo de no prorrogarlo.

Luego entonces, ante el silencio de los contratantes, en este asunto operó la reconducción tácita del contrato de trabajo, prorrogándose durante 26 periodos iguales hasta el 17 de mayo de 2021, sin que tal renovación automática implique la modificación de las condiciones laboralmente convenidas entre trabajador y empleador. Dicho en otras palabras, al no existir controversia alguna sobre la vigencia pactada entre las partes (un año), no es posible variar su modalidad contractual, pues conforme a la jurisprudencia en cita, la renovación continuada del contrato de trabajo a término fijo no lo muta a un contrato a término indefinido.

Dilucidado lo anterior, pasa la Sala a estudiar la procedencia o no de la indemnización por despido injusto, frente a lo cual, huelga decir, en el

subsistieran las causas que le dieron origen, el vínculo permanecería vigente en el tiempo, lo que sería como cambiarle el término de fijo por el de indefinido sin más, cuando el precepto solo habla de renovación, que de ninguna manera cambia la naturaleza del contrato, lo cual solo depende del acuerdo de voluntades.”

sub lite tampoco se discutió la forma de terminación de la relación laboral, ni mucho menos la procedencia de la indemnización reclamada, pues es un hecho cierto y probado que la terminación del vínculo laboral entre las partes derivó de una decisión unilateral y sin la mediación de una justa causa por parte del empleador, tal como se corrobora con la misiva de fecha 09 de abril de 2021 (pág. 19 archivo “01Demandaconanexos”). Igualmente, se constata que tal acreencia fue liquidada y pagada a favor del accionante en la suma de \$2.904.242,60 (pág. 11 a 13 archivo “06Contestaciondemandapanamericana”).

Luego entonces, queda claro que tal determinación se produjo por el uso de la facultad legal y discrecional que tiene el empleador de terminar los contratos de trabajo sin justa causa, tornándose entonces procedente el pago resarcitorio consagrado en el artículo 64 del CST, que en tratándose de contratos a término fijo como el que hoy nos ocupa, corresponde a “*el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato... caso en el cual no será inferior a quince (15) días*”; verificándose que la suma cancelada por este concepto al demandante, -recordemos, \$2.904.242,60-, fue liquidada por 37 días, siendo este el tiempo restante para que se cumpliera el término pactado en la última prórroga del contrato de trabajo, esto es, entre el 10 de abril al 17 de mayo de 2021.

En conclusión, como en este asunto el contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral del empleador sin que mediara una justa causa, lo cierto es que la indemnización que de allí surge, y la cual hoy reclama el actor, fue debidamente satisfecha por la demandada al finalizar la relación laboral, por lo que no hay lugar a emitir condena por este concepto.

- Indemnización moratoria.

El artículo 65 del CST dispone el pago de una sanción a cargo del empleador por no pagar a sus trabajadores los salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato, lo que no ocurrió en el caso bajo estudio, pues tales acreencias fueron liquidadas y canceladas oportunamente al ex trabajador al finalizar el vínculo laboral en la suma de \$6.119.200 (pág. 11 a 13 archivo “06Contestaciondemandapanamericana”).

Adicional a lo expuesto, debe tenerse en cuenta que esta pretensión se encontraba ligada a la prosperidad de la reliquidación de la indemnización por despido injusto, y como ello no salió adelante, se tiene entonces que la accionada no adeuda ninguna acreencia laboral al demandante.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por surtirse en grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el fallador de primer grado, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia consultada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.14-2020-00408-02

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 23 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado realizado por **MARIA CRISTINA SANDOVAL TORRES** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada trasladar a **COLPENSIONES** el saldo total de su cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexados (*min. 59:55, enlace 2, archivo “33LinkAudiencia23DeMayoDe2023”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARIA CRISTINA SANDOVAL TORRES llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** para que se declare que la anulación de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en

consecuencia, se ordene su vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se trasladen todos sus aportes a **COLPENSIONES**, junto con las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 06 de diciembre de 1966, efectuó cotización al ISS desde el 1° de febrero de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1995, realizó cotizaciones a **PORVENIR** desde el 1° de febrero de 2000 hasta la fecha; que presentó petición de revocatoria ante las demandadas el 14 de agosto de 2020, solicitando la nulidad del traslado; sostiene que los promotores de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** al momento de la afiliación y desafiliación no le brindaron la asesoría y buen consejo ni le mencionaron las características propias de cada régimen (*pág. 1 a 8, archivo “01Demanda” y “pág. 2 y 3, archivo “10 SubsancionDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado de régimen pensional, y la solicitud presentada ante esa AFP, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; *prescripción de la acción de nulidad*; *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (*pág. 2 a 25, archivo “12ContestacionDemandaPorvenir”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, el traslado a **PORVENIR** y la solicitud presentada, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*; *responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social*; *sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación*; *el error de derecho no vicia el consentimiento*; *inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema*; *buena fe de Colpensiones*; *cobro de lo no debido*; *falta de causa para pedir*; *presunción de legalidad de los*

actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (pág. 2 a 29, archivo “09ContestacionDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 59:55, enlace 2, archivo “33LinkAudiencia23DeMayoDe2023”)

El 23 de mayo de 2023, el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió 4 procesos en la misma sentencia, entre ellos, el de **MARIA CRISTINA SANDOVAL TORRES**, y dispuso lo siguiente:

“... **PRIMERO:** Declarar la ineficacia del acto de traslado que hicieron las demandantes LUZ MARINA MONZON CIFUENTES, MARTHA ELENA GALAN PINILLA, **MARIA CRISTINA SANDOVAL TORRES** y LUZ MARINA CHACON JOYA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de ahorro individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico surtieron los actos de traslado y por tanto siempre estuvieron afiliadas las demandantes al Régimen de Prima Media administrado actualmente por COLPENSIONES. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentran vinculadas actualmente cada una de las accionantes, a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de sus cuentas individuales de ahorro, junto con rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, mismos que debe retornar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES debidamente indexados. **TERCERO:** Declarar no probadas las excepciones propuestas en cada proceso por el extremo pasivo. **CUARTO:** Condenar en costas de la acción en cada juicio a las demandadas, en su oportunidad se tasarán...” Sic.

Como sustento de la decisión la Juez expresó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia - CSJ, le correspondía al fondo de pensiones **PORVENIR** desvirtuar la falta de asesoría alegada por la demandante, aportando los documentos de prueba que condujeran a la certeza del cumplimiento de ese deber, para permitir que la afiliada sopesara la conveniencia de cambiar o mantenerse en el régimen pensional, circunstancia que no fue acreditada por la AFP y tampoco hubo confesión de la accionante en el interrogatorio, motivo por el cual concluyó que ese traslado es ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Adujo que si bien existe un precedente jurisprudencial emanado de la Corte Suprema de Justicia, la misma Corporación ha determinado que éste no se debe aplicar de forma homogénea a todos los asuntos donde se solicita la nulidad o la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información y en este asunto la parte actora realizó su traslado de manera voluntaria e informada, de conformidad con la normatividad vigente al momento del traslado; que las condiciones, ventajas y características del régimen pensional se encuentran contenidas en la Ley 100 de 1993 por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información entregada por la AFP; además, que como consumidor financiero, la accionante debía actuar con diligencia lo cual suponía por lo menos la obtención de una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando; ahora, que al trasladarse los rendimientos generados en el RAIS debe aplicarse la teoría de las restituciones mutuas para que se reconozcan los gastos en que incurrió la AFP en la administración de los recursos; sostiene que no es procedente la devolución de las sumas de seguros previsionales dado que son valores que no se encuentran en su poder, sino en las correspondientes aseguradoras; respeto de la indexación considera que constituye una doble condena; finalmente, sobre las agencias en derecho que de desestimarse la ineficacia también debe correr la misma suerte este concepto (min. 01:03:36, enlace 2, archivo “33LinkAudiencia23DeMayoDe2023”).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Señaló que la decisión pasó por alto que para el momento del traslado de régimen pensional este se materializaba con la firma plasmada en el formulario de afiliación pues no existía la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de la AFP de la asesoría a sus afiliados, por lo que el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario, lo contrario violaría el debido proceso de la entidad, quien sin

haber participado en el trámite debe asumir la carga prestacional; que **COLPENSIONES** resulta lesionada con la decisión adoptada, pues afecta el equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema, además se desconoce el artículo 2° de la Ley 797 2003; que los recursos que recibe por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo. Y de confirmarse la sentencia, solicita se mantengan las condenas impuestas de devolver la totalidad de las cotizaciones, y se condicione el cumplimiento hasta tanto la AFP reintegre todos los recursos (*min. 01:11:40, enlace 2, archivo “33LinkAudiencia23DeMayoDe2023”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR** reiteró los argumentos expuestos en la alzada. Y el apoderado de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLPATRIA hoy **PORVENIR**, la procedencia de la devolución de la totalidad del aporte pensional, la indexación y las costas procesales, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) MARIA CRISTINA SANDOVAL TORRES** nació el 06 de diciembre de 1996 (*pág. 8., archivo “03AnexosDemanda”*) y se afilió al ISS en febrero de 1995 (*pág. 30, archivo “13ContestacionDemandaColpensiones”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLPATRIA hoy **PORVENIR** el 07 de febrero de 2000, con efectividad a partir del 1° abril siguiente, donde permanece vinculada actualmente (*pág. 27, 43 y 49, archivo “12ContestacionDemandaPorvenir”*).

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

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino*

que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

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

sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

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

Y la demandante en el interrogatorio indicó que en el Colegio donde laboraba llamaron a los docentes para firmar los contratos de trabajo y les presentaron a un asesor de **PORVENIR**, avalado por Colegio, quien les indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, pero no les dio mayor información, por lo que no hubo confesión en este aspecto y dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por las demandadas en los recursos de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que este caso no trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto por **PORVENIR** en la alzada. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Además, la ineficacia del traslado de régimen pensional obliga a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a corregir y actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual

reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y frente a la inconformidad de la pasiva por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperaron las teorías del caso planteadas en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto que se reconozca solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir

copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

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

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

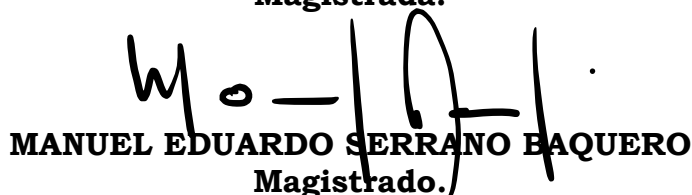
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 14-2022-00170-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada del **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 26 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a la demandada al pago de la sustitución pensional del señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ a favor de la demandante, a partir del 13 de septiembre de 2020, en un 50% de la mesada pensional, junto con intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 causados entre el 16 de febrero de 2021 al 21 de febrero de 2022 y costas del proceso. (min. 19:58 archivo “19LinkAudiencia26deJunio2023202200170”).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA (archivo “04Demanda”).**

EMMA DEL SOCORRO ÁLVAREZ DE OROZCO solicitó condenar al **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge supérstite del señor NICOLÁS OROZCO

HERNÁNDEZ (q.e.p.d.) en la proporción legal correspondiente, a partir de la fecha del deceso, intereses moratorios, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 18 de mayo de 1946, por lo que a la fecha de la presentación de la demanda tiene más de 75 años, que al señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ (q.e.p.d.) le fue reconocida una pensión de vejez por parte del **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** mediante Resolución No. 094 del 17 de junio de 1983, con quien contrajo matrimonio el 26 de septiembre de 1963; que convivió con su cónyuge bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa desde el día de las nupcias y dependiendo económicamente de aquel, permaneciendo indeleble el matrimonio y la sociedad conyugal hasta el fallecimiento del causante, vínculo del cual procrearon a cuatro hijos, mayores de edad al momento del óbito. Indicó, que el señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ falleció el 13 de septiembre de 2020, por lo que solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, petición denegada a través de Resolución No. 1175 del 21 de julio de 2021 por existir dentro del expediente una conciliación extra proceso de alimentos en el año 2001 y haberse decretado embargo a cargo del causante, además, que el pensionado asistía solo a sus consultas médicas, concluyendo la accionada que no se acreditó el requisito de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento, frente a lo cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, desatado mediante Resolución No. 1581 del 15 de septiembre de 2021, confirmando en todas sus partes el acto administrativo recurrido; por otro lado, indicó que para el 01 de marzo de 2021 mediante Resolución No. 0318 la demandada reconoció en forma provisional el derecho de sustitución pensional en una porción del 50% a favor de MARÍA OROZCO ÁLVAREZ en calidad de hija inválida, dejando en suspenso el 50% restante, y posteriormente, en Resolución No. 1185 del 21 de julio de 2021 se resolvió el reconocimiento del 100% a favor de MARÍA OROZCO ÁLVAREZ. Finalmente, indicó que el 16 de febrero de 2022 mediante sentencia de tutela del Tribunal Superior de Antioquia se revocó la

sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Berrio, concediéndose de manera transitoria el amparo de sus derechos fundamentales y ordenándose el reconocimiento y pago a su favor del 50% de la mesada pensional, hasta tanto el Juez ordinario dirimiera definitivamente la controversia.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (pág. 1 a archivo
“11MemorialContestacionDemanda06102022”).**

El **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 3, 5, 8, 9, 12, 14, 15, 16, 17 y 18 y parcialmente el 10, relacionados a la fecha de nacimiento y edad de la demandante, las nupcias contraídas entre ésta y el causante, la fecha de fallecimiento, el reconocimiento pensional a favor del causante, los hijos procreados por la pareja, el trámite administrativo adelantado por la actora, las motivos invocados para negar la sustitución pensional, el reconocimiento pensional a favor de MARÍA OROZCO ÁLVAREZ y el amparo constitucional concedido vía tutela de manera transitoria. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y las genéricas.

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:10 archivo
“19LinkAudiencia26junio2023202200170”)**

El 26 de junio de 2022, el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **PRIMERO. DECLARAR** que la demandante señora EMMA DEL SOCORRO ÁLVAREZ DE OROZCO, es beneficiarla de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ **SEGUNDO. CONDENAR** al demandado FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a reconocer y pagar a la demandante señora EMMA DEL SOCORRO ÁLVAREZ DE OROZCO, la pensión de sobrevivientes a partir del día 13 de septiembre del año 2020, en un 50% de la cuantía que percibía su cónyuge OROZCO HERNÁNDEZ, autorizando efectuar los*

*descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme lo aquí considerado. **TERCERO. CONDENAR** al demandado FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a reconocer y pagar la demandante señora EMMA DEL SOCORRO ÁLVAREZ DE OROZCO, los intereses moratorios a partir del día 16 de febrero del año 2021, mismos que deben liquidarse sobre las mesadas causadas desde esa fecha y hasta febrero 21 de 2022, ello atendiendo a que el FONDO por decisión de tutela reconoció a partir de esa data, el 50% que le correspondía a la demandante. **CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la demandada, dado que no enervaron las pretensiones de la demanda. **QUINTO. CONDENAR EN COSTAS** de la acción al extremo demandado. (...)*”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobreviviente en la modalidad de sustitución pensional como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge, señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ, en el porcentaje que reclama.

Como fundamento de su decisión, indicó que la afirmación que hace el extremo demandado en las resoluciones 1175 de 21 de julio y 1581 de 15 de septiembre de 2021, que niegan el derecho pretendido, desconoce la línea jurisprudencial vigente frente al tema, ya que de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJ, a la cónyuge no se le exige la convivencia con el pensionado en los cinco años anteriores al fallecimiento del causante; concluyendo la juez de primera grado, que al haberse demostrado un vínculo matrimonial vigente desde el 26 de septiembre de 1966, sin que la demandada allegara algún elemento de prueba que condujera a determinar con certeza que dicha relación matrimonial se extinguió por divorcio, debe darse aplicación al inciso 3 del literal b del artículo 13 de la ley 797 de 2003, con la hermenéutica que sobre el mismo ha hecho la Corte. Así, procede a estudiar el requisito de convivencia exigido en tal norma, frente a lo cual señaló que con las pruebas adosadas se demostró que el vínculo entre los cónyuges se mantuvo por un límite temporal superior a los cinco años y hasta la fecha de fallecimiento del causante, además que la demandada también desconoció la jurisprudencia de la Corte que ha considerado que la sola existencia de un proceso de alimentos en contra del causante no conlleva

a inferir la separación de cuerpos o de hecho en caso de los cónyuges, así como tampoco es razón válida para considerar una interrupción o una ausencia de convivencia el hecho de que la cónyuge no asistiera o no acompañara al causante a sus citas médicas, pues podían ocurrir situaciones exógenas que así se lo impidieran. Además, que las declaraciones extra juicio aportadas dan plena certeza de la convivencia, sin que la parte demandada haya solicitado la ratificación con el fin de desvirtuarlas. Agregó, que obra documento suscrito por el causante en el cual solicitó al fondo demandado tener como beneficiarias de su pensión a la demandante y a MARÍA OROZCO ÁLVAREZ en condición de hija. Señaló, que con las anteriores pruebas si fue acreditado por la demandante el requisito de convivencia para poder acceder a la pensión sobrevivientes en modalidad de sustitución pensional, por manera que, reconoce la pensión de manera vitalicia a favor de la actora en el 50% que la demandada dejó en suspenso, a partir de la fecha del deceso y, en la medida que, mediante sentencia proferida de manera transitoria el 16 de febrero de 2022 por el Tribunal Superior de Antioquia se concedió a la demandante la pensión de sobreviviente en un 50% y el porcentaje restante a su hija incapacitada para trabajar, la demandada deberá seguir reconociendo el derecho declarado.

En cuanto a los intereses moratorios peticionados, indicó que estos también deben concederse, toda vez que la demandada negó el reconocimiento pensional con el argumento de no existir una convivencia entre los cónyuges durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del causante, aun cuando la jurisprudencia ha decantado que dicho tiempo de convivencia puede acreditarse en cualquier tiempo, además que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 proceden con independencia de la buena o mala fe de la entidad al negar el reconocimiento pensional al poseer el talante de resarcitorios y no condenatorios, emitiendo condena por este concepto a partir de los dos meses con los que contaba la demandada para resolver la solicitud y hasta el 21 de febrero de 2022, fecha en que la demandada, por decisión de tutela, reconoció el 50% de la pensión a la demandante.

**III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 22:20 archivo
“19LinkAudiencia26junio2023202200170”).**

La apoderada del **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** presentó recurso de apelación únicamente en lo que respecta a la condena por intereses moratorios, argumentando que la entidad dio cumplimiento a lo dispuesto en el fallo del Tribunal de Antioquia Sala Laboral, que ordenó el reconocimiento transitorio a favor de la demandante, providencia en la cual se indicó que la demandante contaba con el término de cuatro meses para iniciar el respectivo proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral, por lo que solicita se revise la fecha en la cual fue instaurada la demanda y si a la demandante le asiste derecho al pago de los intereses moratorios.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** presentó sus alegatos reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

No hubo pronunciamiento de la parte **DEMANDANTE**.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de

apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor del **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite y al pago de intereses moratorios, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

No es motivo de controversia en esta instancia los siguientes hechos jurídicos: **i)** la demandante **EMMA DEL SOCORRO ÁLVAREZ DE OROZCO** nació el 18 de mayo de 1946 (pág. 4 archivo “03AnexosDda”); **ii)** la demandante y el señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el día 26 de septiembre de 1966 (pág. 5 a 6 archivo “03AnexosDda” y pág. 181 a 182 archivo “11MemorialContestacionDemanda06102022”); **iii)** entre la demandante y el causante procrearon cuatro hijos, actualmente todos mayores de edad; **iv)** el señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ (q.e.p.d.) fue pensionado por el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** mediante Resolución No. 094 del 17 de junio de 1983 (pág. 50 a 51 archivo “11MemorialContestacionDemanda06102022”); **v)** el pensionado NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ (q.e.p.d.) falleció el 13 de septiembre de 2020 (pág. 2 archivo “03AnexosDda”); **vi)** la demandante solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y la misma fue negada mediante Resolución No. 1175 del 21 de julio de 2021, decisión confirmada mediante Resolución No. 1581 del 15 de septiembre de 2021 (pág. 21 a 34 archivo “03AnexosDda”); **vii)** mediante Resolución No. 0318 del 01 de marzo de 2021 la demandada reconoció de forma provisional la pensión de sobrevivientes en un porcentaje del 50% a favor de MARÍA OROZCO ÁLVAREZ, en condición de hija inválida y dejó en suspenso el 50% restante (pág. 41 a 44 archivo “03AnexosDda”); **viii)** a través de Resolución No. 1185 del 21 de julio de 2021 la demandada

reconoció de forma definitiva el 100% de la sustitución pensional favor de MARÍA OROZCO ÁLVAREZ en calidad de hija inválida (pág. 36 a 40 archivo “03AnexosDda”); **ix)** El 16 de febrero de 2022 el Tribunal Superior de Antioquia Sala Laboral concedió de forma transitoria el amparo constitucional de los derechos fundamentales de la demandante y ordenó a la demandada reconocer y pagar el 50% de la mesada pensional de sobrevivientes a favor de la demandante (pág. 51 a 64 archivo “03AnexosDda”).

En la sentencia de primera instancia se condenó a la demandada al pago de la sustitución pensional del señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ a favor de la demandante. a partir del 13 de septiembre de 2020, en un 50% de la mesada pensional, junto con intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 causados entre el 16 de febrero de 2021 al 21 de febrero de 2022 y costas del proceso. Contra la anterior decisión, la apoderada de **FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** interpuso recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Sobre la norma aplicable en pensión de sobrevivientes.

Ha sido posición pacífica y reiterada de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicar que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, tal y como ha señalado en las sentencias SL Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL3526 de 2019, SL184 de 2021, entre otras.

- Sobre la pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge supérstite en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Las pensiones de sobrevivientes que se rigen por la Ley 797 de 2003, la cual modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, consagran como beneficiarios de la prestación a los miembros del grupo

familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común. Dicha norma consagra al cónyuge y compañero permanente supérstite como beneficiarios de la prestación, siempre y cuando acrediten el periodo mínimo de convivencia de cinco (5) años, sosteniendo la H. CSJ que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras.

En cuanto el concepto de convivencia, la H. CSJ la define como la comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras, advirtiéndole la Alta Corte que si hay convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como señaló en la sentencia SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros.

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida

en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

La misma Corporación ha reiterado que la demostración de los lazos familiares y afectivos, en el caso del cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separado de hecho del causante, no es una exigencia prevista en el inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ende, la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado en un periodo de 5 años, puede ser acreditado «*en cualquier tiempo*» (CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020, CSJ 2746-2020 y SL359-2021).

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-515 de 2019 analizó la constitucionalidad del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, concluyendo que para que el cónyuge supérstite separado de hecho se beneficie de la pensión de sobrevivientes, debe acreditar que su sociedad conyugal está vigente. En consecuencia, una vez se disuelve y se liquida la sociedad conyugal, los haberes del pensionado dejan de formar parte de la masa patrimonial y por ello se extingue el derecho a sustituir la prestación.

• CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, dado que el causante falleció el 13 de septiembre de 2020 (pág. 2 archivo “03AnexosDda”), la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si a la muerte del causante tiene 30 o más años de edad, o si a pesar de no cumplir dicha edad procreó hijos con éste, siempre y cuando acredite un periodo mínimo de convivencia no inferior a cinco años.

En cuanto el alcance del periodo mínimo de convivencia, para el caso del cónyuge superviviente, la H. CSJ señala que el alcance efectivo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 no es otro que la posibilidad para que este acredite tal periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, tal y como indicó en las sentencias SL2821-2021, SL4318-2021, SL2257-2022, SL2767-2022, SL4093-2022, entre otras.

Siendo así, se verifica que la demandante **EMMA DEL SOCORRO ÁLVAREZ DE OROZCO** nació el 18 de mayo de 1946, por lo que a la fecha del fallecimiento del causante contaba con 74 años de edad (pág. 4 archivo “03AnexosDda”); por tanto, de determinarse que es beneficiaria de la sustitución pensional rogada, sería de manera vitalicia.

En segundo lugar, se comprueba que **EMMA DEL SOCORRO ÁLVAREZ DE OROZCO** celebró matrimonio con el causante el 26 de septiembre de 1966 (pág. 5 a 6 archivo “03AnexosDda” y pág. 181 a 182 archivo “11MemorialContestacionDemanda06102022”), no existiendo anotación alguna de disolución o liquidación de la sociedad conyugal, de lo cual puede inferirse razonablemente que tal vínculo permaneció vigente hasta el fallecimiento del señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ (q.e.p.d.).

Ahora, vistas las Resoluciones 1175 del 21 de julio de 2021 y 1581 del 15 de septiembre de 2021, se advierte que la demandada **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** negó el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la actora, en razón a que *“...no se pudo esclarecer el requisito de los 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento, exigidos por la Ley, tal y como lo aseguran los deponentes en las declaraciones extraproceso allegadas al expediente, máxime si se tiene en cuenta que en la historia laboral del pensionado NO milita documento que apunte a demostrar que la peticionaria efectivamente convivió con el pensionado en los 5 años anteriores al fallecimiento, sino todo lo contrario elementos que conllevan a la Entidad a pensar que la peticionaria ya no convivía con el causante...”* (pág. 22 a 34 archivo “03AnexosDda”).

No obstante, al realizar una valoración integral de todos los medios de prueba, en virtud de los principios de necesidad y comunidad de la prueba, consagrados en los artículos 164 y 176 CGP, junto con el principio de libre formación del consentimiento del Juez Laboral y análisis conjunto de las pruebas de los artículos 60 y 61 CPTSS, se desvirtúa el argumento de **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** respecto a que la demandante no acreditó el tiempo de convivencia necesario para hacerse beneficiaria de la sustitución pensional rogada en la demanda.

Lo anterior, por cuanto la consideración de la pasiva fue derruida con los elementos probatorios aportados dentro del proceso, pues en el plenario se aportaron sendas declaraciones extra juicio rendidas el 30 de noviembre de 2020 ante la Notaría Única del Circulo de Puerto Berrio por los señores JORGE ELIECER LINCE, LUIS EDUARDO CASTAÑO, MARÍA EDILMA CASTRO DE MONTOYA, WILSON GÓMEZ GRAJALES (pág. 7 a 16 archivo “03AnexosDda”) y MARÍA ORZOCO ÁLVAREZ (pág. 154 archivo “11MemorialContestacionDemanda06102022”), con las cuales quedaron demostrados los dichos expuestos en el libelo introductorio, relacionados a que la convivencia entre esta y el causante se mantuvo desde la fecha de celebración del matrimonio y hasta el óbito.

En efecto, los declarantes coincidieron en manifestar que les consta que el señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ estuvo casado con la señora **EMMA ÁLVAREZ** durante 54 años hasta el día de su fallecimiento, que la pareja de esposos procrearon cuatro hijos, que el causante velaba económicamente por su cónyuge y su hija MARÍA OROZCO ÁLVAREZ y que la demandante se encuentra afiliada al sistema de salud al cual pertenecía su esposo, sumado, a que los señores MARÍA EDILMA CASTRO DE MONTOYA, WILSON GÓMEZ GRAJALES y MARÍA OROZCO ÁLVAREZ declararon que les consta que la convivencia entre la pareja de esposos fue continua e ininterrumpida.

Al punto, conviene recordar que la CSJ en su Sala Laboral tiene adoctrinado que las declaraciones extra proceso rendidas ante Notaría no

pueden desestimarse como fuente probatoria para acreditar la convivencia, por cuanto las mismas deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos provenientes de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto por el artículo 174 del CGP, no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite. (sentencias SL, 6 mar. 2013, rad. 42536, SL16322-2014, SL1188-2015, SL1227-2015, SL3103-2015, SL5665-2015, SL14129-2015, entre otras). Así entonces, como la parte demandada omitió solicitar la ratificación de aquellas versiones, no hay manera de restarle valor probatorio a las mismas, máxime cuando el Decreto 1557 de 1989 autorizó a los notarios para recibir declaraciones con fines extra procesales, precisando que aquellas tendrían el mismo alcance que las rendidas ante el juez, por lo cual, al tener idéntico valor, se parte del supuesto que el funcionario que las recepciona tiene las mismas calidades del juez.

Aunado a lo anterior, no puede pasar por alto la Sala que en vida el señor NICOLÁS OROZCO HERNÁNDEZ exteriorizó ante la demandada su deseo de que su esposa **EMMA DEL SOCORRO ÁLVAREZ** reclamara todas las prestaciones a las que tenía derecho como jubilado cuando falleciera. Así se observa del contenido de la Resolución del 24 de agosto de 1994 expedida por el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, por cuya virtud aceptó la solicitud de beneficio a favor de la actora como beneficiaria de la sustitución pensional cuando ocurriera el fallecimiento del pensionado (pág. 52 archivo “11MemorialContestacionDemanda06102022”); circunstancia que, advertida la importancia de lo confirmado con los demás medios probatorios recaudados, constituye un elemento más de prueba sobre los lazos afectivos y el apoyo moral y material que existía entre los cónyuges.

Así las cosas, para la Sala hay prueba suficiente sobre la convivencia ininterrumpida entre el causante y la demandante, indiscutiblemente acreditando la señora **EMMA DEL SOCORRO ÁLVAREZ DE OROZCO** el requisito de convivencia establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, como quiera que demostró que hizo vida en común con el causante por un tiempo superior a los cinco años y que dicha unión se mantuvo vigente hasta la fecha de fallecimiento, lo que en definitiva le otorga el

derecho al reconocimiento de la pensión rogada. Razones suficientes para derribar el enfoque adoptado por el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** en los diferentes actos administrativos que negaron el derecho reclamado, pues de forma caprichosa se abstuvo de reconocer la regla jurisprudencial de la H. CSJ de que la cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente puede acreditar los cinco años de convivencia exigidos por la Ley 797 de 2003 en cualquier tiempo.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto al reconocimiento de la pensión de la sustitución pensional a favor de la demandante, en porcentaje del 50%, a partir del día 13 de septiembre de 2020, fecha de fallecimiento.

- Sobre los intereses moratorios

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del Sistema de pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados, y tratándose de la primera de ellas la mora se entiende ocurrida cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho contados desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes. Para pensiones de sobrevivientes el plazo es de dos (2) meses, pues así lo dispone el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 y así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL1810-2022, SL1714-2022, SL1386-2022).

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los intereses moratorios proceden de manera automática por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, así mismo ha establecido unas excepciones, en casos como: *i) cuando se trata de prestaciones pensionales consolidadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; iii) cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena*

justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; vi) cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y vii) cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL 5079 de 2018 ratificado en sentencia CSJ SL 2383 de 2021).

En este caso, una vez examinado el expediente administrativo del causante, se tiene que la demandante solicitó la sustitución pensional el 16 de diciembre de 2020, bajo radicado interno No. 2020-220-028830-2 (pág. 134 archivo “11MemorialContestacionDemanda06102022”), por lo que es claro que para dicha calenda el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** tenía conocimiento de la jurisprudencia de antaño en la cual se ha establecido como requisito para acreditar la calidad de beneficiaria como cónyuge sobreviviente, cinco años en cualquier tiempo, situación que logró establecer la demandada en el trámite administrativo y, a pesar de ello, decidió negar la prestación económica. Por ende, al no existir una causal de excepción a la imposición de los intereses moratorios los mismos son procedentes.

De manera que, como la promotora del litigio solicitó la sustitución pensional el 16 de diciembre de 2020 y la misma fue negada mediante Resolución No. 1175 del 21 de julio de 2021, confirmada en Resolución No. 1581 del 15 de septiembre de 2021, en este caso procede el reconocimiento de este estipendio sobre cada una de las mesadas adeudadas, a partir del 16 de febrero de 2021 y hasta el 21 de febrero de 2022, calenda para la cual reconoció de manera transitoria la prestación pensional a favor de la actora, en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Antioquia; razón por la cual también se prohijará la sentencia apelada en este aspecto.

No obstante, se adicionará el fallo en el sentido de autorizar al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** a descontar del retroactivo lo que corresponda por

aportes a salud de la beneficiaria, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1190 de 2022, entre otras.

- Sobre la excepción de prescripción

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

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 13 de septiembre de 2020, fecha en que falleció el causante, acudiendo la demandante a reclamar la prestación pensional el 16 de diciembre de 2020, obteniendo respuesta negativa mediante Resolución No. 1175 del 21 de julio de 2021, frente a la cual presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, confirmada en Resolución No. 1581 del 15 de septiembre de 2021, y accionando ante la Jurisdicción el 11 de marzo de 2022 (archivo “05CorreoIngExpReparto”), esto es, no transcurrió el termino trienal legalmente establecido para la configuración del fenómeno prescriptivo, motivo por el cual no prospera este medio exceptivo. Tampoco tienen vocación de prosperidad los demás medios de defensa invocados por **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, dado el resultado del estudio de la controversia.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta y los aspectos apelados por la demandada, procediendo la adición de la sentencia en el sentido de autorizar el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado por la demandante y la confirmación en lo demás.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo de la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 16-2020-00495-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia del 12 de enero de 2024 que declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual, reactivó la afiliación al RPM y condenó en costas a las demandadas (min. 1:14:18 archivo “20GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 12 archivo “01Demanda”).**

CARMEN ROSA ALAM DE SARMIENTO solicitó declarar la nulidad de su afiliación al RAIS, reactivar su afiliación en el RPM, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reconocer intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 10 de julio de 1968 y cotizó al ISS un total de 408 semanas desde el 04 de abril de 1986 al mes de julio de 2000, trasladándose al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** a partir del mes de noviembre de 2003, afiliación que se llevó a cabo de manera engañosa, persuasiva y desinformada por lo que radicó derecho de petición ante las demandadas solicitando la nulidad de la afiliación, recibiendo n respuesta negativa solamente por parte de **COLPENSIONES**.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó el periodo cotizado por la demandante al ISS, la densidad de semanas cotizadas en el RPM y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho de la demanda y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de no lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (pág. 2 a 12 archivo “09ContestacionColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** guardó silencio, por lo que por Auto del 26 de octubre de 2023 el despacho tuvo por no contestada la demanda (“15AutoTienePorNoContestadaDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:04:04 archivo “20GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento”).

El 12 de enero de 2024 el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizara la demandante señora CARMEN ROSA ALAM DE SARMIENTO identificada con cédula de ciudadanía N° 35.460.178, que tuviera lugar el día ocho (08) de septiembre de 2003 con efectividad desde el primero (1º) de noviembre del mismo año, por ante de la AFP PORVENIR S.A. debido a la omisión en el deber de información. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES, incluyendo los montos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima, y en general todos los valores integrantes de las cotizaciones realizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a recepcionar los recursos condenados en numeral que antecede y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, actualizando las semanas en la historia laboral de la demandante, incluyendo la totalidad de las semanas que cotizó en el régimen de ahorro individual con solidaridad. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado. QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo Un Cuarto de

Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV) a cargo de cada una de las demandadas por concepto de agencias en derecho. (...)”.

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si asiste derecho a la parte demandante a que se declare nula su afiliación al RAIS debido al incumplimiento del deber de información, y si hay lugar a las demás declaraciones y condenas en el sentido de tener como afiliada a la demandante en el RPM y la condena a **PORVENIR** al traslado de todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a **COLPENSIONES**.

Para resolver, indicó que conforme al análisis probatorio, la demandante cotizó para al ISS desde el 04 de abril de 1986 hasta el 30 de noviembre de 1999 para un total de 408,86 semanas y, de acuerdo a la prueba que el despacho tuvo en cuenta oficiosamente, se evidencia el traslado que realizó la demandante al RAIS el 08 de septiembre de 2003, con efectividad desde el 01 de noviembre de 2003, siendo **PORVENIR** el fondo actual al que está afiliada la demandante.

Continuó señalando, que en este asunto la carga de la prueba corresponde al extremo demandado, quien debe demostrar si cumplió a cabalidad el deber de información para el momento del traslado de régimen, es decir, para el 08 de septiembre de 2003 debía estar demostrado que se cumplió a cabalidad con el deber de información, sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, donde incluía dar a conocer la existencia del régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Al respecto, señaló que **COLPENSIONES** adujo que los requisitos para trasladarse en el 2003 se dieron a cabalidad y que una vez la demandante cumplió 47 años de edad no podía retornar al RPM, pero no aportó ningún tipo de prueba del cumplimiento del deber de información por parte de **PORVENIR S.A.**, AFP que además no contestó la demanda, lo que genera un indicio grave en su contra, en el sentido de que efectivamente no se brindó esa información, sin que las pruebas aportadas oficiosamente sean suficientes para demostrar el cumplimiento cabal del deber de información, así como tampoco el interrogatorio que contestó la demandante contiene confesión al respecto, de la cual pudiera deducirse que haya sido informada como se exigía para la época, pues simplemente da cuenta de que el empleador al

que ingresó en el año 2003 le aconsejó el traslado y que recibió una información general, mas no se le ilustró sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada régimen pensional, tampoco se le dio a conocer el régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, recalcando que era crucial dar a conocer a la demandante la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, pues la demandante si era beneficiaria del régimen de transición cuando efectuó el traslado de régimen en el año 2003, por lo que al trasladarse al RAIS perdió tal beneficio.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presenta recurso de apelación de forma parcial frente a la condena en costas de 1/4 de SMMLV, en razón a que los fundamentos, los hechos y las pretensiones que originaron la presente demanda son ajenos a su representada, ya que se puede evidenciar en el expediente y en el interrogatorio, que voluntariamente la demandante en el año 2003 suscribió un formulario de traslado y afiliación, decisión en la cual no tuvo injerencia alguna el ISS ni **COLPENSIONES**, además que la condena en costas afecta las arcas de la entidad y sus dineros que están dirigidos únicamente al pago de pensiones, sumado a que la entidad siempre ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal. (min. 1:16:19 archivo “20GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo de primera instancia, como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia de traslado de régimen pensional, ya que el traslado efectuado por la demandante al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, como se expresó en el formulario de afiliación, además que se cumplió con las obligaciones que le correspondían a la AFP en materia de información, de acuerdo a las normas vigentes para ese momento. Agregó, que la demandante tuvo la oportunidad de regresar al RPM y su inconformidad en el RAIS deriva del monto de la mesada pensional, circunstancia que no es suficiente para considerarse viciada su voluntad.

Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la condena en costas impuesta a **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante cotizó 408 semanas al extinto ISS desde el 04 de abril de 1986 al 31 de julio de 2000 (pág. 35 a 37 archivo “09ContestacionColpensiones”); *ii)* la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, petición que fue negada por parte de **COLPENSIONES** (pág. 15 a 20 archivo “01Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual, reactivó la afiliación al RPM y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de

Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, debe comenzar la Sala por advertir que en el caso de marras no hay duda alguna acerca del traslado de la demandante del RPM al RAIS, acaecido el 01 de noviembre de 2003, mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, pues aun cuando la AFP accionada no contestó la demanda, lo cierto es que en audiencia celebrada el 12 de enero de 2024 el Juez *a quo* de manera oficiosa solicitó a la demandada allegar la historia laboral actualizada de la actora y el histórico SIAFP expedido por ASOFONDOS, documentos aportados en esa oportunidad y en los cuales consta la solicitud de traslado realizada por la señora **CARMEN ROSA ALAM DE SARMIENTO** a **PORVENIR S.A.** el 08 de septiembre de 200, materializada el 01 de noviembre de 2003 (archivo “19ExhibicionDocumentosPorvenir”).

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP demandada cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, en verdad no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, pues en la medida que ésta optó por no contestar la demanda dentro del término legal, no milita ninguna prueba a su favor; por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró

el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que su traslado de fondo de pensiones en el año 2003 ocurrió cuando ingresó a trabajar en la Fundación Escuela Nueva, momento para el cual la persona del área administrativa gestionó una reunión entre algunos empleados y una funcionaria de **PORVENIR**, quien le indicó que ese fondo era una mejor alternativa para pensionarse porque daba mejores rendimientos y que además el Seguro Social estaba quebrado y cercano a liquidarse, motivo por el cual aceptó el traslado; dijo, que en esa reunión no se mencionaron los riesgos ni se profundizó en una explicación clara y completa de cuáles eran las características y condiciones del RAIS y que la reunión tuvo una duración muy corta; por otra parte, indicó que firmó de manera voluntaria formulario de afiliación a **PORVENIR**, pues estaba convencida de que sería la mejor alternativa. (min. 17:00 archivo “20GrabacionAudienciaInicialyJuzgamiento”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Del mismo modo, **COLPENSIONES** tiene la obligación de recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, lo que conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de

2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

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

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento en que la AFP demandada cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.16-2020-00311-02

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante **MARTHA CECILIA CARRILLO BARBOSA** contra la sentencia del 17 de octubre de 2023 proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones (min. 01:17:08, archivo “41GrabacionAudienciaJuzgamiento”).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARTHA CECILIA CARRILLO BARBOSA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se condene a las AFP demandadas a trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados y a **COLPENSIONES** a recibir el traslado y los recursos, junto con las

condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 26 de abril de 1966, cotizó a **COLPENSIONES** desde mayo de 1989 hasta septiembre de 1994, en COLMENA hoy **PROTECCIÓN** desde mayo de 1994 hasta noviembre 1997, en **PORVENIR** desde diciembre de 1997 hasta julio de 2003 y en **SKANDIA** desde diciembre de 2003 a la fecha; el 31 de mayo de 1994 en su lugar de trabajo un promotor de COLMENA realizó una charla grupal, donde les indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, que los aportes se perderían y que la mejor opción era esa AFP, por lo que basado en esa información firmó el formulario; cuando tenía 47 años firmó vinculación a **SKANDIA**; que ninguno de los fondos de pensiones le informó las consecuencias del traslado de régimen pensional; que de esa situación solo se percató cuando acudió a **SKANDIA** a obtener información sobre su derecho pensional, donde se le indicó que la mesada en el RAIS sería de \$2.356.000 a los 60 años mientras que en el RPM es de \$4.284.000; y solicitó el traslado de régimen pensional a las demandadas en el año 2020, petición que fue negada (*pág. 1 a 16, archivo “01EscritoDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado a esa AFP y la presentación de la reclamación, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de

buena fe; traslado de aportes y la innominada o genérica (pág. 3 a 37, archivo “07ContestacionProteccion”).

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la accionante y la petición presentada, señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *inoponibilidad por ser tercero de buena fe*; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS; prescripción y caducidad; inexistencia de la obligación; presunción de legalidad de los actos administrativos; buena fe y la innominada o genérica (pág. 2 a 20, archivo “12ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 2 a 37, archivo “22ContestaciónPorvenir”).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones elevadas en su contra. Aceptó la vinculación a esa AFP, la presentación de la petición y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *actos de relacionamiento*; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; actos de relacionamiento; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable; prescripción de la acción; prescripción de las acciones

que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración; buena fe y la genérica (pág. 2 a 49, archivo “23ContestaciónSkandiaLlamamientoGarantia”). Llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (pág. 124 a 131, archivo “23ContestaciónSkandiaLlamamientoGarantia”).

Mediante providencia del 23 de noviembre de 2022, se rechazó el llamamiento en garantía (archivo “26AutoFijaFecha”), decisión que fue confirmada por esta Corporación el 28 de abril de 2023 (archivo “04AutoResuelveRecurso”, carpeta “C02ApelacionAuto”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:17:08, archivo “41GrabacionAudienciaJuzgamiento”)

El 17 de octubre de 2024, el Juzgado dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas COLPENSIONES- y a los fondos privados de pensiones PORVENIR S.A, S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la demandante señora MARTHA CECILIA CARRILLO BARBOSA identificada con cédula de ciudadanía No. 39.705.927. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la inexistencia de la obligación alegada por las demandadas y por el resultado de la litis se abstiene el despacho de pronunciamiento sobre las demás excepciones. **TERCERO:** Se condena en costas de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de \$250.000, como agencias en derecho en favor de cada una de las demandas y a cargo de la parte actora...”*

Como sustento de la decisión el Juez expresó que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que se debe evaluar cada caso en concreto y sus particularidades tácticas para que no se convierta la aplicación de la jurisprudencia en un mero algoritmo o una aplicación apodíctica; en este caso, sostuvo que conforme con los roles desempeñados por la actora, sus destrezas, conocimiento y profesión no puede predicarse que se tratara de una afiliada sin conocimientos en la materia, desprovista de información, por el contrario, se observa su estrecha participación en el sector financiero y pensional, Concasa, Bancafé, Banco Agrario y también laboró en la AFP Skandia, por lo que no se puede considerar como una persona lega. Y aunque las pruebas no son suficientes para acreditar el

consentimiento informado, esos otros indicios si son indicativos que tenía claridad de los lineamientos del RAIS, para la fecha del traslado en 1994, era gerente de un banco y mostró su voluntad de permanencia a ese régimen a lo largo del tiempo, por lo que su situación no se acomoda a la línea jurisprudencial sobre ineficacia de traslado de régimen pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante solicitó la revocatoria de la sentencia. Adujo que está plenamente demostrado que para el momento del traslado la accionante no trabajaba para un fondo de pensiones, sino para la banca y el despacho confunde los servicios del sector financiero; frente a la afiliación de **SKANDIA** la actora no confesó que conociera el tema de pensiones y señaló que sus funciones era de ventas de seguro y fiducia, por lo que el despacho esta discriminado a la afiliada; además, ninguno de los formularios establece la asesoría y las AFP no aportaron prueba diferente a dicho documento; finalmente, que el Juzgado no tuvo en cuenta los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia (*min. 01:18:19, archivo “41GrabacionAudienciaJuzgamiento”*)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la doctora Camila Soler Sánchez, identificada con C.C. No. 1.014.290.875 y T.P. No.352.159 del CSJ, allegó documental que la acredita como apoderada judicial de la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien a su vez actúa como apoderada principal de **PORVENIR**, motivo por el cual se le reconoce dicha condición en esta instancia.

Las apoderadas de **PORVENIR** y **SKANDIA** solicitaron la confirmación de la sentencia. La parte actora reiteró los argumentos expuestos en la alzada, para obtener la revocatoria de la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, así como la procedencia de los demás pedimentos contenidos en la demanda, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) MARTHA CECILIA CARRILLO BARBOSA** nació el 26 de abril de 1966 y se afilió al ISS para el periodo de mayo de 1989 (*pág. 52 y 88, archivo “23ContestaciónSkandiyLlamamientoGarantia”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 11 de mayo de 1994, con efectividad desde el 1° de junio siguiente (*pág. 46 y 54, archivo “07ContestacionProteccion”*), luego se trasladó a COLPATRIA hoy **PORVENIR** el 28 de noviembre de 1997, posteriormente se trasladó a **PORVENIR** el 29 de abril de 1999 y finalmente a **SKANDIA** el 30 de diciembre de 2003, donde permanece vinculada actualmente (*pág. 85, archivo “23ContestaciónSkandiyLlamamientoGarantia”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del

artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP,

esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto la ineficacia del traslado de régimen pensional fue negada por el *a quo* bajo el argumento de que **MARTHA CECILIA CARRILLO BARBOSA** tenía pleno conocimiento de las particularidades del traslado, dado su profesión, ocupación y funciones que desempeña en el sector financiero y como empleada que fue de **SKANDIA**. La apoderada de la demandante presentó recurso de apelación aduciendo que se faltó al deber de información por parte de la AFP, dado que no hubo ninguna confesión en el interrogatorio, que las funciones que desempeñó eran de ventas de seguro y fiducia, pero no en temas pensionales y que se desconoció el precedente jurisprudencial.

Conforme con la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4° del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

Y dicho estudio debe realizarse es frente a las condiciones que se presentaron al momento de materializarse el traslado de régimen pensional puesto que es allí donde se exige el deber del buen consejo por

parte del fondo de pensiones, por lo que, en caso de comprobarse alguna falencia a esta regla, las circunstancias que se hayan presentado con posterioridad a dicho acto jurídico no pueden subsanar las falencias de la AFP. Nótese como, incluso, el precedente jurisprudencial vigente se ha decantado por señalar que no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Bajo ese escenario, se procedió a revisar el expediente sin que exista medio de persuasión que evidencie que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, COLMENA hoy **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, aspecto que no se puede inferir del formulario de vinculación, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que en una reunión programada por CONCAJA, empresa financiera donde prestaba su servicio, estuvo presente un asesor de la AFP quien les informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que la mejor opción eran tener los recursos pensionales en el fondo privado y por esa razón procedió a la firma del formulario, sin que le brindara información adicional, por lo que no hubo confesión en este aspecto. Y aunque la accionante aceptó que trabajó como gerente en diferentes entidades bancarias y también a favor de **SKANDIA**, ninguna de sus funciones estuvo relacionada con temas pensionales, sino con ventas o servicios financieros, por lo que no se observa que **MARTHA CECILIA** tenga pleno conocimiento de las particularidades de los sistemas pensionales, como lo dedujo el *a quo*.

Además, la vinculación laboral que tuvo **MARTHA CECILIA CARRILLO BARBOSA** con **SKANDIA** inició el 1° de enero de 2004, según la historial laboral, en el cargo de *financial planner* (pág. 50 y 55, archivo “23ContestaciónSkandia y LlamamientoGarantía”), esto es, mucho tiempo después de haberse presentado el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, reiterando que de acuerdo con lo recaudado en el juicio no hay constancia de que para el 31 de mayo de 1994, fecha del traslado, los conocimientos de la afiliada fueran suficientes para discernir de forma voluntaria y consciente cuál de los regímenes pensionales existentes le era más favorable a su situación particular, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por lo tanto, le asiste razón a la apelante por cuanto el *a quo* dio por probado, sin estarlo, que la afiliada tenía claridad de los lineamientos del régimen privado y, además, porque dicho análisis no lo centró a las condiciones existentes al año 1994, sino que hizo un recuento histórico de la vida laboral de la accionante y su permanencia en el RAIS para concluir que no era un ciudadano lego en materia pensional y que exteriorizó su voluntad de permanecer vinculada a él.

En consecuencia, en este asunto, la AFP no acreditó ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que este caso no trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes, razón suficiente para revocar la sentencia y declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de

seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS.

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

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad.

Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados por los demandados, ante el resultado final de la controversia.

Sin costas en segunda instancia. Las costas de primera instancia estarán a cargo de las demandadas al no prosperar la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). Deberán ser tasadas por el *a quo*.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **MARTHA CECILIA CARRILLO BARBOSA** el 1° de junio de 1994 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, por el incumplimiento del deber de información. En consecuencia, se ordena su regreso automático sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media Prestación Definida, administrado por **COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que recibió por motivo de la afiliación de **MARTHA CECILIA CARRILLO BARBOSA**, incluyendo el capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de

administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Cuando **SKANDIA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a COLMENA y COLPATRIA, respectivamente, y de ser el caso, en dicha sociedades, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, a recibir de las AFP demandadas los valores ordenados y a actualizar la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en segunda instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de las demandadas. Tásense.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.17-2021-00464-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 1° de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la pasiva al pago de acreencias laborales, indemnización por despido sin justa causa, intereses moratorios y absolvió de las demás pretensiones (*min. 44:22, enlace archivo “19Audiencia201-08-2023”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JORGE LUIS RAMIREZ MORALES llamó a juicio a la empresa **BELAIR S.A.S.** con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que éste finalizó sin justa causa, que a la fecha la demandada adeuda el pago de prestaciones sociales y vacaciones y, en consecuencia, solicita se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido, intereses moratorios por el no pago de

cesantías, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se vinculó a la demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 27 de mayo de 2019 hasta el 10 de septiembre de 2019, como director de proyectos devengando la suma de \$3.200.000; afirmó que durante la vigencia del contrato se presentaron inconvenientes, tales como falta de presupuesto para pago oportuno a contratistas, demoras en compra de materiales, entre otros, situaciones que fueron puestas en conocimiento de la empresa; manifestó que dicha información desencadenó en acoso a tal punto que el 26 de agosto de 2019 le hicieron llamado de atención y posteriormente le entregaron carta de despido, sin razón o justa causa; aduce que nunca fue objeto de alguna sanción por incumplimiento de funciones; que recibió persecución con el fin de obtener firma de la carta de despido y se le amenazó en el sentido de dar malas referencias laborales; y que a la fecha de presentación de la demanda la empresa no le había pagado las acreencias laborales (*pág. 1 a 15, archivo “02DemandaAnexos”*).

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante providencia del 10 de mayo de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **BELAIR S.A.S.**, teniendo dicha situación como un indicio grave en su contra (*archivo “09AutoTieneNoContestada”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 44:22, enlace Archivo “19Audiencia01-08-2023”*)

El 1° de agosto de 2023, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor JORGE LUIS RAMÍREZ MORALES, identificado con la cédula de ciudadanía 1013613138 como trabajador y la sociedad BELAIR SAS

como empleadora, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido entre el 27 de mayo y el 10 de septiembre 2019, la cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la demandada, según las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada BELAIR S.A.S a pagar al demandante señor RAMÍREZ MORALES, los conceptos y valores que a continuación se enuncian:

- a) \$3.186.489 por concepto de acreencias sociales causadas durante todo el tiempo de vigencia del contrato.*
- b) \$4.138.992 por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa, valor que se encuentra debidamente indexado a la fecha de esta providencia.*
- c) Intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificados por las Superintendencia financiera sobre la suma de \$2.638.934 desde septiembre de 2019 y hasta cuando se efectúe el pago total a favor del demandante, advirtiendo que el valor de las vacaciones \$462.222 deberá ser indexado a la fecha de pago.*

TERCERO: ABSOLVER a la demandada BELAIR S.A.S de las demás pretensiones incoadas en su contra según las razones expuestas.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada a favor del demandante en proporción del 80% en firme esta sentencia por secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a favor del demandante, por valor de \$1.700.000 (...)."

Como sustento de la decisión, el Juez expresó que pese a que la desvinculación del demandante obedeció a una decisión unilateral de la demandada, por un presunto incumplimiento de sus obligaciones laborales, en la carta del 10 de septiembre de 2019 se omitió indicar de manera clara, precisa y concreta los hechos que se atribuyeron al trabajador y que constituyen dicha inconformidad, aspecto que tampoco fue probado en el juicio, motivo por el cual concluyó que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa. Y aunque la demandada advirtió haber efectuado el pago de la liquidación final de acreencias sociales con un depósito judicial a favor del demandante, no se observa que éste haya sido sometido a reparto de un juez laboral ni se acompañó de los documentos que den cuenta de la orden o autorización de pago respectiva, monto que a la fecha no ha sido cancelado ni fue puesto en conocimiento del trabajador, razón por la que encontró procedente la condena por prestaciones.

En cuanto a la indemnización moratoria, al estar demostrado que el empleador solo se limitó a consignar un título judicial, encontró

que no cumplió el trámite legal y jurisprudencial para exonerarse de esta condena. Sin embargo, sostuvo que el contrato terminó el 10 de septiembre de 2019 y la demanda fue presentada hasta el 04 de octubre de 2021, es decir luego de haber transcurrido 24 meses, por ende, en cumplimiento del precedente jurisprudencial, consideró procedente únicamente el reconocimiento de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **JORGE LUIS RAMIREZ MORALES** interpuso recurso de apelación frente a la negativa de la indemnización moratoria. Adujo que el Juez pasó por alto la suspensión de términos de prescripción y caducidad decretada por el Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura, con ocasión de la pandemia, por lo que, si bien se radicó la demanda después del mes 24, al descontar los cuatro meses que estuvieron suspendidos los términos judiciales, da como resultado la presentación oportuna de la acción, no siendo aplicable el antecedente jurisprudencial citado para negar esta pretensión (*min. 47:08, enlace archivo "19Audiencia01-08-2023"*)

Por su parte, la apoderada judicial de **BELAIR S.A.S.** interpuso recurso de apelación por la indemnización por despido y el pago de intereses moratorios. Señaló que se demostró que no existió mala fe dado que pusieron a disposición los dineros, así como el pago de la liquidación, además que las gestiones del trabajador no fueron óptimas, por lo que el despido fue justificado y existen pruebas de este (*min. 51:50, enlace archivo "19Audiencia01-08-2023"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de las partes reiteraron los

argumentos elevados en la alzada para obtener la revocatoria de la sentencia en lo pertinente.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de la indemnización por despido, indemnización e intereses moratorios, según lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** entre el demandante **JORGE LUIS RAMIREZ MORALES** y la demandada **BELAIR S.A.S.** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 27 de mayo de 2019 hasta el 10 de septiembre de 2019, periodo durante el cual el trabajador desempeñó el cargo de director de proyectos y devengó un salario mensual de \$3.200.000 (*pág. 4 y 15, archivo “15DocumentosRemitidosDemandada”, aspecto declarado en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de recurso*); **ii)** y en comunicación del 10 de septiembre de 2019 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (*pág. 41, archivo “02DemandaAnexos”*).

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo – CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 de la misma norma sustantiva.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sostiene que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como se reafirmó en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

De otra parte, la alta Corporación ha indicado frente a la causal del numeral 6 del literal a) del artículo 62 del CST, esto es, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto, si se trata de la primera hipótesis de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso, mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al Juez solo le es dable verificar si se dio o no la conducta enrostrada (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

La anterior tesis fue revaluada recientemente por la misma Corporación al advertir que siempre la gravedad de la falta,

independiente del instrumento que la contenga, legales o convencionales, deberá estar precedida de un juicio valorativo por parte del juez, en el que se avale la entidad jurídica de la conducta allí prevista como justa causa de despido, o se descalifique la misma, atendiendo las circunstancias o características particulares de cada caso (CSJ SL2857-2023).

También la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando la ejerce el empleador, es una de sus facultades y no una sanción, motivo por el cual no le es aplicable el artículo 115 del CST ni otro procedimiento previo, a menos que así se hubiera pactado entre las partes, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa, regla jurisprudencial ratificada en las sentencias SL15245 de 2014, SL 1981 de 2019, SL2351 de 2020, entre otras.

Sin embargo, el máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha aclarado que ello no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues la jurisprudencia ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral, a saber:

1. La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.

2. La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos.

3. Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.

4. Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.

5. Y la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

Al respecto, se pueden consultar las sentencias SL15245 de 2014, SL1981 de 2019 y SL2351 de 2020, SL496 de 2021, SL679 de 2021, SL339 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

Debe recordarse que el empleador tiene la carga de acreditar en el juicio las justas causas invocadas a su contraparte o las razones que adujo al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, no pudiendo alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En la carta de terminación del contrato (*pág. 41, archivo “02DemandaAnexos”*) el empleador señaló como justa causa el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, al advertir que el demandante no cumplió con la gestión encomendada, sin que se haya expresado de forma clara cuál de las faltas legales allí previstas fueron las generadoras de la ruptura de la relación laboral.

Con todo, al identificarse los motivos concretos que originaron la finalización del vínculo contractual, le corresponde al Juez del trabajo verificar su ocurrencia y si esta constituye o no justa causa,

conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Se acreditó en el plenario que **JORGE LUIS RAMIREZ MORALES** cumplió funciones como Director de Proyectos y en comunicado del 26 de agosto de 2019 se le hizo un llamado de atención *“por el incumplimiento y falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes”* (pág. 39 y 40, archivo *“02DemandaAnexos”*), adviértanse que *“este llamado de atención no constituye una sanción, sino que constituye una medida preventiva respecto de futuras faltas que se puedan cometer y tomar acciones correctivas a que haya lugar”*, sin que exista en el expediente medios de persuasión diferentes para edificar la justa causa alegada por empleador, quien al no contestar la demanda se privó de solicitar interrogatorio o testimonios que dieran fe de las conductas atribuidas al empleado. Además, el indicio grave que recayó en su contra, en virtud del parágrafo 2° del artículo 31 del Código Procesal del Trabajo (archivo *“09AutoTieneNoContestada”*), no fue desvirtuado en el trámite del proceso.

Tampoco se puede determinar si la falta alegada reviste la gravedad suficiente que convalide la terminación unilateral de la relación laboral, dada la falencia probatoria de la compañía demandada para demostrar los hechos del despido.

Ante ese escenario no le queda camino distinto a la Sala que concluir que la decisión de **BELAIR** fue la de terminar el contrato de trabajo de **JORGE LUIS RAMIREZ MORALES** unilateralmente, pero sin justa causa, contrario a lo señalado en la alzada, lo que conlleva al resarcimiento de los perjuicios en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, razón suficiente para confirmar la decisión adoptada por el *a quo*.

- Sobre la indemnización moratoria

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo.

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

El mismo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado, de manera pacífica, que si el trabajador devengó un salario superior a 1 smlmv, el contrato de trabajo terminó en vigencia de la Ley 789 de 2002 y se radicó la demanda posterior a los 24 meses, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, sino que el empleador deberá pagar al trabajador los intereses moratorios a la tasa máxima señalada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los créditos de libre asignación, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados. Dicha posición ha sido reiterada en las sentencias SL36577-2010, SL46385-2012, SL685-2013, SL10632-2014, SL3274-2018, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, para el Tribunal no son de recibo los argumentos expuestos por la demandada en el recurso, dado que a la

fecha la liquidación final del contrato de trabajo no se ha cancelado y no se encuentra ningún actuar de buena fe que pueda exonerarla de pagar la condena impartida por este concepto.

Lo anterior por cuanto el contrato de trabajo se terminó el 10 de septiembre de 2019 y **BELAIR S.A.S.**, el 11 de octubre de 2019 constituyó un título judicial por valor de \$3.121.656 a favor del demandante, ante el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá (*pág. 06, archivo “14MemorialCumplimientoAutoAudiencia”*), sin que el pago por consignación haya cumplido los requisitos exigidos en el artículo 65 del CST y en el Acuerdo 1481 del 10 de julio de 2002 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, hoy derogado por el Acuerdo PCSJA21-11731 del 29 de enero de 2021, esto es, consignar el depósito judicial de forma oportuna al Banco Agrario de Colombia, una vez la entidad financiera le confirme al empleador la constitución del depósito judicial, comunicar la existencia del título al beneficiario, con copia del formato del formato de pago de acreencias laborales y acreditar la respectiva autorización de pago a favor del trabajador.

En este caso, **BLAIR** allegó una comunicación donde le pone en conocimiento al demandante la existencia de la consignación de la liquidación final del contrato de trabajo, a través de título judicial (*pág. 20, archivo “15DocumentosRemitidosDemandada”*), pero no se tiene certeza si la gestión de esa notificación fue efectiva o no. Tan sólo se aportó la constancia del envío de la documental a través de la empresa de correos 4-72 (*pág. 21, archivo “15DocumentosRemitidosDemandada”*) pero ninguna certificación de su gestión o estado, de lo que se infiere que sólo con las pruebas allegadas por la demandada, en cumplimiento de la orden judicial impartida en audiencia pública celebrada el 05 de junio de 2023, el beneficiario del título judicial tuvo conocimiento de dicha consignación, sin que la accionada haya acreditado los tramites adelantados para facilitar el cobro a favor del trabajador. Ni siquiera existe la orden o autorización de pago, aspecto que se armoniza con la

respuesta otorgada por el Banco Agrario de Colombia el 16 de junio de 2023, donde informa que el título judicial fue constituido inicialmente al Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, pero luego por conversión del 14 de junio de 2023 se consignó a la cuenta de pagos por consignación de prestaciones laborales y se encuentra pendiente de pago (*pág. 7 y 8, archivo “14MemorialCumplimientoAutoAudiencia”*).

En consecuencia, ante la falta de pago de prestaciones sociales y el no cumplimiento del referido procedimiento, es fácil concluir que el empleador incurrió en mora, por lo que este aspecto de la sentencia se confirmará.

Ahora, tampoco le asiste razón al apoderado del demandante en el recurso ya que el artículo 65 del CST no establece causal de interrupción alguna para la presentación de la acción por parte del trabajador. Es criterio reiterado del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria que, para su causación, impone el deber al trabajador de presentar la demanda oportunamente en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, pues, en caso contrario, se generan intereses moratorios hasta que se paguen salarios y prestaciones sociales.

En este asunto, la terminación del contrato de trabajo se materializó el 10 de septiembre de 2019 y la presentación de la demanda ocurrió el 04 de octubre de 2021 (*archivo “01ActaReparto”*), es decir, más allá del término previsto en el imperativo normativo, motivo por el cual no es procedente la indemnización de un día de salario por cada día de retardo, sino únicamente el reconocimiento de intereses moratorios a partir del 11 de septiembre de 2019 por el no pago de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios.

Si bien el Consejo Superior de la Judicatura mediante acuerdos PCSJA2011517, PCSJA2011518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521 y PCSJA20-11526 y PCSJA20-11567 suspendió los términos judiciales en todo el país del 16 de marzo al 30 de junio de 2020, con ocasión la

emergencia sanitaria causado por la pandemia Covid-19, y el Decreto Legislativo 564 de 15 de abril de 2020 ordenó la suspensión de los términos de prescripción desde el 16 de marzo de 2020 y hasta la reanudación de los términos judiciales adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura, el término último para presentar la demanda con el fin de obtener la indemnización moratoria ocurrió el 09 de septiembre de 2021, es decir, tiempo después de reanudados los términos por la referida Corporación.

Además, nótese que durante la emergencia sanitaria se habilitaron canales electrónicos para la interposición de las acciones laborales, aspecto que se armonizó incluso con el Decreto Legislativo 806 de 04 de junio de 2020, sin que la parte actora acudiera oportunamente a la administración de justicia o alegara alguna imposibilidad en la presentación de esta acción, luego su inacción después de terminado el contrato de trabajo no puede ser argumento para exonerarlo de no haber radicado en término la presente demanda, lo que descarta el planteamiento del recurrente. Distinto análisis procedería en caso de que el vencimiento del término hubiese ocurrido en el periodo entre el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020, aspecto ajeno al analizado.

Al no cuestionarse los montos liquidados y reconocidos en primera instancia, la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 19-2019-00746-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación presentado por **PROTECCIÓN** contra la sentencia del 28 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a esa AFP a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de **MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ** con ocasión del fallecimiento de su hijo Fray Martin Martínez Ramírez (q.e.p.d.), en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, costas y agencias en derecho (*min.24:22, archivo” 48GrabaciónAudiencia.mp4”*)

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ llamo a juicio a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** con el fin de que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de forma vitalicia en calidad de madre de Fray Martin Martínez Ramírez (q.e.p.d.) a partir del 12 de marzo de 2018 y, en consecuencia, se condene al pago de retroactivo pensional, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico indicó que su hijo Fray Martin Martínez Ramírez (q.e.p.d.) falleció el día 12 de marzo de 2018, al momento de su fallecimiento estaba afiliado a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** en calidad de dependiente cotizante, devengando la suma de \$1.400.000, del cual aportaba para los gastos del hogar y apoyo de su manutención la suma de \$300.000; vivían juntos en la Calle 11 No. 2 – 14, Barrio de Ubaté, Municipio de Soacha; Fray Martin Martínez Ramírez (q.e.p.d.) padeció de lupus grado 4 que le generó una hospitalización de 6 meses aproximadamente desde el mes de octubre de 2017, tiempo durante el cual tuvo que asumir todos los gastos del hogar así como la manutención de su hijo y algunos gastos médicos.

Manifestó que labora en calidad de madre comunitaria para la Asociación de Bienestar Carlitos, para el momento de la presentación de la demanda recibía la suma de \$736.866, salario que considera insuficiente para cubrir con todos los gastos del hogar, pues debe cancelar \$300.000 de arriendo, \$100.000 de agua, \$20.000 de servicio de energía, \$25.000 de gas, \$62.900 de telefonía fija, \$55.900 de telefonía móvil, \$200.000 de mercado, \$250.000 de gastos personales y, por tal motivo, para solventar los gastos en mención, ha pedido préstamos de dinero a sus familiares; solicitó reconocimiento de pensión de sobrevivientes ante la entidad demandada, la cual fue negada mediante oficio No. 1030598076 del 24 de agosto de 2018, confirmada en oficio CAS-3286273-Z9T5D7 del 12 de octubre de 2018; el afiliado durante toda su vida laboral cotizo un total de 271.86 semanas, de las cuales 127 fueron cotizadas en los tres últimos años anteriores a su fallecimiento (*pág. 1 a 7, archivo “05CdDemandaLaboral.pdf”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de fallecimiento del causante, la afiliación a esa AFP, las solicitudes presentadas y su respuesta negativa, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación por activa e incumplimiento de los requisitos legales para el*

reconocimiento de la prestación económica reclamada, buena fe por parte de la demandada, prescripción y la innominada o genérica (pág. 02 a 12, archivo 24ContestacionDemanda.pdf).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min.24:22, archivo" 48GrabaciónAudiencia.mp4")

El 28 de junio de 2023, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: CONDENAR a la AFP Protección S.A., reconocer y pagar a la señora María Luisa Martínez Ramírez la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del afiliado Fray Martín Martínez Ramírez, en proporción del 100%, a partir del 12 de marzo de 2018, en cuantía inicial del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, por 13 mesadas pensionales al año, la cual deberá ser incrementada año por año en los términos dispuestos por el Gobierno Nacional por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Protección S.A. a reconocer y pagar a la señora María Luisa Martínez Ramírez la suma de \$60.978.963 por concepto de retroactivo pensional, causado entre el 12 de marzo del 2018 y el 30 de junio de 2023, y ordenando pagar las mesadas que se causen con posterioridad a esta decisión y mientras subsistan las causas que dieron origen a la prestación, así mismo, se autoriza Protección S.A. a descontar los aportes de salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, ello conforme la parte considerativa de la providencia. TERCERO: CONDENAR a Protección a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 9 de agosto de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo pensional objeto de condena. CUARTO: Declarar no probaba las excepciones de fondo formuladas por la parte demandada. QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho a la parte demandada AFP Protección S.A. y a favor de la demandante en la suma única de \$4.000.000 (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que el afiliado dejó causado el derecho pensional al cotizar las semanas mínimas exigidas. Frente a la dependencia económica de la actora respecto de su hijo señaló que los 3 testimonios son coincidentes en señalar que desde 2013 a 2018, el afiliado realizó una colaboración cierta, regular y periódica a su progenitora y después de su deceso, la situación económica de la demandante es difícil al no tener la totalidad de los recursos para sufragar sus necesidades básicas, incluso viéndose obligada a acudir a familiares para pedir préstamos; advirtió que si bien su dependencia no era absoluta

los recursos que recibe no sufragan en su totalidad los gastos en que incurre, motivo por el cual encontró reunido este requisito, siendo procedente el reconocimiento pensional con una mesada de un salario mínimo legal mensual vigente, sobre 13 mesadas anuales y un retroactivo de \$60.978.963 entre el 12 de marzo de 2018 y el 30 de junio de 2023, junto con intereses moratorios, no encontrando prosperidad la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la AFP **PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación. Adujo que no se acreditó la dependencia económica, al no reunirse los requisitos exigidos a nivel jurisprudencial, esto es, ser cierta y no presunta, regular, periódica y significativa, ya que se debe tener en cuenta que el posible beneficiario debe acreditar que al no tener los recursos suministrados por el causante su solvencia se encuentre amenazada para cubrir sus necesidades en condiciones de vida digna, los cuales para el presente asunto no se encuentran acreditados al tener la actora otra fuente de ingresos producto de su trabajo como madre comunitaria; además lo que contaron los tres testigos fue por información que les entregaba el afiliado, es decir, que por simple oídas se enteraban de que ayudaba a su madre, pero en ningún momento indicaron con precisión el valor de tal ayuda, la periodicidad y la forma en que le era entregada, datos que tampoco se obtienen de los documentos aportados.

Señaló que no resulta procedente la condena por intereses moratorios, dado que la AFP respondió la solicitud en el término legal y la negativa no fue arbitraria e ilegal, sino que obedeció a que con la investigación administrativa no se logró determinar la dependencia económica. Y que, de llegarse a confirmar la decisión, solicita se revise el valor del retroactivo (*min.26:28, archivo" 48GrabaciónAudiencia.mp4"*)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandada **PROTECCIÓN** solicitó la revocatoria

de la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en la alzada.

Y la parte actora allegó alegaciones de forma extemporánea el 19 de diciembre de 2023 y pese a señalar que la parte demandada no acreditó el envío del correo al apoderado judicial de la demandante y que no se evidencia en el micrositio del Tribunal que se haya efectuado el traslado de la admisión por secretaría, es suficiente revisar las actuaciones incorporadas al sistema Justicia XXI y micrositio web de la Rama Judicial para señalar que no le asiste razón. En efecto, mediante auto del 24 de agosto de 2023 se admitió el recurso de apelación, providencia notificada en estado No.149 del 25 de agosto de 2023, en los siguientes términos:

Estado No 149				Página: 3		
Numero Expediente	Clase de Proceso	Demandante /	Demandado	Fecha Auto	Cuaderno	MAGISTRADO
110013105020 202300056	01	Ordinario	MIGUEL ANGEL FIGUEROA PRIETO	CORPORACION DE LA INDUSTRIA AERONAUTICA COLOMBIANA S.A.	24/08/2023	D HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
110013105020 202200072	01	Ordinario	OSCAR VARGAS HERNANDEZ	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES	24/08/2023	D HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
110013105019 201900746	01	Ordinario	MARIA LUISA MARTINEZ RAMIREZ	A.F.P. PROTECCION S.A.	24/08/2023	D HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Además, se insertó el auto en la página 118 del archivo de providencias correspondiente a ese consecutivo de estado. Luego, si el fondo de pensiones no le compartió al correo electrónico los alegatos presentados, no lo exonerada de enviar oportunamente el escrito de intervención, pues el principio de publicidad se ha garantizado en el trámite de la presente actuación y bastaba una consulta al aplicativo de información para haberse enterado del traslado, que se surtió válidamente.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ** acreditó el requisito de dependencia económica para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes dejada por el causante Fray Martin Martínez Ramírez (q.e.p.d.), de ser el caso la revisión del retroactivo pensional y la procedencia de intereses moratorios, conforme con los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** Fray Martín Martínez Ramírez (q.e.p.d.) nació el 10 de septiembre de 1991 y se afilió a **PROTECCIÓN S.A.** el 1° de abril de 2012 (*pág. 13 a 15, archivo, “24ContestacionDemanda”*); **ii)** durante su vida laboral cotizó 273.57 semanas al sistema pensional (*pág. 16 a 18, archivo, “24ContestacionDemanda”*). **iii)** Fray Martín Martínez Ramírez (q.e.p.d.) falleció el 12 de marzo de 2018 (*pág. 7, archivo “04Demanda”*); **iv)** **MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ** nació el 09 de julio de 1973 y en calidad de madre del afiliado fallecido, solicitó a **PROTECCIÓN** la pensión de sobrevivientes el 08 de junio de 2018 (*pág. 29 a 31, archivo “24ContestacionDemanda”*); **v)** el 14 de agosto de 2018 la firma externa Consultando S.A.S. le entregó a **PROTECCIÓN** el informe final de la investigación adelantada para establecer la calidad de reclamante de **MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ** (*pág. 88 a 102, archivo 24ContestacionDemanda”*); **vi)** en comunicación del 24 de agosto de 2018 **PROTECCIÓN** notificó el resultado negativo de la reclamación, por lo que la demandante presentó solicitud de reconsideración el 26 de septiembre de 2018, petición negada según escrito del 12 de octubre siguiente (*pág. 12 a 18, archivo “04Demanda”*).

- **Sobre la pensión de sobrevivientes en vigencia de la Ley 797 de 2003.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que

aplica a la situación prestacional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese instante. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el afiliado Fray Martín Martínez Ramírez (q.e.p.d.) falleció el 12 de marzo de 2018, las normas que regulan el derecho pensional que se reclama en este proceso son los artículos 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece el presupuesto mínimo de semanas requeridos para consolidar la prestación y como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, los padres del causante si dependían económicamente de este.

Al respecto, la Corte Constitución en Sentencia C-111 de 2006, estableció que la finalidad de la pensión de sobrevivientes, es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación, por lo que no se le puede exigir a los padres demostrar dependencia económica “total y absoluta”, sino que corresponde a los jueces de la República determinar en cada caso concreto si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal.

A su vez, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha establecido que la dependencia económica es una condición sine qua non para que los padres puedan acceder a la pensión de sobrevivientes y es bajo este escenario que se ha admitido como imprescindible, la verificación de los ingresos que percibe la madre a fin de establecer si son suficientes, para satisfacer las necesidades básicas relativas a su sostenimiento. Además, que dicha dependencia debe cumplir al menos

tres elementos i) debe ser cierta y no presunta, ii) la participación debe ser regular y periódica y iii) las contribuciones deben ser significativas respecto del total de ingresos del beneficiario que permitan descartar una autosuficiencia económica a partir de otros ingresos (CSJ SL2117 de 2022, SL964/2023, SL2445-2023, SL2445-2023 y SL377-2024).

En todo caso, dice la Corte, como no se requiere que esa dependencia económica sea «total y absoluta», el hecho de que se perciba algún ingreso adicional, salario, pensión o cualquier otro emolumento, no significa que el progenitor sea autosuficiente económicamente, pues esos aportes que hacía el causante pueden ser determinantes para la estabilidad económica del hogar del cual hacía parte (CSJ SL3175 de 2023). También sostiene que les corresponde a los padres demandantes demostrar la dependencia económica y al demandado desvirtuarla acreditando la autosuficiencia económica de los progenitores (CSJ SL4031 de 2022 y SL377 de 2024), y que la suficiencia de la ayuda no debe estar precedida de la demostración de la capacidad financiera del aportante o del monto de la contribución al progenitor (CSJ SL5173 de 2021 y SL4031 de 2022, entre otras).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se constata que Fray Martín Martínez Ramírez (q.e.p.d.) falleció el 12 de marzo de 2018 (*pág. 7, archivo “04Demanda”*), en vigencia de los artículos 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, y dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, al cumplir el requisito mínimo de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de su fallecimiento, aspecto que no es objeto de discusión en este juicio y se acredita con la historia laboral allegada por **PROTECCIÓN** (*pág. 16 a 18, archivo, “24ContestacionDemanda”*).

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar si **MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ** acredita ser beneficiaria de la referida prestación, como madre del afiliado (*calidad que de progenitora que se demuestra con el registro civil de nacimiento del causante, pág. 09, archivo*

(04Demanda”), dando respuesta a cada uno de los reproches manifestados en la alzada.

MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ al rendir interrogatorio señaló que convivió con su hijo Fray Martín Martínez Ramírez (q.e.p.d.) hasta el día de su fallecimiento en el Barrio Ubaté del Municipio de Soacha, junto con su señora madre; su hijo no tuvo esposa tampoco hijos y era estudiante de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca; Fray Martín le aportaba económicamente casi el 70 u 80% para la alimentación y para pagar el arriendo y los servicios, para el año 2018 el arriendo ascendía a \$300.000 y los servicios a \$250.000 (luz, agua, gas y teléfono), también le colaboraba para el vestuario; desde el año 2014 trabaja como madre comunitaria, recibe el salario mínimo pero que el contrato se va acabando y tiene que esperar a que haya otro operador y vuelva llamarla, además de su salario para el año 2018 recibió \$30.000 por cada uno de 12 niños que tenía a su cuidado; cuando su hijo estuvo hospitalizado, alrededor de 6 meses, tuvo que pedir dinero prestado para los transportes, pañales, cremas y cosas personales de Fray Martín, a su hermano y familiares; para las exequias de su hijo tuvo que pedir prestado el dinero; y que luego de la muerte de su hijo, su situación económica se ha visto afectada (*min. 04:14, archivo “41GrabacionAudienciaPresencial”*).

Y se recepcionaron los siguientes testimonios:

Jorge Armando Martínez Ramírez afirmó ser tío del afiliado fallecido y hermano de la demandante, por esa razón conoció a Fray Martín desde su nacimiento, señaló que su sobrino vivía en Soacha con su hermana y “*prácticamente mantenía a su mamá*”, era estudiante universitario; **MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ** ejerce actividades como madre comunitaria; cuando Fray Martín falleció a la familia le tocó subsidiar muchas cosas, para los gastos de la sepultura se hizo con los recursos que pudo conseguir su hermana, incluso tuvieron que hacer una “recolecta”; los gastos personales de Fray Martín mientras estuvo hospitalizado estuvieron a cargo de **MARÍA LUISA** y de las personas que lo visitaban, quienes le llevaban pañales y algunos medicamentos que la Clínica no suministraba; la situación económica de la demandante es difícil pues con la muerte de Fray Martín le ha sido complicado conseguir

su sustento; que la casa donde vive **MARÍA LUISA** es de su mamá, a quien debe pagarle el arriendo, dado que también tiene sus gastos, en el año 2018 eran como 300 o 320 mil pesos y Fray ayudaba a pagar ese arriendo, junto con los servicios públicos, de eso tuvo conocimiento porque Fray se lo contó o porque se enteró dada la cercanía (*min. 18:46, archivo “41GrabacionAudienciaPresencial”*).

David Sebastián Torres Sandoval aceptó ser amigo de Fray Martín Martínez Ramírez (q.e.p.d.) desde la primaria y por esa razón empezó a frecuentar mucho a su casa y allí conoció a la mamá de Fray; Fray vivía con la abuelita, la mamá y un hermano que ya falleció; Fray mantenía preocupado por los gastos de la casa, buscaba la manera de solventarlos y lo sabe porque muchas veces él le pidió prestado dinero; **MARIA LUISA** trabaja en un jardín del bienestar familiar; que la afectación económica de la demandante es notable y a veces procura colaborarle en sus tiempos libres (*min. 46:43, archivo “41GrabacionAudienciaPresencial”*).

Y se escuchó la declaración de Luis Hernán Reyes Muñoz, quien refirió ser amigo y conocido de la familia, que la hermana de **MARÍA LUISA MARTÍNEZ** es su esposa, que constantemente frecuentaba a Fray Martín Martínez Ramírez (q.e.p.d.) porque él, Fray, lo buscaba o lo llamaba o iba hasta su casa, principalmente para que le prestara directo para poder cumplir la carrera universitaria o para su sostenimiento económico; Fray ayudaba a pagar el arriendo y la alimentación; **MARÍA LUISA MARTÍNEZ** trabaja en un jardín; los gastos de medicamentos y demás insumos que necesitó Fray durante el tiempo en que estuvo hospitalizado los sufragó **MARÍA LUISA MARTÍNEZ**, la mamá; después de la muerte de FRAY, **MARIA LUISA** a veces pasa dificultades porque no le alcanza para pagar el arriendo, incluso le ha pedido prestado dinero para cubrirlo; tanto Fray como la mamá se colaboraban y vivían en la casa donde la abuela; a **MARIA LUISA** le ha tocado trabajar muy duro para poder sufragar sus gastos y necesidades; el trabajo que tiene **MARIA LUISA** no es estable porque es de prestación de servicios y cada año está a la expectativa de la renovación (*min. 54:57, archivo “41GrabacionAudienciaPresencial”*).

Ahora, de los documentos aportados al expediente se destacan los siguientes:

- a. Contrato de arrendamiento de vivienda urbana del 19 de enero de 2016, celebrado entre María Teresa Ramírez de Martínez y la demandante, que da cuenta que el monto del canon para ese periodo se había fijado en \$100.000 (pág. 48 y 49, archivo “04Demanda”).
- b. Certificado del 06 de agosto de 2018 expedido por la Asociación de Padres de Familia Usuarios de Hogares de Bienestar Carlitos del Barrio San Carlos de Soacha donde se informa que la demandante trabaja desde hace 4 años como madre comunitaria, devengando la suma mensual de \$727.193 (pág. 47, archivo “24ContestacionDemanda”).
- c. Informe final de la investigación adelantada por Consultando S.A.S. a favor de **PROTECCIÓN**, sobre la calidad de la reclamante de la pensión de sobrevivientes, de fecha 14 de agosto de 2018. Pese a estar conformado por 19 páginas, extrañamente sólo se aportaron las primeras 15 páginas (pág. 88 a 102, archivo “24ContestacionDemanda”). Ahora, durante ese estudio se adelantaron diferentes entrevistas en agosto de 2018, de las cuales se obtiene lo siguiente:
 - Margarita Rosa Martínez Ramírez, hermana de la accionante, señaló que Fray, antes de su muerte, estuvo hospitalizado 6 meses, periodo durante el cual su hermana tuvo que hacer préstamos para sufragar los gastos de hospitalización; Fray vivía con la mamá y la abuela (pág. 72 y 73).
 - Arnulfo Sierra Niño, novio de la demandante desde hace 4 años, manifestó que Fray ayudaba a la mamá con los gastos de la casa, pese a estar estudiando, pero no sabe el monto (pág. 74 y 75).
 - Andy Lorena Sánchez Bedoya, vecina desde hace 8 años, vivían en la misma casa, ella en el primer piso y Fray en el segundo, supo de la enfermedad del causante y su posterior deceso, que **MARÍA LUISA** tiene un hogar del ICBF y de ahí obtiene para sus gastos, y que en vida FRAY le ayudaba económicamente a su mamá **MARÍA LUISA** (pág. 78 y 79).

- Andrea Carolina Sánchez Morales, amiga del afiliado desde hace 20 años, Fray vivía con la mamá y la abuelita en un segundo piso y sabía que Fray le ayudaba económicamente y de forma mensual a la mamá (*pág. 80 y 81*).
 - David Sebastián Torres Sandoval, amigo del afiliado, contó que Fray falleció por una enfermedad degenerativa, vivía con su mamá y su abuela, trabajaba como arquitecto y él *“era la columna de esta casa, le ayudaba a la mamá”* (*pág. 82 y 83*).
 - Claudia Marcela, compañera de universidad del afiliado, expresó que Fray vivía solo con la mamá, **MARÍA LUISA** se dedica a cuidar niños y Fray tenía un hermano quien se suicidó cuando tenía 17 años (*pág. 84 y 85*).
 - Diana Mariela Sánchez Caicedo, profesora del afiliado, docente de ingeniería y arquitectura, expresó que Fray era estudiante de arquitectura y trabajaba como arquitecto diseñador; cuando se le indagó si el afiliado le contribuía económicamente a la mamá indicó que *“sé que él la apoyaba mucho, además él tuvo un hermano que se suicidó y siempre estuvo pendiente de ella”* (*pág. 86 y 87*).
 - La demandante en la entrevista señaló que su hijo tenía gastos mensuales de \$606.833, los gastos del grupo familiar eran de \$1.620.572, ella aportaba \$750.000, Fray \$300.000 y su mamá \$570.572; luego de la muerte de su hijo los gastos son de \$990.572 los cuales asume en su totalidad con los ingresos como madre comunitaria y con la ayuda que le da la mamá; el último aporte que le hizo su hijo fue en septiembre de 2017, porque después estuvo hospitalizado; para los gastos fúnebres tuvo que pedir un préstamo; su hijo tenía un crédito con el Banco de Bogotá y no tenía ningún seguro de vida; tuvo dos hijos, no convivió con los padres de ellos porque ninguno los reconoció, además el papá de su hijo Esteban falleció en un accidente de tránsito, por lo que siempre ha sido madre cabeza de familia (*pág. 88 a 96*).
- d. Fray Martín Martínez Ramírez (q.e.p.d.) laboraba desde el año 2012 y su salario para septiembre de 2017 ascendía a la suma de \$1.400.000 (*pág. 18, archivo “24ContestacionDemanda”*).

Un análisis conjunto de estas pruebas, junto con los demás medios de persuasión adosados al expediente, evidencian claramente que Fray Martín Martínez Ramírez (q.e.p.d.) convivía con su progenitora **MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ** y que aportaba económicamente al sostenimiento de hogar, de forma permanente, como lo relataron los testigos escuchados en este proceso y se desprende de la investigación administrativa adelantada por solicitud de **PROTECCIÓN**.

Nótese cómo las personas referidas precedentemente son coincidentes en afirmar que el afiliado era participe activo en la economía del hogar, al asumir no sólo los gastos propios sino parte de los gastos de la familia – arriendo, servicios públicos y otros -, de lo que se deduce claramente que su aporte era vital para la vida económica de la familia, la cual se vio afectada con la muerte de éste, pues la demandante ha tenido que asumir una mayor obligación económica, incluso a través de préstamos o créditos del círculo familiar más cercano o acudiendo a la ayuda de su propia madre. Y aunque ni los testigos ni los entrevistados informaron el monto, valor o porcentaje aproximado del aporte económico del afiliado, requisito que no es exigible para este tipo de asuntos, lo cierto es que el afiliado fallecido concurría al sostenimiento de su progenitora, así ella contara con algunos recursos propios (CSJ SL475 de 2022), en este caso, con los ingresos derivados de la actividad como madre comunitaria.

Por tal motivo, surge evidente que el aporte cierto y constante del afiliado fallecido era determinante para la estabilidad económica del hogar del cual hacía parte (CSJ SL3175 de 2023). Al estar demostrada la dependencia económica, le correspondía al fondo de pensiones desvirtuarla acreditando la autosuficiencia financiera de la demandante (CSJ SL4031 de 2022 y SL377 de 2024), circunstancia que no se vislumbra en este juicio.

Y aun cuando se reprochó la versión rendida por **MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ** en el interrogatorio y en la información suministrada en el trámite de la investigación, así como la declaración de los testigos, ese cuestionamiento resulta inane en la medida en que los

otros medios de persuasión, en especial con las entrevistas adelantadas por Consultando S.A.S., se corrobora la dependencia económica alegada en la demanda.

El anterior análisis descarta los planteamientos de la recurrente ya que, con la investigación adelantada por decisión de la AFP, había elementos suficientes para que el reconocimiento de la prestación pensional se materializara.

De suerte que **MARÍA LUISA MARTÍNEZ RAMÍREZ** acredita la calidad de beneficiaria del causante en calidad de madre dependiente en los términos del literal d) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y, por ende, el derecho a obtener la pensión de sobrevivientes, por 13 mesadas anuales al causarse la misma después de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el cual se confirmará en este aspecto la sentencia.

Al no presentarse inconformidad respecto del valor de la mesada pensional reconocida por el *a quo* y del estudio de la excepción de prescripción, la Sala se releva de su estudio.

- Sobre los intereses moratorios

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del sistema pensional que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados, mora que ocurre cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho, contados desde la fecha en que el beneficiario presenta la solicitud con los documentos pertinentes. Para pensiones de sobrevivientes el plazo es de dos meses, pues así lo dispone el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 y lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (*SL-4321-2021*, *SL5681-2021*).

Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado o beneficiario solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

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

La misma Corporación ha precisado que los intereses moratorios proceden de manera automática por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, salvo algunas excepciones, en casos como: *“i) cuando se trata de prestaciones pensionales consolidadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; iii) cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; vi) cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y vii) cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa”* (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL2414 de 2020, entre otras).

Al revisar el instructivo, se advierte que no se presentaron los presupuestos antes señalados para exonerar a **PROTECCIÓN** de la imposición de esa condena. Además, **MARIA LUISA MARTINEZ RAMIREZ** solicitó a **PROTECCIÓN** el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 08 de junio de 2018, fecha para la cual tenía causado el derecho como se dijo en precedencia, sin que la entidad haya realizado el pago de forma oportuna.

De ello surge viable la condena por intereses a partir del 08 de agosto de 2018 (dos meses después de presentada la solicitud) y hasta cuando se efectúe el pago de las mesadas en mora. En este caso, el Juzgado de instancia determinó que los mismos se causan a partir del 09 de agosto de 2018, sin que esta parte de la sentencia haya sido recurrida por la accionante, por lo que se mantendrá la decisión para no hacer más gravosa la situación del único apelante. Se aclara que los intereses moratorios por las mesadas de marzo a julio de 2018 se causan a partir

del 09 de agosto de 2018 y los intereses moratorios respecto de las mesadas generadas con posterioridad se reconocen desde la fecha de causación de cada una de ellas hasta su pago efectivo.

Por otra parte, el retroactivo que se genere por mesadas causadas entre el 12 de marzo de 2018 hasta su inclusión en nómina lo deberá calcular **PROTECCIÓN** o el *a quo* en su oportunidad procesal, ya que se desconoce la fecha en que se pagará la prestación económica, por lo que se modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia para establecer que el retroactivo pensional que se genere, entre el 12 de marzo de 2018 y la inclusión en nómina, lo deberá calcular **PROTECCIÓN** o el *a quo*, en su oportunidad, por lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

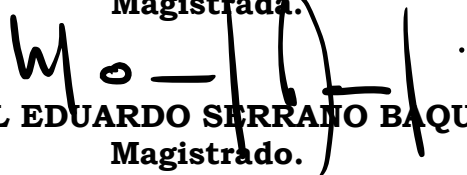
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.19-2021-00392-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **SKANDIA**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 15 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado realizado por **CLAUDIA ELENA VASQUEZ MARTINEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, indexados, a **COLPENSIONES** a recibir estas sumas y a aceptar el traslado y negó el llamamiento en garantía solicitado por **SKANDIA** (*min. 23:50, archivo “17GrabacionAudienciaFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

CLAUDIA ELENA VASQUEZ MARTINEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**,

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y, en consecuencia, se ordene a **SKANDIA** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, y a **COLPENSIONES** a afiliarla nuevamente en el RPM y a recibir las cotizaciones, junto con condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 22 de diciembre de 1966, estuvo vinculada al RPM hasta octubre de 1996 cuando se vinculó al RAIS; al momento de la vinculación no le entregaron información clara, oportuna y comprensible respecto de las incidencias del traslado; posteriormente se trasladó a **SKANDIA** en noviembre de 2009, quien tampoco cumplió con estas exigencias; que el 23 de julio de 2021 presentó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (*pág. 1 a 08, archivo “01DemandaAnexos”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación de la demandante, la semanas cotizadas en el ISS, la petición presentada y su respuesta, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 2 a 40, archivo “05ContestacionColpensiones”*).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones elevadas en su contra. Aceptó la afiliación de la demandante a esa AFP y las semanas cotizadas, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *actos de relacionamiento*; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable; prescripción de la acción; prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración; buena fe y la genérica (pág. 1 a 19, archivo “07ContestacionSkandia”). Llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (pág. 76 a 83, archivo “07ContestacionSkandia”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante y que la afiliada si recibió asesoría, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe y la innominada o genérica (pág. 2 a 26, archivo “08ContestacionProteccion”).

Mediante providencia del 31 de mayo de 2022 se admitió el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo “09AutoAceptaLlamamientoGarantia”), entidad que al contestar la demanda ni se opuso ni se allanó a las pretensiones expresando que

no le corresponde a ella efectuar el pronunciamiento del caso. Formuló como excepciones *el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas*; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones. Frente al llamamiento en garantía aceptó la iniciación del proceso ordinario laboral, la suscripción de contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia entre SKANDIA y MAPFRE, las coberturas y los respectivos pagos realizados por SKANDIA, propuso las excepciones de inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA; frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE; en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE no se encuentra obligada 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 que afecten a la llamante, AFP SKANDIA S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (pág. 2 a 21, archivo “10ContestacionMapfre”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 23:50, archivo “17GrabacionAudienciaFallo”)

El 15 de septiembre de 2023, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“... **PRIMERO:** Declarar la ineficacia de traslado de la señora Claudia Elena Vázquez Martínez, identificada con la cédula número 63329263 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que se identificada con el Nit 800138138-1, realizado el 08 de diciembre de 1996, conforme a lo considerado en la parte emotiva. **SEGUNDO:** Declarar válidamente vinculada a la aquí demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra hoy COLPENSIONES desde el 20 de agosto del 85 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, pues siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme lo expuesto en la parte motiva. **TERCERO:** Se condena a la AFP Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías con Nit.800148514-2, AFP que actualmente le administra los aportes de la demandante, y a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., con Nit 800138138-1, quien realizó el traslado primigenio, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la aquí demandante, esto es, cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobreviviente, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas que deben ser debidamente indexadas, y COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas y aceptar el traslado. **CUARTO:** Al momento de darse el cumplimiento de esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por tanto, se requiere a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante una vez se reciba los dineros. **QUINTO:** Absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones ya expuestas en la providencia. **SEXTO:** Se absuelve a la demandada Seguros MAPFRE de vida por las pretensiones incoadas en su contra dentro del llamamiento en garantía, por las razones ya expuestas. **SÉPTIMO:** Se condena en costas a la demandada AFP PROTECCIÓN, se ordena que sean tasadas por la secretaría del despacho. **OCTAVO:** Si no es apelada esta decisión, se remite el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, teniendo en cuenta su naturaleza...” Sic.

Como sustento de la decisión la Juez expresó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia - CSJ, los fondos de pensiones, en especial **PROTECCIÓN**, no cumplieron la carga procesal de demostrar el deber de información al momento del traslado de la demandante, esto es, garantizar que la afiliación fuera libre, voluntaria y con la entrega de la ilustración necesaria, no siendo suficiente el

formulario de afiliación y tampoco hubo confesión de la accionante en el interrogatorio donde señaló que no fue asesorada, por lo que concluyó que ese traslado es ineficaz. Y absolvió a la llamada en garantía precisando que lo pretendido no es un riesgo asegurado en virtud de las pólizas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **SKANDIA** presentó recurso de apelación. Adujo que en este caso estamos frente a unas circunstancias y supuestos fácticos totalmente diferentes que no compaginan con lo precedente jurisprudencial, pues la parte demandante bajo la gravedad del juramento narró aspectos distintos a los señalados en el escrito de la demanda donde aduce una falta al deber de información por parte del asesor de la AFP, mientras que en interrogatorio señaló que el traslado ocurrió sin la presencia de estos y se adelantó en el área de recursos humanos para poder ingresar al empleo, por lo que cuestiona que si se hubiera puesto en conocimiento esos hechos desde la formulación de la acción, se tendría que convocar al empleador, aspecto que fue analizado por esta Corporación en el proceso 38-2020-00265.

De confirmarse la ineficacia del traslado, solicita se revoque el ordinal tercero que le impone el traslado de todos los recursos a **COLPENSIONES**, en la medida en que ésta debe ceñirse a las normas que regulan los traslados de esos recursos, encontrando que el Decreto 3995 de 2008 señala cuáles son los emolumentos a devolver, sin que en ellos aparezca lo relacionado con gastos de administración, dineros que no financian la pensión de vejez de la demandante pero si cubren los gastos por la correcta administración de la cuenta de ahorro individual. En su defecto, reclama la revocatoria de la condena por indexación, por cuanto asegura estos se compensan en gran medida con los rendimientos generados, y ambas condenas constituirían una doble sanción contra esa AFP. Finalmente, reclama se condene a la llamada en garantía por cuanto los dineros por seguros previsionales fueron girados a la aseguradora, quien debe responder por estos rubros, además la ineficacia del traslado hace perder el interés asegurable (*min. 26:41, archivo “17GrabacionAudienciaFallo”*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Señaló que el deber de información, para el momento del traslado, se demostraba con el diligenciamiento del formulario de afiliación; solicita se valoren las pruebas documentales y el interrogatorio de parte, dado que la demandante tenía el cargo de gerente comercial como administradora de empresas y para esa época tenía la edad de 41 años, es decir, que se encontraba en término para poder trasladarse nuevamente al ISS, situación que nunca realizó. Y si bien se ordenó trasladar todos y cada uno de los aportes con las sumas adicionales, en el presente asunto no existe certeza de los montos que deberá reconocer **COLPENSIONES**, por lo cual la declaración de ineficacia repercutirá en la sostenibilidad o en el impacto del sistema pensional del Régimen de Prima Media en el evento de que dicho capital no alcance a cubrir la pensión que podría tener derecho la actora. De no aceptarse su tesis, reclama la confirmación del reintegro de todas las cotizaciones y sumas adicionales, debidamente indexadas, pues hasta tanto no se reciban todos los recursos, **COLPENSIONES** no puede dar cumplimiento a la sentencia (*min. 36:32, archivo “17GrabacionAudienciaFallo”*)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia. Y la apoderada de **SKANDIA** reiteró alguno de los puntos objeto de apelación, con el fin de obtener la revocatoria parcial de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, la procedencia de la devolución de la totalidad del aporte pensional, la indexación y el llamamiento en garantía, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) CLAUDIA ELENA VASQUEZ MRTINEZ** nació el 22 de diciembre de 1966 (pág. 37, archivo “01DemandaAnexos”) y se afilió al ISS en agosto de 1985 (pág. 63, archivo “05ContestacionColpensiones”); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 08 de diciembre de 1996, con efectividad a partir del 1° de febrero de 1997 (pág. 39 y 41, archivo “08ContestacionProteccion”); **iii)** posteriormente realizó traslado horizontal en el RAIS a **SKANDIA** el 31 de julio de 2006 (pág. 36, archivo “07ContestacionSkandia”), luego retornó a COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 08 de agosto de 2007 (pág. 40 y 41, archivo “08ContestacionProteccion”) y finalmente regresó a **SKANDIA** el 24 de septiembre de 2009, donde permanece vinculada actualmente (pág. 37, archivo “07ContestacionSkandia”).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

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

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

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

la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

- **Sobre el llamamiento en garantía.**

El artículo 64 del Código General del Proceso - CGP consagró la figura del llamamiento de garantía, a favor de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio o el reembolso total o parcial del pago que haga como resultado de la sentencia en el proceso que promueva o se le promueva, o que según la ley sustancia tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. Por su parte, el artículo 65 CGP indica expresamente que la demanda por la cual se llame en garantía debe cumplir los requisitos exigidos en el artículo 82 CGP y demás normas aplicables, a su vez, el artículo 66 CGP establece el trámite del llamamiento en garantía.

La H. CSJ ha analizado la figura del llamamiento en garantía, indicando en providencia AL2622 de 2020, que tal figura consagrada en el artículo 64 CGP, permite incorporar al debate un tercero, que por vínculo legal o contractual, en caso de que el convocante sea hallado

responsable frente al promotor del litigio, deba asumir la condena a reembolsar a éste lo pagado; adicionalmente, en providencia AC2900-2017, reiteró las reglas adoptadas en las sentencias SC Rad. 2000-00276-01 del 16 de diciembre de 2006 y SC5885 de 2016, afirmando que ésta figura tiene fundamento en una relación material de garantía de tipo personal, por la cual el llamante puede pedir que se transfieran al citado las consecuencias pecuniarias desfavorables previstas para el convocante en el litigio y que resulten ordenadas en el fallo.

CASO CONCRETO

CLAUDIA ELENA VASQUEZ MARTINEZ en la demanda señaló que, al momento de la vinculación al RAIS, **PROTECCIÓN** no le entregó información completa, clara, oportuna y comprensible respecto de las incidencias del traslado del RPM al RAIS, de lo que se deduce que tuvo algún tipo de asesoría por parte de la AFP. Sin embargo, al absolver interrogatorio expresó que no recibió asesoría alguna porque lo que hizo fue presentarse a recursos humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores para firmar los documentos que la vinculaban laboralmente con la entidad, entre ellos, el relacionado con la afiliación al fondo de pensiones; pero en la misma diligencia al responder una pregunta que se le hizo posteriormente, señaló que por lo menos no lo recordaba porque no supo si hubo algún comercial de la AFP allí presente.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que en casos similares el magistrado ponente se ha decantado por señalar que en aquellos eventos donde no intervino, de ninguna forma, los asesores de la AFP, no se puede hablar de una falta al deber de información del fondo de pensiones, no siendo una circunstancia equivalente a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS.

Sin embargo, esa tesis no resulta aplicable en este asunto donde fue el propio fondo de pensiones quien aceptó que esa asesoría se llevó a cabo, circunstancia que descarta lo planteado por **SKANDIA** en la alzada. En efecto, al contestar el hecho 3° de la demanda (*pág. 2, archivo “08ContestacionProteccion*), **PROTECCIÓN** aceptó que la parte

demandante se afilió a esa AFP *después de recibir de parte de nuestros asesores información clara, correcta, adecuada y suficiente sobre el régimen de ahorro individual y las implicaciones de trasladarse de régimen pensional.*

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, COLMENA hoy **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, sin que este deber se infiera del diligenciamiento del formulario de vinculación.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por **COLPENSIONES** en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizados traslados en fondos administradores del RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022,

SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto por **SKANDIA** en la apelación. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó el llamamiento en garantía. En este caso, se convocó a MAPFRE para que reintegre las sumas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia. Sin embargo, no se comparte el argumento de **SKANDIA** en la medida en que no se acredita siquiera de forma sumaria una relación material de garantía, pues si bien **SKANDIA S.A.** celebró contrato de seguro previsional con **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados de la AFP, del contenido de las pólizas aportadas se advierte que el único riesgo cubierto por la aseguradora fue la suma adicional para financiar las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin incluir ningún amparo de las consecuencias pecuniarias derivadas de la declaración judicial de ineficacia del traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados entre AFP (pág. 86 a 96, archivo “07ContestacionSkandia”).

Las pólizas aportadas no acreditan que la compañía aseguradora se obligara a cubrir el riesgo pecuniario de la devolución de gastos administrativos cobrados al afiliado durante su permanencia a la AFP ante la ineficacia del traslado al RAIS por omisión de las obligaciones de información y buen consejo, por tanto, dicho riesgo no lo trasladó el tomador al asegurador en los términos señalados en los artículos 1037, 1045, 1054, 1056 del Código de Comercio, por lo cual no hay ningún mérito para acceder al llamamiento en garantía reclamado.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los efectos patrimoniales de la ineficacia del traslado pensional por omisión de las obligaciones de información y buen consejo los debe asumir la AFP con cargo a sus propios recursos.

La Alta Corte ha sostenido que los gastos de administración, pólizas de seguro previsional y comisiones deben ser retornados a **COLPENSIONES** por las AFP, por el tiempo de vinculación del afiliado, conforme las sentencias SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021,

SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras.

Así las cosas, es la AFP y no la compañía de seguros quien debe asumir con cargo a sus propios recursos el perjuicio económico de retornar el afiliado al RPM, sin que dicho riesgo haya sido transferido contractualmente a la aseguradora.

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 20-2023-00056-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por **MIGUEL ANGEL FIGUEROA PRIETO** contra la sentencia del 19 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones (*min.1:00:47, enlace archivo “16ActaAudienciaJuzgamiento.pdf”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MIGUEL ÁNGEL FIGUEROA PRIETO llamó a juicio a las sociedades **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A. – CORANSA S.A.** y **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. CIAC S.A.** con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo con la sociedad **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A – CORANSA S.A.**, vigente entre el 13 de enero de 2021 y el 16 de diciembre de 2021, que el beneficio extralegal de bienestar es constitutivo de salario y no se tuvo en cuenta para liquidar acreencias laborales y que las demandadas

son solidariamente responsables y, en consecuencia, se condene al pago de la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por no pago de intereses a las cesantías, sanción por no consignación completa de cesantías, indemnización moratoria, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico indicó que el 13 de enero de 2021, celebró contrato de trabajo con la **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A.** hasta el día 16 de diciembre de 2021, para desempeñar el cargo de técnico en mantenimiento devengando la suma de \$13.795 por hora laborada, a su vez se le pagaba un beneficio extralegal de bienestar por la suma mensual \$2.183.066, mediante transferencia a la tarjeta People Pass y este se encontraba condicionado a la efectiva prestación del servicio, aspecto que sostiene no se tuvo en cuenta al momento de la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y cotizaciones a seguridad social. Afirmó que su contratación se realizó en cumplimiento del contrato de cuenta en participación suscrito entre la **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A CIAC S.A.** y **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A. – CORANSA S.A.** No.4500008300, compañías que tienen objetos sociales similares, por lo que considera que son responsables solidarios (*pág. 5 a 24, archivo 01DemandaAnexos.pdf*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A. – CORANSA S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó los extremos temporales de la relación laboral, el cargo desempeñado por el demandante, el salario devengado, el pacto y el pago del auxilio extralegal de bienestar y su condicionamiento a la efectiva prestación del servicio y los valores cancelados, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa del

demandante, buena fe de la demandada y validez del acuerdo no constitutivo de salario pactado en relación con el “*beneficio extralegal de bienestar*” y la innominada o genérica (pág. 11 a 25, archivo “03ContestacionCoransa.pdf”)

La **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. CIAC S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó su objeto social, señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, inexistencia de la relación laboral y cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, prescripción, falta de causa para pedir, ausencia de solidaridad laboral, pérdida del derecho a la indemnización moratoria y la genérica (pág. 3 a 22, archivo “04ContestacionCiac.pdf”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 1:00:47, enlace archivo “16ActaAudienciaJuzgamiento”)

El 19 de julio de 2023, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR que entre el señor MIGUEL ANGEL FIGUEROA PRIETO y la sociedad COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A. – CORANSA S.A. existió un contrato de trabajo de obra o labor entre el 13 de enero de 2021 al 16 de diciembre de 2021, de conformidad a las consideraciones de la parte emotiva. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A – CORANSA S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. CIAC S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. **CUARTO: COSTAS.** Correrán a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensuales vigente que deberá ser pagado a cuota parte a cada una de las demandadas. **QUINTO:** Por ser la sentencia totalmente adversa al demandante, de no ser apelada remítase al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta (...) Sic.

Como sustento de la decisión el Juez indicó que se demostró la existencia del contrato de trabajo del demandante con **CORANSA**

desde el 13 de enero de 2021 hasta el día 16 de diciembre de 2021. Además, conforme con las documentales aportadas, los interrogatorios y la testimonial recaudada pudo establecer que el auxilio extralegal de bienestar no es constitutivo de salario al estar supeditado a la voluntad de las partes en la celebración del vínculo laboral y el demandante era consiente que esa suma que iba a recibir no conformaba su remuneración, por lo cual la cláusula de exclusión goza de plena validez.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación para que se revoque la decisión. Adujo que el Juez incurrió en error de hecho al no dar aplicación de la normatividad interna aplicable al caso como lo son los artículos 65, 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo; que se acreditó que la demandada desalarizó el auxilio extralegal de bienestar y que en la celebración del contrato de trabajo no estuvo presente la voluntad libre de las partes ya que el demandante debía aceptar las condiciones porque no tenía otra opción, que dicho beneficio no tenía una destinación específica, pero ascendía al 65% del valor del salario y estaba supeditado a la efectiva prestación del servicio; además, el Juzgado no apreció en debida forma el contrato de trabajo, la liquidación de nómina, la liquidación de prestaciones sociales, el interrogatorio al representante legal de la demandada y el testimonio recaudado; que **CORANSA** no logró demostrar los elementos para no ser condenada por sanción moratoria y que la CIAC es solidariamente responsable (*min.1:02:41, enlace archivo“16ActaAudienciaJuzgamiento.pdf”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del demandante reiteró los argumentos expuestos en la alzada con el fin de obtener la revocatoria de la sentencia.

El apoderado de la demandada **CORANSA S.A.** solicitó desestimar todos los reparos formulados en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el reconocimiento del beneficio extralegal de bienestar es constitutivo de salario, en caso afirmativo, la procedencia de la reliquidación de acreencias laborales y aportes a seguridad social, la indemnización moratoria y demás conceptos reclamados, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) MIGUEL ANGEL FIGUEROA PRIETO** y la demandada **CORANSA S.A.** suscribieron un contrato de trabajo por obra o labor determinada, vigente entre el 13 de enero de 2021 y el 13 de diciembre de 2021, periodo en el cual desempeñó el cargo de *Técnico en Mantenimiento UH-60 (así fue reclamado en la demanda, declarado en la sentencia y no fue objeto de reparo alguno, además se acredita con los documentos de las páginas 50 a 56 y 68, archivo "03ContestacionCoransa.pdf")* **ii)** la vigencia del contrato de trabajo del demandante quedó condicionado a la duración de la ejecución del contrato de cuentas en participación No.4500008300 suscrito entre la **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. - CIAC S.A.** y **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS**

S.A. – CORANSA S.A. (*cláusula tercera del contrato de trabajo, pág. 43, archivo “03ContestacionCoransa”*).

- **Sobre el concepto de Salario**

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En este asunto, el Juez de primera instancia negó el carácter salarial del beneficio extralegal de bienestar al advertir que se excluyó como salario en el contrato de trabajo y el actor desde el inicio de la relación laboral sabía con certeza dicho condicionamiento.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por **MIGUEL ANTONIO FIGUEROA PRIETO** siendo relevante reflexionar que conforme con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y el referente jurisprudencial citado, para fijar la naturaleza salarial de un pago, le correspondía al trabajador demostrar la habitualidad y permanencia del beneficio extralegal para presumir que dicha prestación es constitutiva de salario, caso en el cual la carga de la prueba se invierte, siendo obligación del empleador justificar que

dicho pago no remunera o retribuye de manera directa los servicios del trabajador.

Pues bien, en este caso la habitualidad, permanencia y uniformidad de los pagos recibidos por **MIGUEL ANTONIO FIGUEROA PRIETO** durante la vigencia de la relación laboral no fueron objeto de controversia, se acreditan los montos devengados según los comprobantes de pago allegados con la demanda (pág. 57 a 68, archivo “01DemandaAnexos”) y además fueron expresamente aceptados por el empleador en la contestación de la demanda.

Por tanto, le correspondía a **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A. – CORANSA S.A.** demostrar que hubo pacto expreso de desalarización y que estas sumas no remuneraron ni retribuyeron directamente los servicios del actor.

Al respecto, en el contrato que suscribieron las partes se acordó un reconocimiento extralegal en los siguientes términos (pág. 52 y 53, archivo “01DemandaAnexos”):

“CLAUSULA SÉPTIMA. - BENEFICIOS EXTRALEGALES NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO. - EL EMPLEADOR reconocerá al TRABAJADOR por mera liberalidad los siguientes beneficios extralegales adicionales: BENEFICIO EXTRALEGAL DE BIENESTAR: las Partes acuerdan que EL EMPLEADOR reconocerá al trabajador el pago de hasta DOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL SESENTA Y SEIS PESOS CON 10/100 CENTAVOS M/CTE. (\$2.183.066,1), que serán pagados de manera MENSUAL, mediante LA TARJETA PEOPLE PASS que hará EL EMPLEADOR en el término indicado para tal efecto. **PARÁGRAFO PRIMERO. El valor que será reconocido al trabajador por este concepto podrá variar ya que el valor de éste será pagado de manera proporcional a las horas efectivamente por él trabajadas. En los casos en que el trabajador no se presente a laborar mediando o no para ello justificación, las horas que correspondan a este periodo de ausencia serán igualmente descontadas de este beneficio extralegal.** Siendo así el valor de la hora del beneficio extralegal es de

NUEVE MIL NOVENTA Y SEIS PESOS CON 11/100 CENTAVOS M/CTE. (\$9.096.11) ... PARÁGRAFO TERCERO. Las Partes de común acuerdo reconocen y aceptan desde ya que este beneficio extralegal de bienestar no constituye factor salarial, de acuerdo con lo establecido en artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, (Modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990) y, por tanto, los valores que por este concepto se paguen al TRABAJADOR no se tendrán en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, ni para la liquidación y pago de aportes a seguridad social...” Sic. Resaltado por la Sala.

La anterior cláusula se mantuvo vigente durante toda la relación laboral.

Luego, bajo ese escenario, el empleador tenía la carga de acreditar, pese al pacto de exclusión, que esas sumas adicionales entregadas al actor cumplían la finalidad que originó la creación de este auxilio, en los términos referidos jurisprudencialmente, esto es, demostrar que esas sumas entregadas por mera liberalidad no eran para beneficio del trabajador o para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, aspecto que adolece de medios de persuasión, pues del interrogatorio absuelto por el representante legal de **CORANSA** (min. 32:48, enlace archivo “11ActaAudienciaTramitePrebas”) y del testimonio rendido por Luisa Carolina Sabas Echavarría (min. min 1:02:55, enlace archivo “11ActaAudienciaTramitePrebas”), no se desprenden estos presupuestos, y no hubo confesión del demandante en este sentido (min. 40:04, enlace archivo “11ActaAudienciaTramitePrebas”).

Tampoco se evidencia exigencia alguna al trabajador sobre la destinación exclusiva de ese dinero, las particularidades específicas de entrega de ese auxilio y a qué tipo de bienestar se hacía referencia en el pacto no salarial.

Ahora, nótese cómo de la sola redacción de la referida cláusula se deduce que los dineros pagados por este concepto no tenían una finalidad diferente a la de remunerar la prestación del servicio, pues su monto estaba en función de la cantidad de trabajo realizada por el

trabajador, sin consideración a ninguna otra variable. En el contrato se advierte claramente que si no se prestaba el servicio, no había lugar a la causación del auxilio extralegal, situación que se refleja en los pagos devengados por el actor dado que en su gran mayoría fueron variables.

No obstante, haber aceptado **MIGUEL ANTONIO FIGUEROA PRIETO** en el interrogatorio la firma de ese pacto como no salarial, conforme con las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, la sola existencia de un convenio que elimine el carácter salarial de un beneficio es insuficiente para desconocer la naturaleza salarial de las sumas percibidas.

Siendo ello así, para la Sala, y contrario a lo señalado por el *a quo*, los montos reconocidos bajo la denominación de *beneficio extralegal de bienestar* se otorgaron con el propósito de retribuir de forma directa y de manera periódica el servicio prestado por el demandante, lo que conlleva a que esos valores devengados se enmarquen en la regulación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que debieron tenerse en cuenta al momento de la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Como tal suceso no ocurrió durante la vigencia y finalización del contrato de trabajo, deviene procedente la reliquidación de las acreencias laborales reclamadas, por lo que le asiste razón al apelante, motivo suficiente para revocar la sentencia de primera instancia, salvo la declaratoria de existencia del contrato de trabajo.

- **Condena por concepto de reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y sanción por no pago de intereses a las cesantías.**

Para su liquidación se tuvo en cuenta el salario devengado por el actor (\$3.310.924), el promedio de lo recibido por concepto de bonificación extralegal de bienestar, según los comprobantes allegados con la demanda (*pág. 57 a 68, archivo "01DemandaAnexos"*), que corresponde a la suma de \$1.495.918, y los valores pagados por el empleador por prestaciones sociales y vacaciones, advirtiéndose que

no se adosó comprobante de cancelación de la prima de servicios, ni la causada en junio de 2021 ni la proporcional a diciembre del mismo año.

El monto de las condenas por cesantías asciende a \$1.387.879, intereses a las cesantías \$154.517, sanción por no pago de intereses a las cesantías \$154.517, prima de servicios \$4.459.681 y por vacaciones compensadas \$693.939, conforme se detalla a continuación:

RELIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES								
Desde	Hasta	Días	Salario	Cesantías	Intereses a las cesantías	Sanción por no pago de intereses a las cesantías	Prima de Servicios	Vacaciones
13/01/2021	16/12/2021	334	\$4.806.842	\$4.459.681	\$496.511		\$4.459.681	\$2.229.840
Valores pagados por el empleador				\$3.071.802	\$ 341.994		\$ -	\$1.535.901
Montos por reconocer				\$1.387.879	\$154.517	\$154.517	\$4.459.681	\$693.939

Por tanto, se condenará a la **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A. – CORANSA S.A.** a pagar las anteriores sumas. Además, deberá sufragar las diferencias en aportes pensionales teniendo como IBC \$4.459.511 por todo el tiempo laborado y a favor del fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el demandante.

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

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

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

El mismo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado, de manera pacífica, que si el trabajador devengó un salario superior a 1 SMLMV, el contrato de trabajo terminó en vigencia de la Ley 789 de 2002 y se radicó la demanda posterior a los 24 meses, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, sino que el empleador deberá pagar al trabajador los intereses moratorios a la tasa máxima señalada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los créditos de libre asignación, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados (CSJ SL36577-2010, SL46385-2012, SL685-2013, SL10632-2014 y SL3274-2018).

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

Si bien el Magistrado Ponente en procesos similares ha considerado procedente la causación de la indemnización moratoria al advertir que el empleador al restarle el valor como salario a un beneficio que sí tiene esa condición, ese sólo hecho es un aspecto que no puede ser constitutivo de actos de buena fe a favor del empleador al desconocer el artículo 127 del CST.

Sin embargo, dada la reciente reconfiguración de la Sala de Decisión la mayoría de integrantes sostiene que sobre la exclusión salarial ha existido una controversia razonable en la jurisprudencia, permitiendo en algunos casos la validez de dichos pactos de exclusión (CSJ SL9827-2015), por lo que en estos casos el empleador no obra de mala fe sino amparado en una interpretación razonable y plausible aunque equivocada del ordenamiento jurídico, lo que permite exonerarlo de la imposición de las condenas por sanciones moratorias.

Bajo ese nuevo esquema decisorio, que acoge plenamente el ponente a partir de la presente providencia, se encuentra acreditaba la buena fe de la empresa dado que no se advierte un ánimo defraudatorio (CSJ SL1259-2023 y SL371-2024), actuó conforme con el concepto desalarizado que fue expreso, claro, preciso y detallado (CSJ SL4304-2021), cumplió cabalmente lo acordado al entregar al trabajador la suma correspondiente mes a mes y no pagó las diferencias que se ordenan en esta instancia al tener razones atendibles y de buena fe para considerar el beneficio extralegal de bienestar como no salarial (SL466-2024), razón suficiente para absolver a la demandada de esta pretensión.

Sobre la sanción por no consignación completa de cesantías, también se absolverá, además de lo anterior, porque en este caso no se generó la obligación de su consignación a un Fondo, sino que al terminarse el contrato de trabajo antes del 31 de diciembre de 2021, la consecuencia es que el monto causado por cesantías se pague directamente al trabajador.

Sin embargo, para efectos de contrarrestar la pérdida adquisitiva del dinero por los movimientos inflacionarios, se ordenará indexar las sumas objeto de condena desde el 17 de diciembre de 2021 hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE.

- **Sobre la responsabilidad solidaria**

El artículo 34 del CST consagró la figura del contratista independiente, como aquella persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizar el servicio con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

No obstante, el precitado artículo señala que, si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho los trabajadores vinculados por el contratista, salvo que la labor de dichos trabajadores sea extraña a las actividades normales de la empresa o negocio del contratante.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó, en la sentencia SL Rad. 38.651 del 5 de febrero de 2014, que para el surgimiento de la precitada solidaridad no basta que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, ya que se debe demostrar que aquel servicio corresponde a una labor propia de las actividades del contratante, relacionada directamente con su objeto económico, al punto de hacer parte del giro ordinario de sus negocios. A su vez, en la sentencia SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, la H. CSJ indicó que no basta comparar los objetos sociales del contratista y el beneficiario, sino demostrar que la labor específica del trabajador sea catalogable dentro de las actividades que conforman el giro ordinario de los negocios del contratante, porque de lo contrario no se genera la responsabilidad solidaria, tal y como reiteró la Corporación en sentencias SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3774-2021, entre otras.

La misma Corporación ha precisado que las empresas contratantes tienen una capacidad de influencia para prevenir los resultados negativos en los que puedan verse implicadas como consecuencia del incumplimiento de las leyes laborales por parte de

sus socios comerciales y, en esa medida, la institución de la responsabilidad solidaria cumple una función social adecuada al servir de garantía de pago de las acreencias laborales insolutas por los contratistas y/o subcontratistas de una cadena de valor (CSJ SL1453-2023).

En este asunto, hay plena certeza que **MIGUEL ANGEL FIGUEROA PRIETO** fue vinculado para participar en la ejecución del contrato de cuentas en participación No.4500008300 suscrito entre la **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. - CIAC S.A.** y **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A. – CORANSA S.A.**, así se pactó en la cláusula tercera del contrato de trabajo (pág. 43, archivo “03ContestacionCoransa”) y fue aceptado por el empleador en la contestación.

Y aunque no se aportó el referido contrato de cuentas en participación, su alcance se encuentra previsto en el artículo 507 del Código de Comercio y el objeto específico fue aceptado por la CIAC quien, en el acápite de razonamientos y argumentos de hecho y de derecho, señaló que *“Entre la CIAC S.A., y la Compañía de Representaciones Andina S.A., - en adelante CORANSA S.A., se suscribió este tipo de contrato de cuentas en participación, en donde la primera tenía la condición de partícipe gestor o activo y la última en condición de partícipe oculto, con el fin de prestar horas de mantenimiento para el sostenimiento de los helicópteros Black Hawk de la aviación del Ejército Nacional. De las obligaciones de las partes, CORANSA S.A., como partícipe oculto, debía aplicar su conocimiento y experiencia en el mantenimiento de helicópteros Black Hawk, suministrando entre otros el soporte técnico, los equipos, autorizaciones, licencias, herramientas, experiencia técnica y operativa, el personal calificado, la dotación del personal, cumplimiento de normas de seguridad y salud en el trabajo y demás capacidades requeridas”* (pág. 13 y 14, archivo “04ContestacionCiac”).

Por lo tanto, es evidente que las funciones de carácter técnico desempeñadas por el actor fueron realizadas durante la vigencia de la

relación laboral y en beneficio del ente de carácter estatal, actividades de mantenimiento de aeronaves que es acorde con las labores propias del objeto social de **CORANSA**¹ (pág. 4, archivo “03ContestacionCoransa”), las cuales se relacionan directamente con las funciones principales de la **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. - CIAC S.A.**² (pág. 29, archivo “04ContestacionCiac”), lo que configura la responsabilidad solidaria solicitada por el actor, en la medida en que la CIAC se benefició del servicio prestado por el demandante, sin que el vínculo jurídico que unió a las sociedades demandadas desnaturalice dicha responsabilidad. En todo caso, se advierte que, al no haberse aportado el contrato de cuentas en participación, la Sala se releva de su análisis y alcance.

Resulta pertinente señalar que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha precisado que cuando se aplica la responsabilidad solidaria, al empresario contratante no se le traslada la buena o mala fe, o la culpa o negligencia del contratista, sino que se le impone la obligación de garantizar el pago de los derechos laborales causados en favor de los trabajadores, al punto que, si extingue las obligaciones, puede con posterioridad subrogarse en la acción del acreedor (CSJ SL rad. 35570-2010 y SL1453-2023).

En tal sentido, se cumplen los presupuestos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo para tener a la empresa pública demandada como responsable solidaria de las condenas impartidas contra **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A. - CORANSA S.A.**, y así se dispondrá.

¹ 2. Comprar, vender, arrendar, operar y en cualquiera otra forma comerciar toda clase en la prestación de servicios por cuenta propia o de terceros, y prestación de servicios en general de mantenimiento aeronáutico.

² organizar, construir y centros de reparación, entrenamiento aeronáutico, mantenimiento y ensamblaje de aeronaves y sus componentes y la importación, comercialización y distribución de repuestos, piezas, equipos y demás elementos necesarios para la prestación de servicios aeronáuticos y demás apoyo logístico que se requiera en el campo aeronáutico.

- **Sobre la excepción de prescripción**

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

Se encuentra probado en este proceso que el contrato de trabajo se terminó el 16 de diciembre de 2021 y el demandante radicó la presente acción el 26 de enero de 2023 (*pág. 81, archivo "01DemandaAnexos"*), esto es, antes del vencimiento del término prescriptivo, motivo por el cual ninguno de los derechos reconocidos está cobijado por este fenómeno.

Tampoco prosperan los demás medios de defensa formulados por la pasiva, atendiendo el estudio de la controversia.

Sin costas en segunda instancia. Las costas de primera instancia estarán a cargo de las demandadas y deberán ser tasadas por el *a quo*.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, salvo la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, por lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S.A. - CORANSA S.A.** y solidariamente a la **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. CIAC S.A.** a pagar a favor del demandante **MIGUEL ANGEL FIGUEROA PRIETO** las siguientes sumas de dinero:

- a. Reliquidación de cesantías: **\$1.387.879.**
- b. Reliquidación de intereses a las cesantías: **\$154.517.**
- c. Sanción por no pago de intereses a las cesantías: **\$154.517.**
- d. Prima de servicios: **\$4.459.681.**
- e. Reliquidación compensación vacaciones: **\$693.939.**
- f. A la indexación de las anteriores sumas desde el 17 de diciembre de 2021 hasta la fecha en que se produzca su pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE.
- g. A la reliquidación de aportes pensionales teniendo como IBC \$4.459.511 por todo el tiempo laborado y a favor del fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el demandante.

TERCERO: ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de **COMPAÑÍA DE REPRESENTACIONES ANDINAS S. A - CORANSA S.A.** y **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. CIAC S.A.** Tásense.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.21-2022-00277-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 29 de enero de 2024 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a **COLPENSIONES** a reliquidar la mesada pensional de la demandante en la suma de \$2'099.292,42, junto con las correspondientes diferencias, retroactivo por valor de \$2'616.378, costas procesales y autorizó a la demandada a descontar los respectivos aportes a salud (*min. 31:42, enlace archivo "12ActaAudiencia20240129"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

YOLANDA CASTAÑEDA RUIZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se reliquide el valor de su pensión de vejez teniendo en cuenta una tasa del 75.83%, a partir del 11 de agosto de 2019, junto con los reajustes, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que el 12 de agosto de 2019 pudo constatar en su historia laboral un total de 1.700 semanas, motivo por el cual solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez; **COLPENSIONES** en Resolución SUB270461 del 1° de octubre de 2019 reconoció dicha prestación teniendo en cuenta 1.696 semanas; el 10 de octubre de 2019 generó una nueva historia laboral y allí observó que ya no se registra 1.700 semanas, sino 1.696, por lo que presentó recurso contra el citado administrativo, resuelto de forma negativa en Resolución DPE14070 del 05 de diciembre de 2019; finalmente, que **COLPENSIONES** le reconoció la pensión en cuantía de \$2.057.808 equivalente al 74,33% del IBL correspondiente a \$2.768.476 (*pág. 3 a 7, archivo “04AdecuacionDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la solicitud y reconocimiento pensional, los recursos interpuesto y la negativa a la reliquidación, expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*; cobro de lo no debido; buena fe; no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar; presunción de legalidad de los actos administrativos; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; compensación; prescripción y la innominada o genérica (*pág. 4 a 13, archivo “09ContestacionDemandaColpensiones”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 31:42, enlace archivo “12ActaAudiencia20240129”*)

El 29 de enero de 2024, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez de la señora YOLANDA CASTAÑEDA RUÍZ, teniendo en cuenta una primera mesada pensional de \$2'099.292,42, para la cual debe tenerse en cuenta una tasa de reemplazo aplicable del 75,83% al IBL ya por ella establecido, ello conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora YOLANDA CASTAÑEDA RUÍZ el retroactivo de las diferencias de las mesadas pensionales, el cual asciende a la suma de \$2'616.378, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se continúen causando, cuyas diferencias debe pagar hasta su efectiva inclusión en nómina y en adelante, ello en atención a lo resuelto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: AUTORIZAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a deducir del valor del retroactivo pensional los aportes pertinentes al sistema de seguridad social en salud, con destino a la EPS a la cual esté afiliado la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas por la pasiva. **QUINTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a favor de la señora YOLANDA CASTAÑEDA. Liquidense por Secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$500.000. **SEXTO: CONSULTAR** esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral en favor de los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente (...).

Como sustento de la decisión la Juez precisó que **COLPENSIONES** reconoció pensión de vejez a la actora en cuantía de \$2.057.808 a partir del 1° de septiembre de 2019, teniendo como IBL \$2.768.476, tasa de reemplazo del 74.33% y un total de 11.875 días cotizados, equivalentes a 1.696 semanas. Sin embargo, advirtió que al acreditar la afiliada un total de 1.700,58 semanas es procedente la reliquidación dado que le corresponde una tasa superior, esto es, 75.83%, atendiendo que en la historia laboral no se sumó el mes de mayo de 1998 proveniente del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y dicho aspecto no se tuvo en cuenta en el estudio pensional. Por tal motivo, condenó al pago de una mesada pensional de \$2.099.292,42, junto con las correspondientes diferencias, y autorizó el descuento por aportes a salud.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Adujo que **COLPENSIONES** emitió las resoluciones en debida forma, dando aplicación a la historia

laboral con la que se contaba en ese momento, por lo que la entidad actuó de buena fe y liquidó la pensión correctamente (*min. 34:40, enlace archivo “12ActaAudiencia20240129”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandada reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **YOLANDA CASTAÑEDA RUIZ** tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional atendiendo el total de semanas cotizadas y la procedencia del retroactivo pensional.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) YOLANDA CASTAÑEDA RUIZ** nació el 11 de agosto de 1962 (*pág. 120, archivo “09ContestacionDemandaColpensiones”*) y en la más reciente historia laboral le reportan cotizadas al sistema pensional un total de 1.696,29 semanas (*pág. 441 y 442, archivo “09ContestacionDemandaColpensiones”*); **ii)** la afiliada presentó solicitud de reconocimiento pensional el 12 de agosto de 2019 (*pág. 16, archivo “04AdecuacionDemanda”*); **iii) COLPENSIONES** mediante Resolución SUB270461 del 1° de octubre de 2019 le reconoció a la demandante la pensión de vejez a partir del 1° de septiembre de 2019, en cuantía mensual de \$2.057.808 (*pág. 16 a 21, archivo “04AdecuacionDemanda”*); **iv)** contra el citado acto administrativo la accionante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación el 17 de octubre de 2019, los cuales fueron resueltos de forma desfavorable a través de las resoluciones SUB301422 del 31 de octubre de 2019 y DPE14070 del 05 de diciembre de 2019 (*pág. 251 a 260, archivo “09ContestacionDemandaColpensiones”*).

- **Sobre la tasa de remplazo conforme la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Sala advierte que las normas que se aplican en materia pensional a una situación concreta son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema.

Para el caso de la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para quienes adquieran el estatus pensional con posterioridad al año 2005, es el inciso final del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10° de la Ley 797 de 2003, que establece que por cada 50 semanas adicionales se incrementará la tasa de remplazo en un 1.5% sin que dicha tasa

pueda superar el 80%. El artículo 34 *ibidem* establece para calcular el valor de la mesada pensional una formula decreciente, es decir, que a mayor ingreso base de liquidación, menor tasa de remplazo, lo anterior según la formula $r = 65.50 - 0.50 \times (s)$.

CASO CONCRETO

En el presente asunto no hay controversia en que **YOLANDA CASTAÑEDA RUIZ** nació el 11 de agosto de 1962 (*pág. 120, archivo “09ContestacionDemandaColpensiones”*), cumplió sus 57 años de edad el mismo día y mes del año 2019, cotizó según la historia laboral más reciente expedida el 03 de agosto de 2023 un total de 1.696 semanas en toda su vida laboral y su última cotización la realizó en el periodo agosto de 2019 (*pág. 441 y 442, archivo “09ContestacionDemandaColpensiones”*), que se reconoció la pensión de vejez bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de septiembre de 2019, y que para calcular la mesada pensional se tuvo en cuenta un ingreso base de liquidación (IBL) de \$2.768.476. Al no estar en discusión estos aspectos, procede la Sala a determinar la tasa de remplazo de la actora conforme la fórmula del artículo 34 de la Ley 100 de 1993;

$$R = 65.5 - 0.5 (S)$$

$$R = \text{IBL } \$2.768.476 / \$828.116 (\text{salario mínimo legal 2019}) = 3,34$$

$$R = 65,5 - 0,5 (3.34)$$

$$R = 65.5 - 1.67$$

$$R = 63.83 \%$$

De la fórmula aplicada se obtiene una tasa de remplazo inicial del 63.83%. Teniendo en cuenta que el demandante acredita en principio 1.696 semanas cotizadas y que el requisito mínimo es de 1.300 semanas, es claro que ostenta un total de 396 semanas adicionales, razón por la cual al multiplicar 1.5 por cada una de las 50 semanas adicionales, que en este caso son 7, nos arroja un porcentaje del 10.5%, por lo que genera una tasa de remplazo equivalente al 74.33%.

Sin embargo, la parte actora sostiene que en algunas historias laborales le aparecen cotizadas 1.700 semanas, por lo que considera que tiene derecho a un porcentaje adicional.

Al revisar el expediente administrativo y, como acertadamente lo determinó el despacho de instancia, la Sala encuentra que el periodo de mayo de 1998 aparece cotizado y reportado en las historias laborales expedidas el 10 de abril de 2015, 20 de junio de 2017, 18 de julio de 2018 y 12 de agosto de 2019 (*pág. 102, 187, 410 y 418, archivo “09ContestacionDemandaColpensiones”*), aporte que se pagó el 18 de mayo de 1998, pero cuando **COLPENSIONES** estudió la prestación pensional y expidió las historias laborales con posterioridad a la Resolución SUB270461 del 1° de octubre de 2019 no tuvo en cuenta ese periodo, sin que la entidad haya aportado razones serias y contundentes sobre dicho proceder, motivo suficiente para sumar ese periodo como cotizado, lo que implica que **YOLANDA CASTAÑEDA RUIZ** haya reportado al sistema pensional un total de 1.700,58 semanas. Esto significa que se debe agregar un 1.5% adicional a la tasa de reemplazo mencionada (74.33%).

Por todo lo anterior, le asiste derecho a **YOLANDA CASTAÑEDA RUIZ** a obtener la reliquidación de su mesada pensional. Al aplicar la tasa de reemplazo establecida en la presente sentencia, se obtiene como primera mesada pensional la suma de \$2.099.335, es decir, superior en \$43 a la establecida por el *a quo*. Sin embargo, al no ser objeto de apelación este punto por parte del accionante y al surtirse el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, a quien no se le puede hacer más gravosa su situación en temas no recurridos, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

También se confirmará la orden emitida a la entidad de seguridad social para que descuenta del retroactivo que se genere el porcentaje que corresponda por concepto de aportes a salud a cargo del pensionado, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42

del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Sin embargo, se advierte que las diferencias que se generen con ocasión de la reliquidación ordenada en esta acción, las deberá calcular **COLPENSIONES** o el *a quo* en su oportunidad procesal, atendiendo que aún se desconoce la fecha en que se pagará la prestación económica, por lo que se modificará la sentencia en este aspecto.

- **Sobre la excepción de prescripción:**

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

Al respecto, a partir de la Resolución SUB270461 del 1° de octubre de 2019, por medio de la cual **COLPENSIONES** reconoció la pensión de vejez (*pág. 16 a 21, archivo “04AdecuacionDemanda”*), la parte actora estaba plenamente facultada para presentar la correspondiente reclamación o demandar ese acto administrativo y obtener el pago de las diferencias no pagadas. En este caso, la pensionada optó por radicar petición el 17 de octubre de 2019 (*pág. 28 y 29, archivo “04AdecuacionDemanda”*), actuación con la cual interrumpió válidamente el fenómeno prescriptivo, resuelta en Resolución DPE14070 del 05 de diciembre de 2019, notificada el 06 de diciembre de 2019 (*pág. 30 a 37, archivo “04AdecuacionDemanda”*). Y la presentación de la demanda ocurrió inicialmente ante los juzgados administrativos el 31 de julio de 2020 (*pág. 348, archivo*

“09ContestacionDemandaColpensiones”), fecha en que no habían transcurrido los tres años aludidos, por lo que las diferencias reconocidas no se encuentran afectadas por prescripción, no encontrando prosperidad este medio exceptivo. Y por el resultado de la controversia, tampoco son de recibo las demás excepciones invocadas por la demandada.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia en el sentido de CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante las diferencias en mesadas pensionales que se generen desde el 1° de septiembre de 2019 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago y su inclusión en nómina, autorizando a dicha entidad a descontar del retroactivo el valor correspondiente por aportes a salud a cargo de la pensionada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 22-2021-00611-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 05 de diciembre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a **PORVENIR, PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES** (min. 1:22:26 archivo “20AudienciaArt77y80”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 7 a 11 archivo “01DemandaAnexos”).**

INÉS CONSUELO ACEVEDO RODRÍGUEZ solicitó declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 28 de octubre de 1968 y cotizó al ISS entre el 24 de noviembre de 1992 al 01 de mayo de 1999, trasladándose al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** a partir del 01 de mayo de 1996, afiliación que se llevó a cabo de manera desinformada y engañosa, situación que se repitió el 01 de octubre de 2001, cuando representantes comerciales de **PORVENIR S.A.** la

presionaron sistemáticamente para que se trasladara a esa AFP sin recibir la debida información, por lo que el 26 de octubre de 2021 radicó petición ante **COLPENSIONES** solicitando el retorno al RPM, petición negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, negó todos los hechos de la demanda y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (pág. 2 a 28 archivo “*04ContestacionPorvenir*”).

A su vez, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, la afiliación al RAIS y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia de derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 4 a 43 archivo “*05ContestacionColpensiones*” y pág. 2 archivo “*12subsancionContestacion*”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuenta se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (pág. 2 a 25 archivo “*06ContestacionProteccion*”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:14:02 archivo “20AudienciaArt77y80”).

El 05 de diciembre de 2023, el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor INES CONSUELO ACEVEDO RODRIGUEZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido en el mes de diciembre de 1995. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A., fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condena la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES tal y como se señaló en la parte considerativa de la presente decisión. TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudaron por concepto de cuotas y gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, en los términos señalados en la presente decisión. CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A., Y PROTECCIÓN S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES en favor del demandante. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una de ellas. OCTAVO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (...)”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si el traslado al régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS es ineficaz y,

en consecuencia, si tiene derecho a que se le ordene el traslado de todas las sumas de dinero que posee en su cuenta de ahorro individual y demás derivadas de la misma al RPM administrado hoy por **COLPENSIONES**.

Para resolver, indicó que la AFP **PROTECCIÓN S.A.** incumplió con el deber que impone el artículo 167 del CGP, ya que atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia, es claro que para la fecha del traslado de la actora, diciembre de 1995, las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados una información clara, cierta y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado, situación que no fue acreditada dentro del plenario, además que del interrogatorio de parte a la demandante ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del CGP, como quiera que, si bien de su declaración se desprende que se le indicó que tenía una cuenta de ahorro individual, que sus aportes generarían rendimientos y que estos dos conceptos constituirían la base de su pensión, el asegurarle que la cuantía de la pensión sería superior en el fondo privado, en comparación a uno público, no es propio de una información cierta. Agregó, que se echan de menos las explicaciones realizadas correspondientes a cada régimen pensional, así como las características, condiciones y diferencias que le permitieran a la actora tomar una decisión informada; tampoco existe la constancia de que se le haya entregado el plan de pensiones ni el reglamento de funcionamiento de la AFP **PROTECCIÓN** y mucho menos reposa el expediente la comunicación por escrito de la AFP dirigida al demandante en la que se le advierta sobre la posibilidad de retractarse en su afiliación, siendo esto una obligación que recae sobre la AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandada **PORVENIR** presenta recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia, frente a las sumas que fueron ordenadas retornar y a la indexación de las mismas, solicitando se tenga en cuenta el concepto del 17 de enero del 2020 emitido por Superintendencia Financiera, en el que se señaló que en los casos en los que proceden la nulidad de la ineficacia de traslado, las únicas sumas que se deben retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin que proceda la devolución de algún otro rubro diferente a estos. Igualmente, señaló que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el literal B del artículo 113 de la

ley 100, que establece cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen frente a alguno de los afiliados. En ese punto, señaló que los gastos de administración son un descuento que se realiza en virtud de una disposición legal que no está destinado a financiar la prestación del afiliado y por ende, no le pertenecen, sino que le pertenecen al fondo privado, en contraprestación a la gestión que adelantó para incrementar el monto de la cuenta de ahorro individual, por lo que el no trasladarlo no afectaría en nada el monto de la pensión, como quiera que es un rubro que no está destinado a financiar dicha prestación. Frente al seguro provisional, señaló que este también es un descuento que se realiza en virtud de una dispersión legal, que además es un monto que ya no hace parte del patrimonio de la AFP, como quiera que en virtud de la ley se consignó a una aseguradora y que si bien, en el presente caso no fue necesario afectar esas pólizas que se constituyeron en favor del aquí demandante con la aseguradora, sí es cierto que la demandante ha estado cubierta por el tiempo que ha estado vinculada frente a los riesgos de invalidez y muerte. Por otro lado, frente al Fondo de Garantía de Pensión mínima, solicitó autorizar el retorno de dicho rubro, no con cargo a su patrimonio, sino con cargo directamente a ese mismo Fondo de Garantía que se constituye, como quiera que es un fondo que tiene una designación específica, y que además es un monto que no le representa ningún tipo de utilidad. Finalmente, frente a la indexación, señaló que como dentro de las obligaciones de las administradoras se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las fuentes de ahorro individual, sería incompatible o excluyente ordenar indexar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, lo cuales no se han visto afectados por la inflación, sino que por el contrario, le van generando unos rendimientos muy superiores a los que le garantiza el RPM, luego sería imponer una doble sanción. (min. 1:27 archivo “21ContinuacionAudienciaArt80”).

A su turno, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia, manifestando que el negocio jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante con las AFP fue totalmente ajeno a la entidad, pues este es un tercero de buena fe que no tuvo ninguna injerencia frente a la decisión de la demandante de realizar el traslado. Añadió, que en el presente asunto la demandante es una persona capaz, consciente y con cualidades académicas profesionales particularmente altas, lo que permite establecer que la decisión que tomó durante la

afiliación al RAIS estuvo precedida de la información necesaria para concluir que el traslado realizado era la opción más viable para sus intereses futuros, además, que el traslado de los aportes se realizó con plena voluntad de la demandante, la cual se vio ratificada por más de 27 años durante los cuales realizó cotizaciones a ese régimen. Señaló, que se está generando una grave afectación al patrimonio público principal y a la sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues conlleva una carga económica por parte del RPM para pagar una pensión a su cargo. Finalmente, en lo concerniente al pago de las costas y agencias en derechos, solicitó no acceder a ellas, por cuanto la entidad no adeuda suma alguna de dinero a la demandante y tampoco se evidencia negligencia en su actuar, pues la negativa de recibir nuevamente a la demandante se ajusta a las previsiones legales. (min. 6:00 archivo “21ContinuacionAudienciaArt80”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo de primera instancia y en su lugar, absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas, reiterando los argumentos esbozados en la alzada.

El representante legal de la Firma UNIÓN TEMPORAL W&WLC, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder a la doctora Ximena Urrea Ibañez, identificada con CC 1.030.666.405 y TP 391.259 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia de primer grado.

Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, y de su posterior traslado a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la condena impuesta a **PORVENIR** de trasladar a **COLPENSIONES** gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **INÉS CONSUELO ACEVEDO RODRÍGUEZ** nació el 28 de octubre de 1968 (pág. 112 archivo “01DemandaAnexos”); *ii)* la demandante cotizó al extinto ISS entre el 24 de noviembre de 1992 al 01 de mayo de 1999 (pág. 65 a 67 archivo “05ContestacionColpensiones”); *iii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación No. 0514828 del 18 de diciembre de 1995, efectivo a partir del 01 de enero de 1996, luego se trasladó a COLMENA AIG hoy **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario de vinculación del 31 de julio de 1998, efectivo a partir del 01 de septiembre de 1998 (pág. 46 a 51 archivo “06ContestacionProteccion”) y finalmente, se trasladó horizontalmente a **PORVENIR S.A.** con efectividad desde el 01 de octubre de 2001 (pág. 76 y 137 archivo “04ContestacionPorvenir”), AFP en la cual permanece vinculada; *iv)* la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 113 a 120 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, autorizó a

COLPENSIONES a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a **PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

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

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

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

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

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la

opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional; situación idéntica ocurrió con la AFP **PORVENIR S.A.**, que no probó el cumplimiento del deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que antes de trasladarse a los fondos privados de pensiones no conocía cuáles eran los requisitos o condiciones para pensionarse con el Seguro Social hoy **COLPENSIONES** y tampoco ha recibido asesoría ni información por parte de esa entidad, indicando que su deseo de volver al RPM consiste

en que tiene información de que el valor de la mesada sería mucho mayor en ese régimen; asimismo, reveló que en el año 1995 se trasladó a **PROTECCIÓN**, oportunidad en la que le dijeron que el dinero y/o semanas cotizadas que tenía en el Seguro Social pasarían al fondo privado mediante un bono y que allí tendría una cuenta personal, sin embargo, no le explicaron de dónde se obtendrían los rendimientos, tampoco fue informada acerca de los aspectos y condiciones para obtener una pensión y qué sucedería con sus aportes en caso de que falleciera o no se alcanzara a pensionar; dijo que durante los años de cotización le han llegado a su correo electrónico los extractos en los cuales se le informan las semanas cotizadas y el monto de sus aportes, que los formularios de afiliación a las AFP fueron suministrados y diligenciados por asesores comerciales y ella los firmó voluntariamente sin leer su contenido. (min. 11:00 archivo “20AudienciaArt77y80”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

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

de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

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

De igual, se confirmará la decisión relacionada a declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto

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

Por último, frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

En consecuencia, la Sala prohijará en su integridad la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 22-2022-00076-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 06 de diciembre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas (min. 15:57 archivo “21AudienciaFallo”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 2 a 23 archivo “01DemandaAnexos”).**

GLORIA ELENA VÁSQUEZ CASTAÑEDA solicitó declarar la nulidad de su afiliación al RAIS ante **PORVENIR** y, en consecuencia, de las afiliaciones a **PROTECCIÓN** y **SKANDIA**, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que estuvo afiliada al ISS entre el 17 de febrero de 1987 al 31 de marzo de 1996, cotizando un total de 269,14 semanas, trasladándose al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** a partir del mes de marzo de 1996, afiliación que se llevó a cabo de

manera desinformada y engañosa, por lo que radicó derechos de petición ante las demandadas solicitando el retorno al RPM, peticiones negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó la afiliación de la demandante a esa AFP, la radicación del derecho de petición y su respuesta. Expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan y formuló las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencia invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica (pág. 3 a 18 archivo “05ContestacionSkandiaYLLlamamiento”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó el traslado de la demandante a esa AFP, los traslados horizontales realizados dentro del RAIS, la respuesta a la petición elevada por la actora y la simulación pensional. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (pág. 2 a 27 archivo “06ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante al ISS, la densidad de semanas cotizadas en el RPM y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia de derecho para regresar al RPM, 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, la innominada o genérica, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria (pág. 3 a 34 archivo “10ContestacionColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación de la demandante a esa AFP, la radicación del derecho de petición y su respuesta, indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuenta se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones (pág. 3 a 25 archivo “11ContestacionProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 7:53 archivo “21AudienciaFallo”).

El 06 de diciembre de 2023, el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora GLORIA ELENA VÁSQUEZ CASTAÑEDA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido en el mes de abril del año 1997. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos y los bonos pensionales, si hay lugar a ello. También deberán trasladar el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES, en los términos señalados en la parte

*considerativa de la presente decisión. **TERCERO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de cuotas y gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a estos fondos debidamente indexados, conforme quedó establecido en precedencia. **CUARTO: DECLARAR** que COLPENSIONES, bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES, recibir los dineros provenientes de PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia. **SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS**, las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a cada una de las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES en favor de la demandante. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una de ellas. **OCTAVO: CONSÚLTESE**, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (...)”.*

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si el traslado al régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, si tiene derecho a que se le ordene el traslado de todas las sumas de dinero que posee en su cuenta de ahorro individual y demás derivadas de la misma al RPM administrado hoy por **COLPENSIONES**.

Para resolver, indicó que conforme a las pruebas allegadas, la AFP **PROTECCIÓN** incumplió con el deber que le impone el artículo 167 del CGP, ya que a la fecha del traslado de la demandante en abril de 1997, las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarle a los posibles afiliados una información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen pensional, situación que no fue acreditada dentro del plenario conforme al escrito de demanda y del interrogatorio de parte, pues pese a lo señalado por las demandadas, ninguna confesión se colige de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 191 del CGP, ya que si bien la actora tiene conocimiento de algunos aspectos, como lo son, que los dineros de su cuenta generan rendimientos con los cuales se pagaría su pensión, no se evidenció una información objetiva, comparada y transparente, e indicarle que la seguridad de sus dineros en el antiguo ISS era incierta o que los iba a perder, no son propios de una información acorde con lo señalado por la H. Corte Suprema de Justicia. Adicionó, que tampoco existe la

constancia que se le haya entregado a la demandante el plan de pensiones ni el reglamento de funcionamiento, documentos que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994 eran obligatorios y servían para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS, mucho menos reposa en el expediente la comunicación por escrito de la AFP dirigida a la demandante en la que se le advirtiera la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, recae sobre dicha entidad.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de la demandada **SKANDIA** presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, para que se revoque la condena impuesta a esa AFP, tendiente a retornar los emolumentos por concepto de gastos de administración y seguros previsionales durante el tiempo de vigencia de la afiliación del demandante, por cuanto no es factible el retorno de un descuento al que ya se le dio el uso específico para el cual están destinados, pues la AFP administra la cuenta de ahorro individual y realiza todas las gestiones pertinentes y necesarias para incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual, y en caso de los seguros previsionales, éstos van encaminados a cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, lo que se hace mediante un contrato de una póliza previsional para cubrir dichos riesgos, por lo que los seguros previsionales nunca han estado en la cuenta de ahorro individual del demandante, además que se presenta un desconocimiento de la teoría de las restituciones mutuas y se causa un enriquecimiento a favor de **COLPENSIONES** al recibir tales dineros por concepto de los descuentos realizados, entidad que no interviene ni realizó ninguna gestión para administrar la cuenta de ahorro individual. Por otra parte, solicita que, en caso de confirmarse el fallo, no se ordene la devolución de dichos emolumentos de manera indexada, teniendo en cuenta que hay varias posturas de los diferentes Tribunales de las ciudades de Medellín y Cali, en el sentido de que no hay a la condena por dicha razón, teniendo en cuenta que con los rendimientos generados pueden compensar la devaluación que se hubiera causado en el tiempo. (min. 18:20 archivo “21AudienciaFallo”).

El apoderado de **PORVENIR** presenta recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia, frente a las sumas que fueron ordenadas retornar y a la indexación de las mismas, solicitando

se tenga en cuenta el concepto del 17 de enero del 2020 emitido por Superintendencia Financiera, en el que se señaló que en los casos en los que proceden la nulidad de la ineficacia de traslado, las únicas sumas que se deben retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin que proceda la devolución de algún otro rubro diferente a estos. Igualmente, señaló que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el literal B del artículo 113 de la ley 100, que establece cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen frente a alguno de los afiliados. En ese punto, señaló que los gastos de administración son un descuento que se realiza en virtud de una disposición legal que no está destinado a financiar la prestación del afiliado y por ende, no le pertenecen, sino que le pertenecen al fondo privado, en contraprestación a la gestión que adelantó para incrementar el monto de la cuenta de ahorro individual, por lo que el no trasladarlo no afectaría en nada el monto de la pensión, como quiera que es un rubro que no está destinado a financiar dicha prestación. Frente al seguro provisional, señaló que este también es un descuento que se realiza en virtud de una dispersión legal, que además es un monto que ya no hace parte del patrimonio de la AFP, como quiera que en virtud de la ley se consignó a una aseguradora y que si bien, en el presente caso no fue necesario afectar esas pólizas que se constituyeron en favor del aquí demandante con la aseguradora, sí es cierto que la demandante ha estado cubierta por el tiempo que ha estado vinculada frente a los riesgos de invalidez y muerte. Por otro lado, frente al Fondo de Garantía de Pensión mínima, solicitó autorizar el retorno de dicho rubro, no con cargo a su patrimonio, sino con cargo directamente a ese mismo Fondo de Garantía que se constituye, como quiera que es un fondo que tiene una designación específica, y que además es un monto que no le representa ningún tipo de utilidad. Finalmente, frente a la indexación, señaló que como dentro de las obligaciones de las administradoras se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las fuentes de ahorro individual, sería incompatible o excluyente ordenar indexar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, lo cuales no se han visto afectados por la inflación, sino que por el contrario, le van generando unos rendimientos muy superiores a los que le garantiza el RPM, luego sería imponer una doble sanción. (min. 22:48 archivo “21AudienciaFallo”).

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia, manifestando que de trasladarse del RAIS al RPM a la demandante se estaría vulnerando la prohibición legal que nos indica que una persona que le falten menos de 10 años para cumplir la con la cual accedería a la pensión. Agregó, que el traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales, no se observó ni se dejó probado en el transcurso del proceso que hubiese vicio de error, fuerza o dolo o algún vicio en el consentimiento, por lo cual dicho traslado debe entenderse eficaz; que la demandante tuvo varias oportunidades en las cuales estuvo frente a asesores de las AFP y decidió en cada una de ellas trasladarse, pues de hecho le hablaron de rendimientos y quiso pasarse de diferentes fondos haciendo traslados horizontales en el mismo RAIS, lo que muestra la efectiva decisión de la demandante de quererse mantener en ese régimen, además que, no se puede hablar que haya una lesión injustificada al derecho pensional o al derecho a la Seguridad Social de la demandante, ya que en uno o en otro régimen se puede pensionar cuando cumpla los requisitos para ello. Solicitó, en caso de ratificarse la sentencia de primera instancia, revocar la condena en costas, pues **COLPENSIONES** no tuvo ninguna injerencia en el traslado que se realizó y condenar en costas en esta instancia a la entidad sería hacerle aún más gravosa la afectación que ya tuvo, además que los dineros que maneja c deben ser usados según un mandato constitucional única y exclusivamente para el pago de mesadas pensionales de la Seguridad Social, por lo que no pueden ser usados para cubrir ningún otro tipo de rubro. (min. 29:00 archivo “21AudienciaFallo”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia y conceder todas las pretensiones invocadas.

El representante legal de la Firma UNIÓN TEMPORAL W&WLC, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder a la doctora Nataly Ximena Urrea Ibañez, identificada con CC 1.030.666.405 y TP 391.259 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia de primer grado.

Los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** solicitaron revocar el fallo de primera instancia y en su lugar absolver a sus

representadas de todas las pretensiones incoadas, reiterando los argumentos esbozados en la alzada.

PROTECCIÓN guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, y de sus posteriores traslados horizontales a **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la condena impuesta a las AFP **SKANDIA** y **PORVENIR** de trasladar a **COLPENSIONES** gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **GLORIA ELENA VÁSQUEZ CASTAÑEDA** cotizó al extinto ISS un total de 269,14 semanas entre el 17 de febrero de 1987 al 31 de marzo de 1996 (pág. 56 a 59 archivo “10ContestacionColpensiones”); **ii)** la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, a través de formulario de vinculación No. 0502921 del 07 de abril de 1997, efectivo a partir del 01 de junio de 1997 (pág. 37 a 38 archivo

“11ContestacionProteccion”), luego se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario de afiliación No. 161442 del 15 de abril de 2004, efectivo a partir del 01 de junio de 2004 (pág. 35 a 36 archivo “05ContestacionSkandiaYLLlamamiento”) y finalmente, se trasladó horizontalmente a BBVA HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** con solicitud No. 782375 del 07 de octubre de 2007, con efectividad desde el 01 de diciembre de 2007, AFP en la cual permanece vinculada (pág. 76 y 137 archivo “06ContestacionPorvenir”); **iii)** la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, peticiones que fueron negadas (pág. 127 a 141, 174 a 183, 186 a 194, 198 a 208 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión **SKANDIA, COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

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

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

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

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

adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional; situación idéntica ocurrió con las AFP **SKANDIA** y **PORVENIR S.A.**, que no probaron el cumplimiento del deber de información a la demandante en sus traslados horizontales.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que en el año 1996 se acercó a su grupo de trabajo un asesor de **PROTECCIÓN**, quien les informó que el Seguro Social lo estaban liquidando y que no podían pensionarse, que su dinero se iba a perder, reunión que tuvo una duración de menos de treinta minutos, dijo que no fue obligada a firmar el formulario de afiliación, pero no se le brindó gran información a la demandante, pues solo le preguntaron cuál era su núcleo familiar, tampoco fue informada de los rendimientos financieros que obtendría; agregó que no recibe extractos de esa AFP. Por otro lado, indicó que decidió trasladarse a **SKANDIA** porque el asesor le informó que iba a tener mejores rendimientos allí, por lo que en ese momento consideraba que con mayor rentabilidad iba a tener una mejor mesada pensional en ese momento laboraba para una multinacional; finalmente, señaló que su traslado a HORIZONTE hoy **PORVENIR** ocurrió porque una persona le dijo que **SKANDIA** se encontraba cambiando su razón social, no estaba económicamente estable y su dinero estaba perdiendo rentabilidad, dijo que firmó el formulario de manera voluntaria, sin embargo no lo leyó. (min. 10:30 archivo “20AudienciaArt77y80”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no

se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e

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

De igual, se confirmará la decisión relacionada a declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto

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

Por último, frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

En consecuencia, la Sala prohijará en su integridad la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 23-2022-00476-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la **DEMANDANTE**, contra la sentencia del 03 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a **COLPENSIONES** de las pretensiones incoadas y condenó en costas a la demandante. (min. 23:00 archivo “15Audiencia20230803”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 9 archivo “01DemandaAnexos”).**

MERCEDES RINCON ROBAYO solicitó condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, en condición de compañera permanente supérstite del causante PEDRO ANTONIO GONZALEZ ROMERO (q.e.p.d.), a partir de la fecha del deceso, mesadas adicionales de junio y diciembre, el pago de intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que el señor PEDRO ANTONIO GONZALEZ ROMERO obtuvo reconocimiento pensional bajo la Resolución No. 297917 del 28 de octubre de 2019 en cuantía de \$828.116. Dijo que convivió con el causante por más de cinco años,

inicialmente en la ciudad de Bogotá y posteriormente, para reducir gastos, acordaron que la demandante viviera en casa de sus padres domiciliados en el municipio de Simijaca; procrearon cuatro hijos que cuentan con la mayoría de edad, de nombres SINDY CAROLINA GONZALEZ RINCON, WILLIAM SNEIDER GONZALEZ RINCON, YERSON NICOLAS GONZALEZ RINCON y ERMENSSON ALEJANDRO GONZALEZ RINCON. Señaló que a mediados de julio de 2020, perdió comunicación con el causante, quien falleció el 20 de julio de 2020 a raíz de la pandemia del COVID-19, sin poder asistir al funeral por las restricciones de tránsito. Afirmó, que reclamó la pensión de sobrevivientes por medio de radicado 2020-9278344 del 18 de septiembre de 2020, petición negada en Resolución SUB 230788 del 28 de octubre de 2019, por considerar la Entidad que no se demostró la convivencia con el causante durante cinco años continuos, acto administrativo que a su vez reconoció a ERMESSON ALEJANDRO GONZÁLEZ RINCÓN el 33,34% de la pensión de sobrevivientes, dejando en suspenso el 66,66% restante hasta tanto se allegara certificaciones de estudio de WILLIAM SNEIDER GONZALEZ RINCON y YERSON NICOLAS GONZALEZ RINCON, presentándose recurso de reposición y apelación con radicado 2020-12729601 del 11 de diciembre de 2020, resuelto a través de Resolución SUB 35340 del 11 de febrero de 2021 mediante la cual se levantó la reserva y se reconoció el 100% de la prestación a ERMESSON ALEJANDRO GONZÁLEZ RINCÓN, decisión confirmada en Resolución DPE 2294 del 08 de abril de 2021.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (pág. 2 a 10 archivo “06ContestacionDemandaColpensiones”).**

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Aceptó los hechos de la demanda contenidos en los numerales 1, 3, 7, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 23, relacionados al reconocimiento pensional a favor del señor PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO (q.e.p.d.), la existencia de los cuatro hijos entre la accionante y el causante, la fecha del fallecimiento del causante, la discapacidad padecida por uno de los hijos de la demandante y el trámite administrativo adelantado. Expresó que no le constan o no son ciertos

los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica e inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:16 archivo “15Audiencia20230803”)

El 03 de agosto de 2023, el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de las pretensiones de la demanda incoadas por la demandante MERCEDES RINCÓN ROBAYO. SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante, y a favor de la demandada. TERCERO: En caso de que la presente sentencia no fuere apelada, ORDENAR surtir el grado jurisdiccional de consulta, a favor de la demandante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social. (...)”.

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si la demandante **MERCEDES RINCÓN** tiene derecho o no al reconocimiento de la sustitución pensional en virtud del fallecimiento de PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO (q.e.p.d.), de ser así, si hay lugar al pago de retroactivo, intereses moratorios e indexación solicitada.

Como fundamento de su decisión, señaló que la demandante en interrogatorio de parte reconoció que no conviva con el causante para el momento del fallecimiento y que estaban separados aproximadamente desde el año 2017, por lo que para el despacho quedaron desvirtuadas todas las declaraciones extra juicio aportadas; asimismo, señaló que las declaraciones rendidas dentro del proceso no dan certeza y veracidad para demostrar la convivencia continua y anterior al fallecimiento del causante, refiriendo que en las declaraciones rendidas los testigos dijeron solo haber visto a la demandante dos veces y que tenían aproximadamente siete años sin verse, por lo que a los testigos no les consta la convivencia en los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del causante, situación que fue reafirmada por la misma demandante. Adicionó, que con las entrevistas realizadas en la investigación administrativa no se pudo comprobar la convivencia ente la demandante y el causante en los últimos años, pues por el contrario, hubo afirmaciones de que no existió convivencia permanente en los

últimos años, pues la demandante residía en Simijaca - Cundinamarca; de igual modo, advirtió que aunque el causante realizara un aporte económico, ello no permite demostrar que se tuviera una relación de pareja entre el causante y la demandante, pues para el año 2020 dos de los hijos en común eran menores de edad, sin que haya justificación alguna de la separación para poder obtener la sustitución pensional. Para el *a quo* resulta claro que la demandante no es beneficiaria de la prestación económica en virtud del fallecimiento del señor PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ (q.e.p.d.), al no acreditar el requisito de convivencia por el lapso continuo de cinco años antes del fallecimiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque en su integridad, señalando que se deben tener en cuenta las declaraciones rendidas por parte de los familiares del causante, así como también los principios constitucionales, como lo son el de favorabilidad y condición más beneficiosa, sumado a la protección de los derechos de igualdad, seguridad social y mínimo vital, puesto que no se tuvo en cuenta la condición de la demandante, quien solo tiene estudios de primaria, ni tampoco se valoraron los giros realizados por el causante, así como tampoco la ausencia de una cónyuge o compañera que reclame el mismo derecho, aduciendo que es evidente que el causante y la demandante junto a sus hijos conformaban una familia, quienes estuvieron sostenidos por el causante. (min. 23:51 archivo “15Audiencia20230803”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la representante legal de la firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S., apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder a la doctora Lina María Posada López, identificada con CC 1.053.800.929 y TP 226.256 del CSJ, a quien se le reconoce y se le autoriza para actuar en tal calidad, y en su escrito de alegatos solicitó confirmar el fallo de primera instancia, toda vez que se encuentra ajustado a derecho, conforme a la realidad

jurídica de la actora y de los actos administrativos emitidos por la Entidad.

No hubo pronunciamiento de la parte **DEMANDANTE**.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad compañera permanente supérstite y demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes hechos jurídicos: **i)** el señor PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO (q.e.p.d.) fue pensionado por **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB 297917 del 28 de octubre de 2019 (pág. 22 a 28 archivo “07ExpedienteAdministrativo”); **ii)** entre la demandante **MERCEDES RINCÓN ROBAYO** y el causante procrearon cuatro hijos de nombres SINDY CAROLINA GONZALEZ RINCON, WILLIAM SNEIDER GONZALEZ RINCON, YERSON NICOLAS GONZALEZ RINCON, y ERMESSON ALEJANDRO GONZALEZ RINCON (pág. 36 a 39 archivo “01DemandayAnexos”); **iii)** el pensionado PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO (q.e.p.d.) falleció el 20 de julio de 2020 (pág. 44 archivo “01DemandayAnexos”); **iv)** uno de los hijos de la pareja, ERMERSSON ALEJANDRO GONZÁLEZ RINCÓN, padece de *trastorno cognitivo – atención dispersa*; **v)** mediante Resolución SUB 230788 del 28 de octubre de 2020 **COLPENSIONES** reconoció la pensión de sobrevivientes en un porcentaje del 33,34% a favor de ERMERSSON ALEJANDRO GONZÁLEZ RINCÓN, dejó en suspenso el 66,66% que pudiera corresponder a WILLIAM SNEIDER y YERSON NICOLÁS GONZÁLEZ RINCON y negó el reconocimiento a favor de la demandante, acto administrativo contra el

cual la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, resolviéndose la reposición mediante Resolución SUB 35340 del 11 de febrero de 2021 **COLPENSIONES**, por cuya virtud se levantó la reserva en el pago de la sustitución pensional, se reconoció el 100% de la pensión a ERMERSSON ALEJANDRO GONZÁLEZ RINCÓN hasta el cumplimiento de 25 de años de edad, siempre y cuando acredite escolaridad y se confirmó la negativa del reconocimiento pensional a favor de la demandante, y la apelación, a través de Resolución DPE 2294 del 08 de abril de 2021, confirmándose en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 35340 de 2021 (pág. 32 a 43, 97 a 109 archivo “07ExpedienteAdministrativo”).

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

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la norma aplicable en pensión de sobrevivientes.**

Ha sido posición pacífica y reiterada de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicar que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, tal y como ha señalado en las sentencias SL Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL3526 de 2019, SL184 de 2021, entre otras.

- **Sobre la pensión de sobrevivientes a favor del compañero permanente en vigencia de la Ley 797 de 2003.**

Las pensiones de sobrevivientes que se rigen por la Ley 797 de 2003, la cual modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, consagran como beneficiarios de la prestación a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común.

En lo que respecta a la compañera permanente supérstite, será beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de forma vitalicia si a la

muerte del causante tiene treinta (30) o más años de edad, o si a pesar de no cumplir dicha edad procreó hijos con éste, siempre y cuando cumpla el requisito de convivencia de cinco (5) años inmediatamente anteriores al deceso del causante.

En cuanto el concepto de convivencia, la H. CSJ la define como la comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras, advirtiéndole la Alta Corte que si hay convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como señaló en la sentencia SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros.

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso que nos ocupa, y dado que el pensionado PEDRO ANTONIO GONZALEZ ROMERO (q.e.p.d.) falleció el 20 de julio de 2020 (pág. 44 archivo “01DemandayAnexos”), la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que establece como beneficiario de la pensión de sobreviviente, de forma vitalicia, al compañero permanente supérstite, si a la muerte del causante tiene 30 o más años de edad, o si a pesar de no cumplir dicha edad procreó hijos con éste, siempre y cuando cumpla con el periodo mínimo de convivencia con el causante exigido por la precitada norma.

Siendo así, pasa la Sala a verificar si la demandante cumple los anteriores requisitos, inicialmente encontrándose que **MERCEDES RINCÓN ROBAYO** nació el 28 de septiembre de 1971, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante, contaba con 48 años de edad (pág. 35 archivo “01DemandaAnexos”); por lo tanto, de determinarse que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, sería de manera vitalicia.

Ahora, en aras de acreditar la convivencia de la demandante con el causante por el lapso exigido en la norma, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos, realizándose una valoración integral de todos los medios de prueba, en virtud de los principios de necesidad y comunidad de la prueba, consagrados en los artículos 164 y 176 CGP, junto con el principio de libre formación del consentimiento del Juez Laboral y análisis en conjunto de las pruebas de los artículos 60 y 61 CPTSS.

La señora **MERCEDES RINCÓN ROBAYO** manifestó que convivió de manera exclusiva, continua, permanente y con vocación de estabilidad, compartiendo techo, lecho y mesa con el señor PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO (q.e.p.d.) hasta la fecha del fallecimiento, señalando que la convivencia inicialmente se desarrolló en Bogotá y, posteriormente, por motivos económicos la demandante se trasladó a casa de sus padres en el municipio de Simijaca – Cundinamarca, perdiendo comunicación con el causante desde el mes de julio de 2020 y quedando imposibilitada para

asistir a su funeral por las restricciones derivadas de la pandemia, no obstante, el pensionado fallecido le enviaba dinero de manera regular.

Para sustentar sus dichos allegó como pruebas: declaración extra proceso rendida el 13 de agosto de 2020 ante la Notaría Única del Círculo de Simijaca Cundinamarca por GIEZIT ZAMORA BAUTISTA y CARLOS ALBERTO VILLAMIL TORRES, en la cual declararon: *“...que desde hace treinta (30) años aproximadamente, conocimos de vista, trato y comunicación al señor PEDRO ANTONIO GONZALEZ ROMERO (q.e.p.d.)... que por el conocimiento directo y personal que de él tuvimos, sabemos que PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO (q.e.p.d.) convivió en unión marital de hecho de manera ininterrumpida desde el día 06 de junio del año 2000 hasta el día del fallecimiento con la señora MERCEDES RINCÓN ROBAYO...”* (pág. 49 a 51 archivo “01DemandaAnexos”); declaración extra proceso rendida el 07 de mayo de 2021 ante la Notaría Única del Círculo de Simijaca Cundinamarca por PEDRO JESÚS PÁEZ BALLEEN, MIRIAM JANETH PÁEZ HERNÁNDEZ, MARLENE RODRÍGUEZ ESLAVA, GIEZIT ZAMORA BAUTISTA, JOSÉ EDUARDO ZAMORA BAUTISTA y LUZ MILA RODRÍGUEZ SILVA, en la cual declararon: *“...que conocimos de vista, trato y comunicación por más de cuarenta y cinco (45) años al señor PEDRO ANTONIO GONZALEZ ROMERO... que es cierto y verdadero que el señor PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO, convivió en unión libre desde el día 07 de abril de 1992 hasta el 20 de julio de 2020 (Fecha de su Fallecimiento) con la señora MERCEDES RINCÓN ROBAYO...”* (pág. 52 a 55 archivo “01DemandaAnexos”).

Los anteriores elementos de prueba, por sí solos, no logran acreditar la unión marital de hecho entre la señora **MERCEDES RINCÓN ROBAYO** y PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO (q.e.p.d.), menos aún que la misma hubiese perdurado durante los últimos cinco años de vida del pensionado fallecido, muy por el contrario, se muestran inconsistencias frente a la fecha de inicio de la presunta convivencia entre aquellos. Nótese, como en la declaración rendida el 13 de agosto de 2000 se indicó que dicha unión comenzó desde el 06 de junio de 2000, mientras que en la declaración del 07 de mayo de 2021 se dijo que lo fue desde el 07 de abril de 1992, acotándose por demás, que el señor GIEZIT

ZAMORA BAUTISTA declaró en ambas oportunidades, evidentemente contrariando sus dichos en una y otra declaración.

Por su parte, visto el expediente administrativo del causante aportado por **COLPENSIONES**, se tiene: informe técnico de investigación No. COLCO-268334, realizado por la empresa COSINTE LTDA., el cual concluyó que, del cotejo de la documentación, trabajo de campo y entrevistas, no se logró establecer la convivencia de los últimos cinco años de vida del causante con la demandante, quien no sabe quién cubrió los gastos fúnebres, no tiene pertenencias del causante, ni su cédula de ciudadanía, solo aportó una foto de convivencia y no es beneficiaria de le EPS del causante, además que los vecinos manifestaron no conocer a los implicados, los familiares del causante manifestaron que la solicitante se encuentra en Simijaca desde el año 2018 y que el causante vivía en Bogotá y los testigos manifestaron que la convivencia no se dio de manera permanente (pág. 59 a 66 archivo “07ExpedienteAdministrativo”); declaración extra proceso rendida el 13 de agosto de 2020 ante la Notaría Única del Círculo de Simijaca Cundinamarca por **MERCEDES RINCÓN ROBAYO** en la cual declaró que desde el 06 de junio de 2000 convivió en unión marital de hecho con el causante, compartiendo el mismo techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida, de quien dependía económicamente (pág. 114 a 116 archivo “07ExpedienteAdministrativo”); certificado No. 11671 expedido por COOPERATIVA INVERSIONES Y PLANES DE LA PAZ LTDA a nombre de LUZ MARINA VARGAS RAMOS por concepto de servicios exequiales a favor de PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO (pág. 217 a 218 archivo “07ExpedienteAdministrativo”); y contrato de afiliación para servicios funerarios celebrado entre COOPERATIVA INVERSIONES Y PLANES DE LA PAZ LTDA y LUZ MARINA VARGAS RAMOS (pág. 274 archivo “07ExpedienteAdministrativo”).

En el devenir probatorio se escuchó en interrogatorio de parte a **MERCEDES RINCÓN ROBAYO** (min. 11:44 archivo “13Audiencia20230725”), declaración que por la misma senda crea serios motivos de duda acerca de la convivencia real y efectiva de la accionante con el causante durante sus últimos cinco años de vida, habida cuenta que se evidenciaron notorias contradicciones entre los

dichos que la demandante expuso en su declaración, de cara a los precitados documentales.

Al efecto, inicialmente la actora señaló que sostuvo una unión marital de hecho con el causante desde el 07 de abril de 1992 y hasta la fecha del fallecimiento, posteriormente, dijo que para el momento del deceso no convivían, pues ella vive en Simijaca – Cundinamarca y el señor PEDRO GONZÁLEZ vivía en Bogotá con su mamá y un hermano, de igual modo, puntó que el causante vivió en Bogotá aproximadamente durante 20 años, que cuando ella se domicilió en Bogotá no vivían en la misma vivienda y por último, que se separaron en el año 2017 porque no tenían un trabajo estable, siendo que en la declaración extra proceso que rindió ante la Notaría Única del Círculo de Simijaca Cundinamarca reveló que la convivencia inició desde el día 06 de junio de 2000; denotándose aquí nuevamente, una indiscutible contradicción en las calendas durante las cuales eventualmente se mantuvo la convivencia entre la pareja.

En cuanto a la testimonial traída a juicio, se tienen las declaraciones de JOSÉ IVÁN VANEGAS ROMERO (min. 34:45 archivo “13Audiencia20230725”) y MARTHA LIGIA ROMERO MARTÍNEZ (min. 42:43 archivo “13Audiencia20230725”), pruebas que resultan insuficientes para demostrar, de forma contundente, los supuestos de hecho en que se basan los pedimentos de la actora, pues a ninguno de ellos les consta la convivencia entre la demandante y el causante, ni que la misma se hubiese prolongado hasta la fecha del fallecimiento. El señor JOSÉ IVÁN VANEGAS ROMERO informó que la última vez que vio al causante fue en el año 2017, pues no lo frecuentaba mucho; a su vez, la señora MARTHA LIGIA ROMERO MARTINEZ dijo que la última vez vió al causante fue hace más o menos siete años, resaltándose que ambos deponentes coincidieron en señalar que el señor PEDRO ANTONIO GONZALEZ ROMERO vivía en Bogotá con su mamá y un hermano y la demandante en el municipio de Simijaca- Cundinamarca, por lo que no tenían una convivencia permanente.

Luego entonces, no hay prueba en el diligenciamiento que demuestre con certeza que la señora **MERCEDES RINCÓN ROBAYO** convivió con el causante hasta el mes de julio de 2020, fecha del deceso, pues lo que sí

quedó claro, conforme a las declaraciones, es que por lo menos desde el año 2017 la demandante vivía en el municipio de Simijaca, sin que en el *sub lite* se haya probado que aquella acompañara al padre de sus hijos en sus últimos años de vida.

Menos aún se demostró que en el caso de marras se hubiese presentado alguna circunstancia especial que conllevara a que la demandante y el causante no compartieran el mismo techo, por razones de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pero que hubiesen mantenido sus lazos afectivos, su apoyo espiritual, moral y material, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja, para de esa manera llegar a inferir que no era la intención de aquellos finalizar su unión.

No sobra agregar, en el caso de autos tampoco probó la demandante que hubiese aliviado las cargas morales y económicas que muy seguramente implicó la muerte del señor PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO (q.e.p.d.), menos aún se definió que dicho evento le generara a la señora **MERCEDES RINCÓN ROBAYO** alguna carencia económica, afectiva, o moral.

En suma, en el presente asunto la demandante no acreditó por ningún medio probatorio el requisito de convivencia establecido en el artículo 13 de la ley 797 de 2003, como quiera que no logró demostrar que compartiera lecho, techo y mesa con el señor PEDRO ANTONIO GONZÁLEZ ROMERO (q.e.p.d.) dentro de los cinco años anteriores a su deceso y, por tanto, no cumple el presupuesto de convivencia exigido por la norma.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia, por haberse arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el fallador de primer grado.

Sin costas en esta instancia

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir

copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No.23-2023-00150-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 05 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y a **COLPENSIONES** a recibir a la afiliada sin solución de continuidad y a corregir la historia laboral (*min. 30:48, archivo “15Audiencia20240205”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

GLORIA DEL PILAR GARZON GARZON llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se

condene a la AFP demandada a trasladar a **COLPENSIONES** el monto total existente en la cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos, intereses, gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones, junto con los condenas por facultades ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 26 de abril de 1966, se afilió al ISS desde el 16 de marzo de 1993, en octubre de 1996 ingresó a laborar al Hospital Simón Bolívar, periodo en el cual fue reunida, junto con sus compañeros, donde un asesor de la AFP les expuso que el ISS se acabaría y que perderían el capital ahorrado, por lo que no tuvo más opción que trasladarse a PROTECCIÓN, sin que el asesor le brindara información adicional sobre las particularidades de cada uno de los regímenes pensionales existentes; en el año 2013 Gina Bustos, asesora comercial de PROTECCIÓN, le informó que podría volver a COLPENSIONES antes de que cumpliera los 57 años, pero al realizarse la proyección pensional le señaló que la mesada en la AFP iba a ser más que en COLPENSIONES, y que la mejor opción era quedarse en el RAIS, pero no le explicó que para obtener ese monto debía realizar aportes voluntarios (*pág. 1 a 18, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la vinculación al Hospital Simón Bolívar, señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 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; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 4 a 27, archivo “08ContestacionColpensiones”*).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, la proyección de la mesada pensional y la conveniencia de que la afiliada permanezca en el RAIS, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe y la innominada o genérica (*min. 30:48, archivo “15Audiencia20240205”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*min. 30:48, archivo “15Audiencia20240205”*)

El 05 de febrero de 2024, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o el traslado de la señora GLORIA DEL PILAR GARZÓN GARZÓN al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme a lo considerado. **SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante a dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, siguiendo la línea jurisprudencial se ordena la devolución de los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres conceptos debidamente indexados y con cargo a recurso propios. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la GLORIA DEL PILAR GARZÓN GARZÓN en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral,

conforme a las semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a favor de la señora demandante. **SEXTO:** Se ORDENA la consulta de la sentencia a favor de COLPENSIONES...”

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio al afiliado al momento del traslado es al fondo de pensiones, y para el presente caso no se puede establecer que para el año de 1996 la parte actora hubiese recibido de **PROTECCIÓN** información completa, suficiente y necesaria para haber adoptado la decisión del traslado debidamente informada, motivo suficiente para declarar la ineficacia del traslado.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que ninguna de las partes presentó recurso de apelación y como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar la providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN**, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) GLORIA DEL PILAR GARZON GARZON** nació el 26 de abril de 1966 (*pág. 23, archivo “01DemandaAnexos”*) y se afilió al ISS para el periodo de marzo de 1993 (*pág. 63, archivo “10ExpedienteAdministrativoColpensiones”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con **PROTECCIÓN** el 22 de octubre de 1996, con efectividad desde el 1° de diciembre siguiente, donde sigue vinculada actualmente (*pág. 49 y 93, archivo “09ContestaciónProtección”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

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

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

En este asunto no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa

y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que los asesores de la AFP le dijeron que lo más recomendable era pasarse a PROTECCIÓN porque el ISS no tenía mucho futuro, que la empresa era sólida y que con ellos iban a estar mejor sus ahorros, sin que le brindaran información adicional, por lo que no hubo confesión en este aspecto y dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Se resalta que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que este caso no trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional. Por eso, aun cuando la AFP allegó documental que da cuenta que la afiliada presentó solicitud de actualización de datos y

recibió reasesoría de su futuro pensional y optó por continuar en el RAIS (pág. 95 a 101, archivo “09ContestaciónProtección”), sin embargo, en este juicio no se demostraron las circunstancias particulares que le enunciaron a la afiliada para tomar esa decisión, aspecto que en todo caso no subsana las faltas al deber de información que infringió la AFP en el momento del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

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

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

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia para precisar que no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino la ineficacia del traslado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 24-2022-00370-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por las apoderadas de **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 04 de diciembre de 2023, que declaró ineficaz la vinculación del demandante al RAIS, reactivó la afiliación al RPM y ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos (min. 1:27:43 archivo “23Audioaudiencia04122023”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 5 a 11 archivo “01Demanda”).**

LIBARDO ANTONIO PESCA RODRÍGUEZ solicitó declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS, reactivar su afiliación en el RPM, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 23 de junio de 1962 y cotizó al ISS un total de 169 semanas desde el 03 de mayo de 1994, trasladándose al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** a partir del mes de octubre de 1997, afiliación que se llevó a cabo por persuasión de un asesor comercial de la AFP, permaneciendo en ese régimen actualmente en donde ha cotizado 1098 semanas, por lo que el 25 de julio de 2022 radicó petición ante las demandadas solicitando el retorno al RPM, peticiones que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, negó todos los hechos de la demanda y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (pág. 2 a 24 archivo “07ContestacionPorvenirSA”).

A su vez, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad y fecha de nacimiento de la demandante y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de responsabilidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (pág. 31 a 54 archivo “08ContestacionColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la edad y fecha de nacimiento del demandante y la radicación de derecho de petición, indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuenta se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (pág. 3 a 21 archivo “09ContestacionProteccionSA”).

Por último, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones, negó todos

los hechos de la demanda e invocó las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. (pág. 2 a 14 archivo “10ContestacionSkandia”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:13:45 archivo “24Audiencia04122023”).

El 04 de diciembre de 2023, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la vinculación del señor LIBARDO ANTONIO PESCA RODRIGUEZ, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION, realizada el 05 de agosto de 1997, lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor LIBARDO ANTONIO PESCA RODRIGUEZ, nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. TERCERO: ORDENAR a las SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a trasladar a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor LIBARDO ANTONIO PESCA RODRIGUEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., ello significa que, debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo motivado. CUARTO: ORDENAR SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo que haya deducido de los aportes a pensión efectuados por el demandante por concepto de gastos de administración, así como las comisiones cobradas debidamente indexadas con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo motivado. QUINTO: SIN CONDENA EN COSTAS. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS. SÉPTIMO: En el evento en que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, no interponga recurso

de apelación contra la presente sentencia remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES en los términos previstos en el artículo 69 del CPT Y SS. (...)”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, verificar si es procedente ordenar el traslado del demandante al RPM, disponiendo que **COLPENSIONES** lo reciba como su afiliado y a las administradoras del RAIS a trasladar todo lo que el demandante tenga en su cuenta de ahorro individual.

Para resolver, indicó que los documentos aportados al expediente no demuestran el cumplimiento del deber de información, por el contrario, permiten que concluir que la demanda **PROTECCIÓN** incumplió con la carga de la prueba que le correspondía, no encontrándose confesión alguna en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, resaltando frente a la carga de la prueba, que en estos asuntos, se sabe que son las administradoras de pensiones a las que le incumbe ello, porque exigir al afiliado una prueba de esta naturaleza es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, sin que sea razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo y experticia, tienen una clara eminencia frente al afiliado, todo lo que permite concluir que cuando el actor decidió trasladarse al RAIS no lo hizo conociendo al detalle las características de cada régimen pensional, lo que permite inferir la ausencia de una libertad informada.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de la demandada **SKANDIA** presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, para que se revoque la condena impuesta a esa AFP, tendiente a retornar los emolumentos por concepto de gastos de administración y seguros previsionales durante el tiempo de vigencia de la afiliación del demandante, por cuanto no es factible el retorno de un descuento al que ya se le dio el uso específico para el cual están destinados, pues la AFP administra la cuenta de ahorro individual y realiza todas las gestiones

pertinentes y necesarias para incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual, y en caso de los seguros previsionales, éstos van encaminados a cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, lo que se hace mediante un contrato de una póliza previsional para cubrir dichos riesgos, por lo que los seguros previsionales nunca han estado en la cuenta de ahorro individual del demandante, además que se presenta un desconocimiento de la teoría de las restituciones mutuas y se causa un enriquecimiento a favor de **COLPENSIONES** al recibir tales dineros por concepto de los descuentos realizados, entidad que no interviene ni realizó ninguna gestión para administrar la cuenta de ahorro individual. Por otra parte, solicita que en caso de confirmarse el fallo, no se ordene la devolución de dichos emolumentos de manera indexada, teniendo en cuenta que ya han habido varias posturas de los diferentes tribunales de las ciudades de Medellín y Cali, en el sentido de que no hay a la condena por dicha razón, teniendo en cuenta que con los rendimientos generados pueden compensar la devaluación que se hubiera causado en el tiempo. (min. 1:31:13 archivo “23Audioaudiencia04122023”).

A su turno, la apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación parcial en lo concerniente a la condena por concepto de indexación, argumentando que en sentencia SL 9316 de junio del 2016, la Corte ya indicó que si bien la indexación consiste en la actualización de la moneda para contrarrestar su poder adquisitivo dado el transcurso del tiempo por la condición inflacionaria de la economía, también se debe tener en cuenta que dentro de las obligaciones que las administradoras de fondo de pensiones se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por tanto, resulta incompatible ordenar dicha condena teniendo en cuenta que los recursos de la cuenta individual del demandante no se vieron afectados por el fenómeno de la inflación, sino al contrario, siguieron generando rendimientos, tan es así que para el demandante, este tiene rendimientos equivalentes al 66%. (min. 1:34:02 archivo “23Audioaudiencia04122023”).

Por último, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que esa entidad funge como tercero de buena fe; además, señaló que difiere no se acreditó la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por el demandante en agosto de 1997, solicitando se realice un análisis respecto de la conducta omisiva o desinteresada que ha desplegado el

demandante como consumidor financiero durante los más de 25 años que viene aportando a pensión bajo las cuerdas o condiciones del RAIS y debe tenerse en cuenta que el demandante de manera voluntaria y sin ningún tipo de presión suscribió el formulario de afiliación **CON PROTECCIÓN S.A.** y ratificó esa voluntad de trasladarse con diferentes fondos de pensiones. Agregó, que al demandante no le interesó definir su futuro pensional, sin que pueda considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, ya que la misma ley también previó distintos deberes en cabeza de los afiliados, con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera y en el evento en que se confirme la sentencia de primer grado, pide se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, se ordene garantizar la devolución de todos los recursos, incluyendo los gastos y seguros previsionales y cuotas de administración que debe estar a cargo de los fondos de pensiones. (min. 1:37:10 archivo “23Audioaudiencia04122023”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo de primera instancia y en su lugar, absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas, reiterando los argumentos esbozados en la alzada.

La representante legal de la Firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S., apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder a la doctora Diana Leonor Torres Aldana, identificada con CC 1.069.733.703 y TP 235.865 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos también solicitó revocar la sentencia de primer grado y absolver a la entidad.

A su turno, la apoderada de **SKANDIA** pidió la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la devolución de gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes.

La parte **DEMANDANTE** guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, y de sus posteriores traslados a **SKANDIA** y **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de las condenas impuestas a **SKANDIA** y **PORVENIR** de trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **LIBARDO ANTONIO PESCA RODRÍGUEZ** nació el 23 de junio de 1962 (pág. 21 archivo “01Demanda”); **ii)** el demandante cotizó al extinto ISS desde el 03 de mayo de 1994 (pág. 51 a 58 archivo “08ContestacionColpensiones”); **iii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLMENA AIG hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de vinculación del 05 de agosto de 1997, efectivo a partir 01 de octubre de 1997 (pág. 31 y 46 archivo “09ContestacionProteccionSA”); **iv)** el demandante se trasladó horizontalmente dentro del RAIS administrado por **SKANDIA S.A.** a través de formulario de afiliación No. 141717 del 14 de febrero de 2004, efectivo desde el 01 de abril de 2002 (pág. 31 a 32 y 40 archivo “10ContestacionSkandia”), luego a ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** a partir del 01 de junio de 2003 (pág. 30 y 46 archivo “09ContestacionProteccionSA”) y finalmente a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 13701991, efectivo a partir del 01 de mayo

de 2010 (pág. 67 a 71 archivo “07ContestacionPorvenirSA”), AFP en la cual permanece vinculado; **v)** el demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, petición que fue negada (pág. 22 a 74 archivo “01Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz la vinculación del demandante al RAIS, reactivó la afiliación al RPM y ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos. Contra la anterior decisión **SKANDIA, COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

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

características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional; situación idéntica ocurrió con las AFP **SKANDIA** y **PORVENIR S.A.**, que no probaron el cumplimiento del deber de información al demandante en sus traslados horizontales.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó no recordar el proceso de afiliación a COLMENA en el año 1997, ni cuál fue la información que recibió por parte de esa AFP; dijo que tampoco ha recibido algún tipo de asesoría por parte de **COLPENSIONES**, indicando que quiere trasladarse al RPM porque la confianza que tiene en los fondos privados es totalmente nula; frente a la afiliación con **SKANDIA** en el año 2002, dijo que tan solo recuerda que el formulario estaba en blanco; por otra parte, informó que en el año 2010 trabajaba en una compañía del Grupo Aval, en donde se afilió a **PORVENIR** por compromiso, sin recibir información sobre las diferentes modalidades que hay de pensión en el RAIS, ni de los requisitos que debe cumplir para pensionarse, o que tendría la posibilidad de hacer aportes voluntarios, tampoco los asesores le informaron que para regresar al RPM debía ser 10 años antes de cumplir la edad para la pensión de vejez, ni sobre los rendimientos financieros, o qué pasaría con el dinero en caso de que falleciera. (min. 24:42 archivo “23Audioaudiencia041223”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las demandadas, y se confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del demandante, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del

trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante **LIBARDO ANTONIO PESCA RODRÍGUEZ**

del RPM al RAIS con COLMENA AIG hoy **PROTECCIÓN S.A.**, efectivo a partir del 01 de octubre de 1997 y sus subsiguientes traslados horizontales a **SKANDIA S.A.** el 01 de abril de 2002, a ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 01 de junio de 2003 y a **PORVENIR S.A.** el 01 de mayo de 2010, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los valores trasladados por **PORVENIR S.A. SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.** e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación del demandante en el RPM, sin solución de continuidad, y a actualizar su historia laboral, una vez reciba todos los dineros que deben reintegrar las AFP demandadas.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.27-2020-00330-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de las partes contra la sentencia del 15 de agosto de 2023, que declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y la empresa **D&G HOLDING S.A.S.**, condenó al pago de cesantías, indemnización por la no consignación de las mismas y costas y absolvió de todas las pretensiones a **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**. (min. 40:26 archivo “22AudienciaArticulos7780”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivo “01Demanda”)**

GINA PAOLA ALONSO CASTILLO llamó a juicio a la sociedad **D&G HOLDING S.A.S** y el señor **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**, como propietario del establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo; en consecuencia, obtener el pago de la indemnización por mora en el pago de cesantías e intereses desde el 15 de febrero de 2016, primas de servicio y vacaciones.

Como fundamento fáctico, indicó que ingresó a laborar el día 22 de agosto de 2015, bajo un contrato de trabajo verbal, desempeñando el cargo de supervisión y administración de personal, bajo la subordinación

del señor **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO** y EDILIA GIRALDO VELAZCO, prestando sus servicios en el establecimiento comercial BLUE BUNNY MODELS y pactándose como salario la suma de \$2.500.000; posteriormente, en el año 2018 fue vinculada a **D&G HOLDING S.A.S.**, pactándose un salario de \$2'832.460 y teniendo un salario final para el año 2020 de \$3'384.796. Para finalizar, comentó que para el día 17 de julio de 2020 se le informó la cancelación del contrato sin justificar el motivo de la terminación.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (pág. 11 a 17 archivo “13ContestacionDemanda”).**

D&G HOLDING S.A.S y **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO** se opusieron a todas y cada una de las pretensiones. Manifestaron ser parcialmente ciertos los hechos 1 y 3 de la demanda, aceptando la existencia de un contrato de trabajo verbal con la sociedad entre el 12 de enero de 2018 al 17 de julio de 2020. Indicaron que no son ciertos los demás hechos y formularon las excepciones de transacción, pago parcial e inexistencia de la obligación y cobro de lo debido.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 17:54 archivo “22AudienciaArticulos7780”)

El 15 de agosto de 2023, el Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre la señora GINA PAOLA ALONSO CASTILLO como trabajadora y la sociedad D&G HOLDING S.A.S. como empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente entre el 12 de enero de 2018 y el 17 de julio de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada sociedad D&G HOLDING S.A.S., a pagar a la señora GINA PAOLA ALONSO CASTILLO la suma de \$6'033.590 por concepto de cesantías, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada sociedad D&G HOLDING S.A.S., a pagar a la señora GINA PAOLA ALONSO CASTILLO la suma de \$51.200.000 por concepto de la indemnización por la no consignación de las cesantías, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada D&G HOLDING S.A.S. en la suma de \$7'000.000 como agencias en derecho a favor de la demandante. QUINTO: ABSOLVER de las pretensiones al demandado JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia. (...)”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si entre la señora **GINA PAOLA ALONSO CASTILLO** y el señor **JORGE DANIEL ORTIZ** propietario del establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS y la sociedad **D&G HOLDING S.A.S.** como empleadores, existió un contrato de trabajo que estuvo vigente entre el 22 de agosto de 2015 y el 17 de julio de 2020, en virtud del cual la demandante se desempeñó en el cargo de supervisora y administradora de personal.

Para resolver, la Juez indicó que está plenamente demostrado que existió un contrato de trabajo entre la empresa **D&G HOLDING** y la demandante desde el 12 de enero de 2018 hasta el 17 de julio de 2020, tiempo que el representante legal de la sociedad y la testigo EDILIA GIRLADO coinciden en que la demandante prestó sus servicios para la empresa, además que son las fechas indicadas en la liquidación de prestaciones sociales aportada por la demandante al expediente y desde el 12 de enero del 2018 se constituyó la personería jurídica de la demandada, por lo que de manera alguna podría concluirse que el contrato de trabajo existió con la persona jurídica con anterioridad a dicha data.

Con respecto al periodo de tiempo comprendido entre el 22 de agosto de 2015 al 11 de enero de 2018, señaló que no hay prueba de la prestación personal del servicio de la demandante en beneficio del señor **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**, pues si bien el demandado aceptó que su actividad comercial fue la misma que la de la persona jurídica entre el 2015 a 2018, que antes de la constitución de la empresa estaba inscrito en la cámara de comercio como persona natural y que ya funcionaba el establecimiento de comercio, también lo es que el demandado argumentó en su interrogatorio de parte que entre los años 2015 a 2018 solo existió con la demandante un contrato de arrendamiento de equipos, lo que coincide con el testimonio de la señora EDILIA GIRALDO, quien también indicó que entre los años 2015 a 2018 la demandante prestaba sus equipos y realizaba mantenimientos de los mismos en el establecimiento de comercio del propiedad del demandado y si bien el señor NESTOR MAURICIO DIAZ dijo que le consta que la demandante prestó sus servicios desde el 2016 hasta el 2018 dentro de

la agencia de **JORGE DANIEL ORTIZ**, también lo es que no le consta las particularidades de la presunta relación de trabajo, pues del testimonio se extrae que fue la demandante quien lo contrató para que realizara actividades relacionadas con las modelos de la agencia y no le consta al testigo si las actividades de la demandante eran remuneradas, si cumplía un horario, o si él era retribuido por el demandado o por la misma accionante, lo que se suma a los escasos elementos de juicio aportados por MARTHA LILIANA DAZA y LINA LIZETH ALONSO, solo obrando como prueba una propuesta de trabajo realizada por la demandante al señor **JORGE DANIEL ORTIZ** en la que se incluyó el préstamo de equipos de cómputo y su mantenimiento, así como el reclutamiento y selección de personal de las modelos, documental que consiste en una oferta mercantil para realizar unas actividades de las cuales se iba a beneficiar el señor **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**, pero no obra prueba alguna de la materialización de esa oferta mercantil y si bien la demandante y el demandando en sus interrogatorios indicaron que entre los años 2015 a 2018 el pago se hizo a través de cuentas de cobro que presentaba la demandante, al expediente no fue aportada ninguna de ellas, adicional a que aun si se hubiesen perfeccionado las actividades reseñadas en la oferta mercantil, no se puede verificar que la demandante tenía la obligación de estar de manera permanente en la empresa y de cumplir órdenes u horarios, pues todas las actividades que estaban descritas en la misma se podían realizar de manera independiente o autónoma.

Acto seguido, pasó a verificar la procedencia de las pretensiones condenatorias de la demanda, aclarando que la demandada no formuló la excepción de prescripción y teniendo en cuenta para el respectivo cálculo un salario base mensual de \$3'000.000, de acuerdo a la liquidación de prestaciones sociales, rubro corroborado por la testigo EDILIA GIRALDO en su declaración. Dijo, que como quiera que la demandada aportó la liquidación de prestaciones sociales del periodo laborado entre 2018 a 2020, documento firmado por la demandante, quien en su interrogatorio aceptó que recibió el pago y que la suma corresponde a lo dispuesto por la ley según los cálculos del despacho, no procede condena contra **D&G HOLDING** por el pago de primas de

servicio, intereses de cesantías, ni vacaciones, pues ya se efectuó el mismo; situación, que señaló, no ocurre con las cesantías, pues si bien tal documento demuestra su pago, conforme al artículo 254 del CST, al efectuarse el pago directamente por el empleador a la finalización del contrato, no afiliar a la demandante a una administradora de cesantías y no consignar su valor año tras año, pierde el valor pagado directamente a la trabajadora por los periodos durante el 12 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2019, pues las únicas cesantías que se podían pagar directamente a la fecha de finalización eran las proporcionales del año 2020, emitiendo condena en favor de la demandante por concepto de cesantías de los años 2018 y 2019.

De igual, condenó a **D&G HOLDING** por la indemnización por la no consignación de las cesantías, en la medida que la demandada no demostró la consignación a una administradora de cesantías y no probó las razones que justificara tal omisión, concluyéndose que actuó de mala fe.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación, en relación con la no declaratoria de existencia del contrato de trabajo desde el 22 de agosto de 2015 hasta el 12 de enero del 2018, puesto que si bien los demandados afirmaron que había una relación comercial de arriendo de equipos, también es cierto que la carga de la prueba le competía a la empresa **D&G HOLDING** o en su momento al establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS, quienes debían desvirtuar que no existía una relación laboral y que más allá de existir un contrato comercial por arrendamiento de equipos, esa relación no cumplía con los elementos del contrato de trabajo, pues las declaraciones del señor **JOGE DANIEL** y de la señora EDILIA GIRALDO no aportaron elementos que demostraran que la demandante no prestaba sus servicios al establecimiento de comercio a órdenes de **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**, quien aceptó que existió una relación laboral, pero luego indicó que solamente era un arriendo de equipos, por lo que se debe tomar el contexto de la declaración de aquellos, ya que eran los que tenían la carga de la prueba de demostrar que no existía ese contrato de

trabajo verbal y que el arrendamiento era solo comercial, en razón a que cuando se arriendan equipos, se entiende que se entrega un bien y a cambio se recibe una remuneración, lo cual no era la esencia del caso y que además, la demandante tenía a su cargo las funciones que declararon los testigos, tan así que el mismo demandado en interrogatorio aceptó que la demandante sí cumplía unas funciones, pero luego hizo esfuerzo para negar esa aceptación. (min. 41:53 archivo “22AudienciaArticulo7780”).

A su turno, la apoderada de los **DEMANDADOS** interpone recurso de apelación, indicando que existió un contrato laboral durante los años 2018 a 2020, pero este era por prestación de servicios, pues nunca hubo una subordinación, ni cumplimiento de horario, por lo que la demandante no demostró la existencia del contrato donde se realizaran los tres elementos del mismo y, por otro lado, que el demandado de buena fe presentó y pagó la liquidación a la demandante, quien pudo haberse negado a firmar. (min. 48:18 archivo “22AudienciaArticulo7780”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y se declare que la demandante trabajó de forma continua desde el 22 de agosto 2015 hasta el 17 de julio de 2020, fecha en la que fue despedida sin justa causa y se acceda a las pretensiones de indemnización, reiterando los argumentos expuestos en la alzada. No hubo pronunciamiento de la parte **DEMANDADA**.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si entre la demandante, **GINNA PAOLA ALONSO CASTILLO** y el demandado, **JORGE DANIEL ORTIZ**

GIRALDO, propietario del establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS, existió una verdadera relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, durante el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 2015 y el 12 de enero de 2018, en tal caso, verificar la procedencia de las prestaciones económicas reclamadas en la demanda durante dicho interregno de tiempo, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En la sentencia de primera instancia, la Juez *a quo* declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante **GINNA PAOLA ALONSO CASTILLO** y la empresa **D&G HOLDING S.A.S.**, vigente entre el 12 de enero de 2018 al 17 de julio de 2020, condenó a la sociedad demandada al pago de cesantías, indemnización por la no consignación de las mismas y costas y absolvió de todas las pretensiones al señor **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**.

Contra la anterior decisión ambas partes interpusieron recurso de apelación. La inconformidad del apoderado de la **DEMANDANTE** esencialmente radica en la negativa de la *a quo* en acceder a la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre el 22 de agosto de 2015 al 12 de enero de 2018. Por su parte, la apoderada de la parte **DEMANDADA** señala que en el presente caso existió un contrato de prestación de servicios insubordinado y que la pasiva actuó de buena fe al entregar y pagar la liquidación de prestaciones sociales.

Procede entonces la Sala a resolver los recursos de apelación, de acuerdo a las siguientes consideraciones.

- **Acerca de la existencia del contrato de trabajo.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez,

el artículo 23 del CST establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos, existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

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

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

Y finalmente, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que para configurar la existencia de un contrato de trabajo no es indispensable la demostración plena de los tres elementos denominados esenciales en el referido artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues bastaría la demostración efectiva de la prestación del servicio es que para impartir condena en concreto las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las

consecuencias jurídicas que pretenden, tales como los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral y el tiempo suplementario si se alega, y demás hechos que se enarbolan como causa de las pretensiones demandadas (SL Rad.42167 y SL3126 de 2021).

- **CASO CONCRETO.**

En el presente asunto, el distanciamiento entre las partes esencialmente radica en la existencia o no de un contrato de trabajo, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal de la demandante, quien indica dentro del escrito inaugural que el día 22 de agosto de 2015 comenzó a laborar al servicio de **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO** y EDILIA GIRALDO VELAZCO, prestando sus servicios para el establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS, desempeñando el cargo de Supervisión y Administración de personal, ejerciendo sus funciones de manera continua y atendiendo las órdenes del empleador, igualmente, que devengó un salario inicial de \$2.500.000; mientras que el accionado se opone al afirmar que existió una relación comercial regida bajo un mero *“alquiler de equipos de cómputo, relacionados con hardware y software, WEB cams, cableado y redes entre otras actividades derivadas de la transmisión de datos”*, indicando además, que por dicho suministro de *hardware y software* se transó con la demandante la suma de \$8.500.000.

Bajo tal óptica, y conforme a los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales señalados con antelación en esta sentencia, debe verificarse el caso concreto y así determinar si en efecto, existió una relación de índole laboral y no comercial, y en ese sentido, por expresa orden del artículo 167 del CGP, aplicable por analogía en materia laboral, se procede al análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos.

Dentro de las documentales aportadas y relevantes para el objeto de estudio tan solo se cuenta con la propuesta de servicios de alquiler de *hardware y software*, presentada por la demandante al señor **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**, de fecha 15 de julio de 2015, dentro de los cuales se encuentra el alquiler de equipos de cómputo, *web cams HD*, mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos, creación de red, adecuación y actualización de *software*, iluminación, reclutamiento,

selección y contratación de personal, inducción y desenvolvimiento del personal y supervisión y monitoreo, verificándose que dicha propuesta cuenta con aceptación de ambas partes de fecha 22 de agosto de 2015 (pág. 1 a 5 archivo "05Pruebas").

En el curso del debate probatorio, se escuchó en interrogatorio de parte al demandado **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**, quien en lo pertinente indicó que la demandante no recibía órdenes, pues solo realizaba asesorías libremente, al igual que se encargaba de la parte técnica, actividad que realizaba esporádicamente, por lo que no cumplía un horario, que en el tiempo que la demandante no realizaba esas actividades él mismo se encargaba de ellas, pues era quien manejaba todo lo de la empresa; dijo que la actora realizaba una pequeña colaboración por la cual devengaba un sueldo de \$3.000.000, pues era su forma de colaborar ya que era su pareja y madre de sus dos hijos; asimismo, dijo que no existió un contrato escrito ya que todo era pactado de manera verbal, que la demandante no se encontraba afiliada a seguridad social, en razón a que la demandante ofrecía sus servicios para afiliarse a las modelos y de las ganancias que le quedaban, ella misma se pagaba su seguridad social. Comentó, que durante los años 2015 a 2017 él solo se dedicó a impulsar la agencia, tiempo durante el cual la demandante arrendó los equipos de cómputo. Por último, señaló que está registrado en cámara de comercio como persona natural desde el año 2015 y para el año 2018 se constituyó la empresa **D&G HOLDING**, aclarando que desde 2015 realiza la misma actividad para la cual se constituyó la sociedad (min. 31:32 archivo "25AudienciaArticulo80").

A su turno, la demandante **GINA PAOLA ALONSO CASTILLO** rindió interrogatorio de parte, en el cual dijo que no solamente arrendaba equipos de cómputo al demandado, pues también prestaba servicios de monitoreo, asesoría, capacitación, formación, entrevistas y vigilancia, aperturas de negocios internacionales, escribía los manuales bajo los cuales se rige la empresa y cuidaba del inmueble, cumpliendo un horario de lunes a domingo de 7 am a 2 am, recibía órdenes de **JORGE DANIEL** y estaba en comunicación constante con las modelos, por lo cual pasaba cuentas de cobro, tanto por el arrendamiento de los equipos, como por los otros servicios que prestaba y recibía quincenalmente los pagos; que

en el año 2015 ambas partes firmaron un contrato de prestación de servicios o de arrendamiento, más no de trabajo, porque para esa época era una empresa nueva y el demandando se negó a formalizar su situación laboral, pese a que ella siempre realizó las mismas actividades tanto para el establecimiento como para la empresa, que durante los años 2015 a 2018 no solicitó el pago de prestaciones en razón a que se le decía que como contraprestación no se le cobraba arriendo en el lugar donde vivía con sus hijos; agregó, que durante el horario del trabajo ella pagaba una niñera para el cuidado de sus hijos (min. 46:10 archivo “25AudienciaArticulo80”).

De la misma manera, se recepcionó el testimonio de la señora EDILIA GIRALDO VELAZCO, madre del demandado **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**, quien indicó que funge como asistente de contabilidad y socia de **D&G HOLDING S.A.S.** desde su creación en el año 2018, pero que no tiene vínculo administrativo con la empresa, ni permanece allí, que la demandante trabajó en la empresa realizando asistencias de monitoreo a las modelos *web cam*, actividad que realizó durante los años 2018 a 2020 de manera esporádica, sin cumplimiento de un horario y sin recibir órdenes, que la demandante vivía en la misma dirección donde funciona la empresa, pues mantenía un relación sentimental con su hijo y tiene dos hijos con él; señaló que no le consta en qué horario realizaba su labor la demandante pues no vivía allí, que por el trabajo realizado se le pagaba un salario de \$3'000.000 y no recibía prestaciones sociales; de otro lado, dijo que desde el año 2015 y hasta el año 2018 la demandante y el demandado tenían un contrato verbal de arrendamiento de unos computadores, periodo durante el cual la actora se afilió a la seguridad social como independiente. Para finalizar, señaló que durante los años 2015 a 2018 su hijo **JOSE DANIEL ORTIZ** se dedicó a crear una empresa de modelos *web cam*, sin lograr resultados positivos, periodo durante el cual la demandante únicamente arrendó los computadores, recibiendo un pago quincenal de \$1.000.000, para lo cual entregaba cuentas de cobro, sin reconocimiento de prestaciones sociales (min. 2:42 archivo “25AudienciaArticulo80”).

La testigo MAGDA LILIANA DAZA AREVALO, cuñada de la accionante, a quien conoce hace más de 20 años, manifestó que le consta

que la demandante trabajó para BLUE BUNNY MODELS desde el año 2015, pues la visitaba alrededor de una vez al mes, que la demandante vivía en la misma propiedad donde funciona la empresa y trabajaba de lunes a domingo realizando diversas funciones allí, que representó a la empresa en una emisora radial y en un evento en México, además que participó en la creación de la empresa, pues adquirió un crédito bancario para la compra de los equipos de cómputo y otros elementos necesarios para realizar las actividades dentro de la empresa. (min. 1:25:35 archivo “25AudienciaArticulo80”).

La testigo LINA LIZETH ALONSO CASTILLO, hermana de la demandante, informó que entre la demandante y el señor **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO** primero existió una relación sentimental y luego, desde el año 2015 una relación laboral mediante un contrato verbal, el cual se desarrollaba en el mismo sitio de su vivienda y por el cual recibía una remuneración inicial que oscilaba entre \$2.000.000 a \$2.500.000, situación que le consta porque visitaba constantemente a su hermana y sobrinos en su casa, en donde siempre observaba a la accionante trabajando y cumpliendo diferentes funciones dentro de la empresa, tales como, administración del negocio, labores contables, administrativas, vigilancia y organización, entre otras, con un horario de lunes a domingo desde las 7 am a 2 o 4 am, sin recibir prestaciones sociales. (min. 1:39:40 archivo “25AudienciaArticulo80”).

Y, finalmente se escuchó al testigo NESTOR MAURICIO DIAZ, amigo de la demandante desde hace más de 10 años, dijo que conoce al demandado **JORGE DANIEL ORTIZ** porque laboró para la empresa BLUE BUNNY MODELS durante los años 2016 a 2018 como asesor de imagen, director de arte, maquillista y peinador mediante un contrato de prestación de servicios, señalando que desde que ingresó a trabajar la demandante ya hacía parte de la empresa, quien realizaba todas las funciones dentro de la empresa, las que ejecutaba de lunes a domingo en horarios rotativos, que el demandado y su señora madre eran quienes impartían las órdenes, que la demandante era quien le cancelaba su salario, desconociendo si aquella percibía un salario, si estaba afiliada a seguridad social o si le pagaban prestaciones sociales; por otro lado, señaló que la demandante vivía en el mismo lugar de trabajo y mientras

trabajaba sus hijos se encontraban a cargo de una niñera. (min. 2:01:34 archivo “25AudienciaArticulo80”).

Así las cosas, una vez estudiados los medios probatorios, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte de la demandante en favor del demandado **JORGE DANIEL ORTIZ**, pues es claro que la señora **GINA PAOLA ALONSO CASTILLO** prestó sus servicios de instalación y mantenimiento de *hardware* y *software*, así como de monitoreo, supervisión y reclutamiento, contratación e inducción de personal, en el establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS, de propiedad del demandado, ubicado en el barrio Santa Isabel de Bogotá, quedando entonces la demandante cobijada por la presunción contenida en el artículo 24 CST, por virtud del cual toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que se reitera, le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral, reubicándose la carga de la prueba en cabeza del extremo pasivo en los términos ya referidos.

En orden al estudio de la acreditación probatoria pertinente a cargo de la parte demandada, y como ya se ha venido exponiendo, al existir prestación personal del servicio por parte de la señora **GINA ALONSO** en favor de **JORGE ORTIZ**, propietario de BLUE BUNNY MODELS, a juicio de la Sala, el demandado no desvirtuó la presunción del artículo 24 del CST, pues en verdad no hizo mucho para probar que dicha prestación no se había dado en un ámbito de subordinación, que la accionante fuera autónoma al realizar sus labores y que no debía recibir órdenes para el desempeño de sus actividades.

Muy por el contrario, con las testimoniales practicadas, se logra colegir que entre las partes siempre existió una prestación personal del servicio, mediante la cual la demandante no solo arrendaba al accionado sus equipos de cómputo, sino que también desempeñaba las labores propias de la administradora del establecimiento de comercio, como se dijo, realizando actividades de monitoreo, supervisión y reclutamiento, contratación e inducción de personal, entre otras. Igualmente, se acreditó que la prestación del servicio era de forma personal y dependiente.

Nótese, las únicas pruebas tendientes a demostrar los supuestos de hecho sobre los cuales cimentó la pasiva su defensa consistieron en: **i)** el testimonio de la señora EDILIA GIRALDO, quien si bien es cierto informó que durante los años 2015 a 2018 entre las partes existía un contrato de arrendamiento de computadores, no es menos cierto que a la testigo nada le consta frente a las condiciones en que se desenvolvió aquella relación, pues según dijo, tan solo se encargaba de la contabilidad, nunca visitaba la empresa, ni vivía para ese momento en el lugar en el cual siempre ha operado el estudio, además, que de manera alguna pueda pasarse por alto que la deponente es la progenitora y socia del demandado y, **ii)** el interrogatorio de parte solicitado a la actora, sin que en ningún momento hubiere logrado el extremo demandado la confesión de la señora **GINA PAOLA ALONSO** acerca de la prestación autónoma e insubordinada, mucho menos ocasional.

Aunado, con la información suministrada por los deponentes se corroboró que la actora cumplía un horario de trabajo rotativo de lunes a domingo, incluso ejerciendo su labor durante altas horas de la madrugada y que sus servicios eran retribuidos.

Actuaciones las expuestas, que en definitiva confirman que entre la señora **GINA PAOLA ALONSO** y **JORGE DANIEL ORTIZ** existió un verdadero contrato de trabajo y no una relación netamente civil y/o comercial, como lo pretendía hacer ver el demandado en su defensa.

Ahora, quiso dejar ver el demandada que la prestación del servicio que aquí se discute no fue prestada de manera continua, alegando que la actividad fue esporádica; no obstante, aun cuando ello hubiese quedado acreditado en el curso del proceso, que no fue así, lo cierto es que la prestación del servicio transitoria, ocasional o accidental, de manera alguna desvirtúa la presunción que reviste la legislación laboral, resultando insuficiente tal circunstancia para desnaturalizar el vínculo de índole laboral que en el caso de marras ciertamente unió a las partes, demostrándose además en este asunto, de acuerdo al acervo probatorio recaudado, que tal contratación fue verbal e indeterminada.

En conclusión, un análisis en conjunto de todos los medios de prueba permite inferir, de forma razonable, que el accionado no logró desvirtuar de forma decisiva la presunción de existencia de contrato de trabajo, motivo por el cual desde ya se anuncia que se revocará el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar que entre la demandante, **GINA PAOLA ALONSO CASTILLO** y **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**, en calidad de propietario del establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS, existió un contrato de trabajo en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas.

Ahora, con relación a los extremos temporales del vínculo laboral, ciertamente no se tiene certeza de los mismos, sin embargo, debe recordarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los jueces del trabajo deben procurar desentrañar de los medios probatorios los extremos temporales de la relación laboral, que se podrían dar por establecidos en forma aproximada cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular o conceder los derechos laborales o sociales que legalmente le correspondan al trabajador (CSJ SL rad. 25580 de 2006, SL42167 de 2012, SL905 de 2013 y SL14032 de 2016, entre otras).

En ese sentido, conforme a la oferta mercantil aceptada por las partes el 22 de agosto de 2015, es dable concluir que a partir de dicha calenda la demandante comenzó a prestar el servicio de arrendamiento de equipos y supervisión y monitoreo a favor de **JORGE ORTIZ**, circunstancia que se acompasa al dicho del accionado, quien en su declaración señaló que desde el año 2015 se dedica a la actividad relacionada a la grabación de modelos *web cam*.

Y, en cuanto al día en que finiquitó el vínculo laboral, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a las declaraciones rendidas, la señora **GINA ALONSO** ejecutó la misma actividad de manera continua e ininterrumpida, inicialmente en favor de la persona natural, como propietario del establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS y, posteriormente, en favor de la persona jurídica **D&G HOLDING S.A.S.**,

representada legalmente por **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**. Sucede empero, que esta sociedad se constituyó el 12 de enero de 2018 (archivo “04Anexos”), fecha a partir de la cual nació el vínculo laboral entre la demandante y **D&G HOLDING S.A.S.**, situación que por demás no se encuentra en discusión.

Luego entonces, para la Sala es claro que la demandante prestó sus servicios a favor de **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO** en calidad de propietario de BLUE BUNNY MODELS, hasta el día 11 de enero de 2018.

En lo que respecta a la remuneración devengada, señaló la demandante que el salario se pactó en la suma de \$2.500.000; no obstante, del material probatorio recaudado no es posible establecer con mediana seguridad que tal monto fuese el acordado y percibido como salario durante toda la vigencia de la relación laboral, pues si bien de la lectura de la oferta mercantil y/o contrato aceptado por las partes el 22 de agosto de 2015 se podría inferir tal valor, lo cierto es que tal como lo informó la testigo EDILIA GIRALDO, durante los años 2015 a 2018 se pagaba a la demandante la suma quincenal de \$1.000.000, dicho al cual la Sala da suficiente certeza, en tanto aquella declarante indicó ser quien ha manejado la contabilidad de la empresa.

En consecuencia, para todos los efectos a que haya lugar, será la suma de \$2.000.000 la que se tendrá en cuenta como salario para los años 2015 a 2018.

Hechas las anteriores precisiones, se procede a resolver sobre las pretensiones condenatorias de la demanda.

- Primas de servicio y vacaciones.

Conforme la existencia del contrato de trabajo entre las partes y en la medida que la parte demandada no demostró como era su obligación procesal, pago alguno a la demandante por estos conceptos, se condenará al accionado **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO** al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero:

DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES

22/08/2015	31/12/2015	132	\$2.000.000	\$733.333	\$366.667
1/01/2016	31/12/2016	360	\$2.000.000	\$2.000.000	\$1.000.000
1/01/2017	31/12/2017	360	\$2.000.000	\$2.000.000	\$1.000.000
1/01/2018	11/01/2018	11	\$2.000.000	\$61.111	\$30.556
TOTAL				\$4.794.444	\$2.397.222

En tal sentido, se adicionará la sentencia de primer grado.

- Sanción por no consignación de cesantías.

Conforme lo dispuesto en la ley 50 de 1990, el empleador se encuentra obligado a consignar las cesantías de sus trabajadores en un fondo de cesantías, obligación que debe cumplir a más tardar el 15 de febrero del año siguiente de haberse causado esta prestación, o al momento de la terminación de la relación laboral.

Respecto la naturaleza de la precitada indemnización, la H. CSJ ha sido enfática en indicar que es sancionatoria, por tanto, su imposición no procede de forma automática sino previamente se debe acreditar la mala fe del empleador en el comportamiento omisivo, por tanto, si este aporta razones justificativas razonables y satisfactorias de su conducta no procede la condena, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 37.048 de 2012, SL6933-2016, SL4260-2020, SL859-2021, SL2886-2022, SL4311-2022, SL567-2023, entre otras.

Acorde con lo expuesto, solo es viable acceder al reconocimiento del concepto indemnizatorio, cuando el empleador, una vez establecido el incumplimiento de las obligaciones que dan lugar a la imposición de una sanción no esgrime circunstancias atendibles que indiquen que en tal omisión hubo buena fe, o cuando el Juez no encuentre circunstancias que dentro del proceso la hagan evidente, pues existen eventos atendibles que lo coloquen en la imposibilidad de cumplir las obligaciones que se encuentran a su cargo, y en ese evento, resultaría contrario a la lógica jurídica, sancionarla con el pago de indemnizaciones de la estirpe de la reclamada.

Aplicando las anteriores premisas al caso objeto de estudio, en principio debe partir la Sala por señalar que, en este caso específico, los demandados incumplieron con su obligación de consignar a favor de la

demandante sus cesantías en un fondo administrador, por lo que debe presumirse la mala fe en el impago de las mismas.

Ahora, considera la apelante que en el transcurso del proceso sí se demostró la buena fe de sus representados, en razón a que el señor **JORGE ORTIZ** presentó y pagó la liquidación de prestaciones sociales a su ex trabajadora, quien pudo haberse negado a firmar, pero no lo hizo así, verificándose que en efecto, la señora **GINA ALONSO** estampó su rúbrica en tal documento, en el que además se dejó constancia de la transacción acordada entre las partes (pág. 18 a 19 archivo “13Contestaciondemanda”).

Sin embargo, tal circunstancia por sí sola no eximía a la demandada de su obligación de consignar el valor liquidado por cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual de la trabajadora en el fondo de cesantías, menos aún demuestra que no actuara con negligencia o desinterés de no pagar; recuérdese que el trabajador no debe soportar la indiferencia del empleador en el reconocimiento de sus derechos, siendo que para la demandante, como única carga para hacerse acreedora de dicha sanción, correspondía tan solo demostrar la falta de pago, lo que ciertamente se encuentra probado y aceptado por los demandados desde su contestación.

Así entonces, al no acreditarse que el obrar de la parte pasiva estuvo ajustado a los postulados de la buena fe que se exigen para no correr con tal sanción moratoria, se colige entonces que no se encuentra justificada la mora en la consignación de las cesantías a la ex trabajadora, lo que de contera conlleva a la procedencia de la indemnización rogada en la demanda, tal como se concluyó en primera instancia, resaltándose que ningún reparo presentaron las partes frente al monto liquidado por la *a quo* por la condena impuesta por este concepto a **D&G HOLDING S.A.S.**, que lo fue por \$51.200.000, por lo que la misma será confirmada.

No obstante, se adicionará la sentencia en cuanto a condenar al demandado **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**, en calidad de propietario del establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS, a pagar a la

demandante por concepto de sanción por la no consignación de cesantías establecida en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la suma de \$46.066.667, así:

AÑO	DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	SANCIÓN POR NO PAGO DE CESANTÍAS
2015	15/02/2016	14/02/2017	360	\$ 2.000.000	\$ 24.000.000
2016	15/02/2017	11/01/2018	331	\$ 2.000.000	\$ 22.066.667
TOTAL					\$ 46.066.667

Aclarándose que, respecto de las cesantías proporcionales causadas entre el 01 de enero de 2017 al 11 de enero de 2018, no hay lugar a la referida sanción, por cuanto la obligación que se origina por la terminación del contrato no es la de consignar las cesantías en un fondo si no la de entregarlas al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios.

De esta manera se agota la competencia de segunda instancia por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por los abogados de las partes.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el **NUMERAL QUINTO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **DECLARAR** que entre la demandante **GINA PAOLA ALONSO CASTILLO** y el demandado **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**, en calidad de propietario del establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS, existió un contrato de trabajo, el cual tuvo como extremo inicial el 22 de agosto de 2015 y como extremo final el 11 de enero de 2018, en vigencia del cual la trabajadora devengó un salario de \$2.000.000, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** al demandado **JORGE DANIEL ORTIZ GIRALDO**

en calidad de propietario del establecimiento de comercio BLUE BUNNY MODELS, a pagar a la demandante **GINA PAOLA ALONSO CASTILLO** las siguientes sumas de dinero:

- a) \$4.794.444, por concepto de primas de servicios.
- b) \$2.397.222, por concepto de vacaciones.
- c) \$46.066.667, por concepto de sanción por la no consignación de cesantías del artículo 99 de la ley 50 de 1990.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.27-2021-00140-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 30 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la inexistencia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, declaró válida la vinculación a Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM y ordenó a **COLPENSIONES** a continuar recibiendo los aportes de la demandante (*min. 34:32, archivo “19AudienciaArticulo80”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

VIVIANA VASQUEZ RESTREPO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de traslado realizado al RAIS; en consecuencia, se ordene el traslado de aportes de **PORVENIR** a **COLPENSIONES**, junto con sus rendimientos, y a **COLPENSIONES** a activar la afiliación y a actualizar la historia laboral, junto con los condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que efectuó aportes pensionales al Instituto de Seguros Sociales hasta el 28 de febrero de 1997 (sic), fecha en que se dio un presunto cambio de régimen pensional; para el 28 de febrero de 1997 (sic) un asesor de **PORVENIR** la convence de realizar el traslado de régimen ocasional y sin conocer el procedimiento y las consecuencias, aceptó la misma y suscribió el formulario; días después, **PORVENIR** le remitió una copia del formulario con una firma incorporada que no corresponde a la suya, por lo que acudió a la AFP y manifestó que el formulario fue adulterado y solicitó la cancelación del cambio de régimen, ante la desconfianza generada por esta situación.

Manifestó que el 16 de marzo de 1999 PORVENIR le informó que se aprobó y efectuó el retracto del traslado; el 19 de marzo de 2013, **COLPENSIONES** emite un certificado de afiliación indicado que estaba vinculada a esa entidad como activo cotizante; no obstante, estando cerca de realizar el trámite para la pensión, encontró que aparecen semanas cotizadas en **COLPENSIONES**, pero aparece afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, motivo por el cual radicó reclamaciones a las demandadas, petición que respondió **PORVENIR** señalando que ya no está vinculada a esa entidad porque se anuló la afiliación, mientras que **COLPENSIONES** respondió que es afiliada activa de **PORVENIR**, señalando la necesidad que sea la Fiscalía quien determine que en efecto ese formulario fue adulterado; que presentó la denuncia la cual fue asignada a la FISCAL 415 DE LA UNIDAD DE FE PÚBLICA, cuya referencia es 110016000050202021738, donde aún está pendiente de trámite; finalmente, que presentó acción de tutela y **COLPENSIONES** no ha dado cumplimiento a la orden impartida (pág. 1 a 12, archivo “01Demanda”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación al ISS, la reclamación administrativa y la presentación de la acción de tutela. Señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para

regresar al RPM; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 3 a 41, archivo “10ContestacionColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación de la demandante con el Instituto de Seguros Sociales, el traslado de régimen pensional a través de esa entidad y su retractor, la reclamación presentada y radicación de la acción de tutela, expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *buena fe*, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y la innominada o genérica (pág. 5 a 9, archivo “13ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 34:32, archivo “19AudienciaArticulo80”)

El 30 de noviembre de 2023, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** inexistente el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la señora VIVIANA VASQUEZ RESTREPO a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. el 28 de febrero de 1999, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que la señora VIVIANA VASQUEZ RESTREPO se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES desde el 24 de agosto de 1986 sin solución de continuidad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que continúe recibiendo los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones de la señora VIVIANA VASQUEZ RESTREPO en calidad de ACTIVO COTIZANTE, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR PROBADA** la excepción de buena fe y **ABSOLVER** de la totalidad de las pretensiones de la demanda a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en la suma de \$3’000.000 como agencias en derecho a favor de la demandante...”*

Como sustento de su decisión la Juez expresó que la demandante empezó a cotizar para pensiones al ISS desde el 24 de agosto de 1986 y a pesar que aparentemente el 28 de febrero de 1999 suscribió un formulario de traslado de régimen pensional este nunca se materializó ni se hizo efectivo, dado que la misma AFP suspendió los trámites de vinculación y manifestó que esta fue anulada al existir inconsistencias con el citado formulario, además **COLPENSIONES** certificó en el año 2013 que la accionante es su afiliada y recibió la totalidad de cotizaciones que realizó la trabajadora. Y aunque posteriormente **COLPENSIONES** le indicó a la afiliada que debía realizar el trámite ante la Fiscalía General de la Nación para efectos de determinar la falsedad de la firma del documento, esto lo hizo 10 años después de estar recibiendo cotizaciones, por lo que dedujo que la entidad exigió requisitos que no le corresponden asumir a la afiliada. En consecuencia, concluyó que el acto de traslado, al no nacer a la vida jurídica, es inexistente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que la entidad en diversos pronunciamientos negó el traslado o el regreso de la demandante a ese Régimen, por lo que solicita se revise el caso para que se determine si ella tiene derecho a regresar al Régimen de Prima Media, o en su defecto, si realmente es inexistente ese traslado; señaló que no comparte la condena de costas dado que dicho fondo siempre ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y no adeuda suma alguna (*min. 34:32, archivo “19AudienciaArticulo80”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES** si bien solicitó la revocatoria de la sentencia, incluyó aspectos que no fueron expuestos al momento de la alzada.

Y el apoderado de la demandante intervino con el fin de que se confirme la sentencia de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas en última instancia la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si se configuró la inexistencia del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con **PORVENIR**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

- **Sobre la efectividad del traslado de régimen pensional y el derecho de retracto.**

Resulta pertinente mencionar que el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional se encuentra previsto en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; en el artículo 114 *ibídem*, que dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de

manera libre, espontánea y sin presiones; el artículo 271 de la misma Ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea; en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

En el Decreto 692 de 1994 reglamentó las afiliaciones al Sistema General de Pensiones y el traslado entre los regímenes pensionales existentes. A su vez, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, compilado en el 2.2.2.2.1. del Decreto 1833 de 2016, modificado por el Decreto 1813 de 2020, permite el derecho de retracto del afiliado en todos los casos de selección con el objeto de proteger la libertad de escogencia dentro del Sistema General de Pensiones, de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección. En el Decreto 1813 de 2020 se precisa que ese término inicia a partir de la fecha en la que se haya informado al afiliado de la validación de afiliación o traslado por parte de la administradora.

Por último, el artículo 12 del Decreto 692 de 1994, hoy compilado en el artículo 2.2.2.1.10 del Decreto 1833 de 2016, señala que cuando la vinculación no cumpla los requisitos mínimos establecidos, las administradoras deberán comunicarlo al solicitante y al respectivo empleador dentro del mes siguiente a la fecha de solicitud de vinculación, y si no se realiza ese requerimiento *“se entenderá que se ha producido dicha vinculación por haberse verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para el efecto”*.

CASO CONCRETO

En el presente asunto **VIVIANA VASQUEZ RESTREPO** cuestiona que, pese a que **PORVENIR** aceptó la desafiliación a ese régimen pensional, **COLPENSIONES** no ha reactivado su vinculación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Al revisar el expediente se acredita que **VIVIANA VASQUEZ RESTREPO** se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 24 de julio de 1985 (pág. 253, archivo “13ContestacionPorvenir”); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR** el 28 de febrero de 1999 (pág. 317, archivo “13ContestacionPorvenir”); **iii)** en escrito del 13 de marzo de 1999, la demandante le informó a **PORVENIR** que por correo interno de su empleador Texas Petroleum recibió copia de la afiliación No.01392250 a su nombre, sin que la firma corresponda a la suya, pese a que suscribió fue el formulario No.01392249, por lo que ante esta irregularidad optó por solicitar su desafiliación inmediata de ese fondo de pensiones ante la pérdida de confianza (pág. 3, archivo “02Pruebas”); **iv)** mediante comunicación del 16 de marzo de 1999, **PORVENIR** aceptó la petición de desafiliación y le informó a la accionante que no registra ningún tipo de aporte y le solicitó al empleador que realizara los aportes al fondo de pensiones inicial (pág. 5 y 7, archivo “02Pruebas”);

Posteriormente, el 06 de julio de 2010, **PORVENIR** certificó que **VIVIANA VASQUEZ RESTREPO** se encuentra afiliada a ese fondo de pensiones desde el 1° de abril de 1999 (pág. 9, archivo “02Pruebas”). A su vez, en comunicación del 19 de octubre de 2010 dicha AFP le informó Al Jefe del Departamento Nacional de Afiliación y Registro del Instituto de Seguros Sociales que “*en cumplimiento del Decreto Reglamentario 1161/94 Artículo 3 adjuntamos fotocopia de la carta de aceptación del desistimiento de la afiliada relacionada a continuación, lo anterior para que su entidad proceda nuevamente con la activación de la cuenta*” (pág. 39, archivo “02Pruebas”) y en escrito del 21 de octubre de 2010 se le indicó a la afiliada que si bien en marzo de 1999 se aceptó el desistimiento o retracto de la vinculación a ese régimen pensional, ese trámite no fue aplicado a la base de datos, por lo que se reportó la correspondiente

novedad en el SIAFP y los aportes fueron devueltos al ISS (pág.41 y 43, archivo “02Pruebas”)

Por su parte, **COLPENSIONES** el 19 de marzo de 2013 informó que la demandante se encuentra afiliada al RPM y su estado es activo cotizante (pág. 19, archivo “02Pruebas”).

En oficio del 02 de septiembre de 2019, **COLPENSIONES** le informó a **VIVIANA VASQUEZ RESTREPO** que la anulación del traslado realizada por parte de la AFP no es válida en la medida en que se requiere decisión de la Fiscalía General de la Nación dada la presunta falsificación de la firma en el formulario (pág. 25 a 26, archivo “02Pruebas”). **PORVENIR** el 08 de octubre de 2019 le reiteró a la accionante que la cuenta de ahorro individual fue anulada, situación que le informó a **COLPENSIONES** a través del SIAFP y que los aportes recibidos por concepto de pensión se giraron a ese fondo (pág. 29 a 30, archivo “02Pruebas”).

En sentencia de tutela de segunda instancia, del 31 de enero de 2020, la Sala Civil de esta Corporación ordenó a **COLPENSIONES** a pronunciarse sobre la solicitud de reactivación de la afiliación pensional incoada por **VIVIANA VASQUEZ RESTREPO** (pág. 37 a 42, archivo “11ExpedienteAdministrativo”). En cumplimiento de esa orden constitucional, **COLPENSIONES** emitió oficio el 18 de febrero de 2020 informando a la accionante que la solicitud de desistimiento “no estaba dentro de los términos señalados en la norma para hacer efectivo el retracto, por lo tanto, no hay lugar a realizar la anulación de su afiliación a Porvenir” (pág. 3 y 4, archivo “11ExpedienteAdministrativo”).

Un análisis de estas pruebas, junto con las demás medios de persuasión obrantes en el expediente, permiten evidenciar que en este caso el traslado de régimen pensional no se hizo efectivo y no se materializó en virtud de que **VIVIANA VASQUEZ RESTREPO** presentó solicitud de desistimiento el 13 de marzo de 1999, esto es 13 días después de firmada la vinculación al RAIS, al evidenciar dos formularios de vinculación, uno de los cuales no correspondía a su firma, situación fáctica que fue aceptada por **PORVENIR** el 16 de marzo siguiente cuando

optó por la desafiliación de la trabajadora a esa AFP, ante los reproches efectuados por aquella.

Si bien no se hizo la solicitud en los cinco (5) días siguientes a la selección del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (art. 3° Decreto 1161 de 1994), como lo alega **COLPENSIONES** en la respuesta a la acción de tutela y en la contestación de la demanda, nótese que el caso objeto de estudio no corresponde en estricto sentido al ejercicio del derecho de retracto, sino que la situación se generó a partir del 13 de marzo de 1999 cuando **VIVIANA VASQUEZ RESTREPO** encontró que su vinculación a la AFP estaba precedida de la existencia de dos formularios, uno de los cuales fue diligenciado de forma irregular al no tener su firma, lo que obligó a **PORVENIR** a revisar la vinculación en cumplimiento del artículo 12 del Decreto 692 de 1994, notificando tanto a la demandante como a su empleador de la aceptación de la desafiliación, para no soslayar el derecho a la libre escogencia en el Sistema General de Pensiones y así garantizar el cumplimiento de los requisitos legales en esa selección.

Al no surtir efectos la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, **PORVENIR** no debió recibir aportes pensionales a nombre de la demandante puesto que estos tenían que realizarse a **COLPENSIONES**, omisión que la entidad reconoció en comunicaciones del 19 de octubre de 2010 (*pág. 39, archivo “02Pruebas”*) y 21 de octubre de 2010 (*pág.41 y 43, archivo “02Pruebas”*), cuando reportó la respectiva novedad en el aplicativo SIAFP y giró los aportes al ISS por los periodos cotizados de abril de 1999 a junio de 2010 (*pág. 83, archivo “11ExpedienteAdministrativo” y pág. 319 a 322, archivo “13ContestacionPorvenir”*), los cuales se reflejan en la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** el 21 de septiembre de 2022 (*pág. 43 a 58, archivo “10ContestacionColpensiones”*).

En el citado documento aparece que algunos periodos fueron reintegrados por estar vinculada la actora a **PORVENIR** y a PROTECCIÓN, no obstante, sobre esta AFP los documentos adosados no dan cuenta de que la demandante haya estado vinculada a esa sociedad, sino únicamente a la AFP demandada. Incluso, el certificado SIAFP

expedido el 23 de septiembre de 2022 ratifica esta situación (pág. 317, archivo “13ContestacionPorvenir”).

Tampoco le asiste razón a **COLPENSIONES** cuando afirma que no se puede anular la afiliación hasta tanto la Fiscalía General de la Nación determine si la firma reprochada por la accionante es o no falsa, como quiera que es un asunto ya zanjado por la AFP **PORVENIR** quien aceptó la solicitud de desafiliación al advertir una irregularidad en el trámite de vinculación, circunstancia que no puede ser subsanada por las falencias administrativas de los fondos administradores de los regímenes pensionales accionados, uno por recibir las cotizaciones y el otro por no reactivar la afiliación en el RPM, pues fue la propia demandante quien, de forma oportuna, exteriorizó su deseo de no continuar con el trámite de traslado. En todo caso, **COLPENSIONES** no se encuentra legamente autorizada para realizar este tipo de exigencias a sus afiliados y si considera que la actuación de la AFP le generó algún perjuicio, se encuentra en libertad de ejercer las acciones indemnizatorias que estime convenientes.

Bajo ese escenario, el traslado de régimen pensional no se hizo efectivo, por lo que la actual situación jurídica de **VIVIANA VASQUEZ RESTREPO** respecto del sistema pensional es que se encuentra válidamente vinculada al Régimen de Prima con Prestación Definida, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

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

solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.29-2022-00009-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 31 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de todas las pretensiones. (*min. 20:04, enlace archivo "19ActaSentencia"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

GUILLERMO SUESCUN ALAPE llamó a juicio a **TRANSMASIVO S.A.** con el fin de que se declare que esta sociedad no pagó las horas extras laboradas desde el 8 de abril de 2007 hasta el 17 de enero de 2020, fecha de finalización de su contrato de trabajo, y, en consecuencia, se condene al pago de horas extras y se reliquiden las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, junto con la correspondiente indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que trabajó para la demandada **TRANSMASIVO S.A.** desde el 08 de abril de 2007 con un contrato a término indefinido; que sin haber clausurado el anterior contrato se

suscribió un nuevo contrato a término indefinido desde el 1° de septiembre de 2010 hasta al 17 de enero de 2020, fecha en la cual se dio por terminado su contrato sin justa causa; que cumplió con un horario de trabajo mayor a las 48 horas semanales de acuerdo con la bitácoras de programación y que el salario al momento de la suspensión del contrato (sic) era de \$2.048.000. (pág. 1 a 57, archivo “01Demanda”).

• CONTESTACIÓN DEMANDA

TRANSMASIVO S.A. se opuso a las pretensiones, aceptó la finalización del contrato manifestando que este obedeció a una justa causa y que el demandante prestó de manera personal el servicio, expresó que los demás hechos no eran ciertos y propuso las excepciones de *cobro de lo no debido*, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, prescripción, buena fe y la genérica (pág. 3 a 25, archivo “07ContestacionTransmasivoSA20220519”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 20:04, enlace archivo “25AudioAudienciaFallo”)

El 31 de julio de 2023, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante GUILLERMO SUESCUN ALAPE y la demandada TRANSMASIVO S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 04 de agosto de 2007 al 17 de enero de 2020, devengando como último salario la suma de \$1.914.000. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada TRANSMASIVO S.A. de las pretensiones formuladas en su contra. **TERCERO:** De no ser apelada la presente sentencia consultarse con el honorable Tribunal Superior de Bogotá. **CUARTO:** Sin condena en costas (...).

Como sustento de la decisión la Juez indicó que no se aportaron pruebas que certificaran que efectivamente el actor trabajó en horas extras. Sobre las bitácoras encontró que las mismas no fueron elaboradas ni autorizadas por el patrono, fueron desconocidas por TRANSMASIVO y,

por tanto, no se pueden tener como prueba, lo que impide contabilizar las horas extras reclamadas, puesto que no le es dable al juzgado hacer suposiciones o cálculos sin que tenga certeza de la existencia de todas estas. Frente a la terminación del vínculo contractual expresó que, si bien era un contrato de trabajo a término indefinido, el mismo finalizó por la terminación del contrato con Transmilenio, aspecto que tuvo en cuenta el Ministerio del Trabajo para autorizar el despido colectivo de 367 trabajadores; además que desde el inicio del vínculo contractual el trabajador conocía que esa circunstancia constituía una justa causa para terminarse su contrato.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de **GUILLERMO SUESCUN ALAPE** presentó recurso de apelación para que revoque la sentencia. Adujo que no se tuvieron en cuenta las bitácoras aportadas, que estas fueron las que directamente la empresa le entregó al trabajador donde le manifestaba y le comunicaba su horario, distinto es que la demandada lo quiera desconocer. Y si bien los testigos no pudieron contemplar el horario del demandante, tenían las mismas jornadas y les constaba que estaban a entera disposición del empleador.

Afirmó que en la resolución mencionada por el despacho se habla de que si los contratos eran a término indefinido había lugar al pago de la indemnización dado que el contrato no se terminó por culpa del trabajador sino por una causa ajena y basado básicamente en una cláusula abusiva que se presentó al comienzo del contrato; y si dependía de una concesión, no se debió haber generado un contrato a término indefinido sino un contrato de obra y labor (*min. 21:04, enlace archivo "19ActaSentencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de trabajo suplementario, en caso afirmativo la procedencia de la reliquidación de acreencias laborales y aportes a seguridad social, y la indemnización por terminación unilateral, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: *i)* entre **GUILLERMO SUESCUN ALAPE** y la sociedad **TRANSMASIVO S.A.** existió un vínculo laboral vigente entre el 04 de agosto de 2017 y el 17 de enero de 2020, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de operador de bus articulado (*pág. 360 a 373, archivo “07ContestacionTransmasivoSA20220519”*) *ii)* en Resolución 005278 del 09 de diciembre de 2019, el Ministerio de Trabajo autorizó a **TRANSMASIVO S.A.** a un despido colectivo de 367 trabajadores dada la terminación del Contrato de Concesión 016 de 2003 (*pág. 318 a 347, archivo “07ContestacionTransmasivoSA20220519”*); *iii)* Transmilenio S.A. le informó a **TRANSMASIVO S.A.** que la totalidad de la flota adscrita al contrato de concesión queda desvinculada del sistema Transmilenio a partir del 16 de enero de 2020 (*pág. 313, archivo “07ContestacionTransmasivoSA20220519”*); *iv)* y en comunicación del 17 de enero de 2020 el empleador dio por terminado el contrato de trabajo, aduciendo la finalización del contrato de concesión suscrito con Transmilenio S.A. (*pág. 385 y 386, archivo “07ContestacionTransmasivoSA20220519”*).

- **La carga de la prueba sobre trabajo suplementario y recargos**

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que corresponde al demandante acreditar, más allá de cualquier duda razonable, la real y efectiva prestación del servicio en los tiempos y condiciones que generan el pago de trabajo suplementario (horas extras) o recargos (nocturno, dominical o festivo), por cuanto la prueba de su generación no es dable mediante suposiciones, debiéndose determinar con precisión la cantidad de horas que por dichos conceptos están pendiente de pago (SL3009 de 2017 y SL939 de 2018, entre otras).

El artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, siendo ordinaria aquella jornada que inicia a las 6 de la mañana y termina a las 10 de la noche (art. 160 CST). A partir del 18 de julio de 2017, se redujo la jornada ordinaria hasta las 9 de la noche, en virtud de la Ley 1846 de 2017).

Por lo anterior, la parte que solicita el reconocimiento de dichos conceptos debe acreditar, de forma contundente, la prestación efectiva del servicio sobre la cual funda su solicitud de pago.

Descendiendo al caso bajo estudio, reclama el demandante que se reconozca el pago de dicho trabajo suplementario. Al punto, la carga de la prueba recaía en **GUILLERMO SUESCUN ALAPE**, quien debía acreditar haber laborado en horas extras durante la ejecución del contrato y por el periodo reclamado y que, a pesar de ello, los servicios no fueron remunerados con el porcentaje adicional.

La parte actora, en la alzada, menciona que se deben tener considerar las bitácoras y que los testigos dieron fe de las jornadas y

les consta que efectivamente el demandante estaba a entera disposición por parte del empleador.

Luego del análisis de las pruebas aportadas al expediente, la Sala confirmará la decisión absolutoria. Nótese que a pesar de que **GUILLERMO SUESCUN ALAPE** en su interrogatorio (*min. 4:40, enlace archivo "16ActaPruebas"*), así como los testigos José David Galeano León (*min. 05:05, enlace archivo "18ActaPruebasAlegatos"*) y Jorge Martínez Carrillo (*min. 36:12, enlace archivo "18ActaPruebasAlegatos"*), quienes manifestaron haber sido compañeros de trabajo del demandante, fueron coincidentes en afirmar que durante los tiempos de receso o amplitud que obedecía a un horario extendido por haber un bache en la programación, recibían ordenes no solo del personal de TRANSMASIVO, sino también de Transmilenio, sin embargo, también aceptaron que la prestación del servicio se hacía en turnos, de lo que se deduce que solo algunas veces coincidieron, por lo que los declarantes no pudieron conocer con detalle y precisión la labor que realizó el actor durante su jornada habitual de trabajo y menos en aquellos espacios de tiempo que el accionante menciona no le fueron retribuidos, lo que desvirtúa el planteamiento que realiza la recurrente en este aspecto.

En lo que si acertó la apoderada del demandante es en la calidad de prueba que se debe otorgar a las bitácoras anexadas a la demanda, pero únicamente aquellas que tienen logotipo de la compañía demandada. En efecto, los referidos documentos que reposan en las páginas 59 a 198 del archivo "*01Demanda*", contienen, además del logo de la empresa, la fecha, el nombre del demandante, la hora de inicio y finalización de la acción desarrollada, el lugar de inicio y finalización y la descripción específica de la actividad adelantada durante la secuencia de tiempo descrita en la bitácora.

Estos documentos, contrario a lo señalado por el *a quo*, no fueron desconocidos por **TRANSMASIVO** en la contestación de la demanda, según el artículo 272 del Código General del Proceso, y se

decretaron como prueba por el Juzgado de instancia en audiencia del 05 de diciembre de 2022 (min. 06:10, *archivo "13GrabacionAudienciaConciliacion"*), sin que el apoderado de la pasiva presentada oposición, por lo que se presumen auténticos en virtud del parágrafo del artículo 54A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sin embargo, el sólo aporte de esos documentos no garantizan la prosperidad de las pretensiones, en la medida en que resultaba fundamental precisar con claridad los tiempos laborados por el demandante en horario extraordinario que no fueron remunerados, en la medida en que en el expediente se aportaron comprobantes o recibos de nómina mes a mes a nombre del trabajador que dan cuenta que durante el periodo en que prestó el servicio se le liquidaron y pagaron sumas por concepto de horas extras diurnas y nocturnas, recargos nocturnos, recargos diurnos por dominicales y festivos (*pág. 389 a 397 y 426 a 555 archivo "036ContestacionDeDemanda", carpeta "C02Principal"*), lo que desvirtúa la falta de reconocimiento de estos conceptos como se sostiene en la demanda.

Y precisamente con los medios de persuasión incorporados y recaudados no se tiene certeza de esos tiempos adicionales laborados no remunerados para efectos de proceder a efectuar su estudio, carga de la prueba que le correspondía al demandante, aspecto que no fue objeto de confesión en el interrogatorio rendido por el representante legal de la compañía accionada (*pág. 05:12, archivo "Archivo "16ActaPruebas"*).

Ahora, tampoco se demostró que todos los tiempos de espera, de receso o amplitud fueran destinados exclusivamente a la prestación del servicio a favor del empleador, circunstancia que no les consta directamente a los testigos, precisamente por la dinámica de la labor que ejecutaron, y que se requería corroborar por cuanto el representante legal de **TRANSMASIVO** expresó que el trabajador debía estar disponible durante la jornada legal y cuando los conductores

terminaban su turno, podían realizar diligencias personales porque no recibían ningún tipo de indicación por parte de la empresa.

Por lo anterior, al no estar demostradas las horas extras adicionales laboradas por el demandante y que no fueron reconocidas por el empleador, es motivo suficiente para confirmar la sentencia recurrida.

- Sobre la terminación del contrato por obra o labor

Para resolver la controversia es pertinente señalar que con fundamento en el artículo 47 del CST, las partes pueden someter la duración del contrato de trabajo a término indefinido, en el entendido de que una vez concluya las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, el contrato de trabajo se disolverá legalmente.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley (SL3535-2015, SL 5262-2021, CSJ SL818-2022, entre otras).

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo – CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 de la misma norma sustantiva.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el

contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como se reafirmó en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que las partes celebraron un contrato de trabajo a término indefinido; en la Clausula Novena Parágrafo 2°, se estableció que no obstante haberse pactado el contrato a término indefinido, *“EL TRABAJADOR manifiesta que conoce y es consciente de que este contrato se celebra solo a causa de la concesión que TRANSMILENIO S.A. ha hecho a la empleadora para operar parte del sistema, siendo así que la labor para la cual se le contrató tiene como causa única el desarrollo de las necesidades del servicio durante la vigencia de la concesión, por lo que desde ahora acuerda con EL EMPLEADOR que el hecho de que la empresa TRANSMILENIO S.A., decida no renovar la concesión o terminarla por cualquier causa, así sea este imputable a la empleadora, este hecho será tenido como justa causa para la terminación del contrato de trabajo, sin que exista indemnización a cargo de ninguna de las partes”* (pág. 367 y 368, archivo “07ContestacionTransmasivoSA20220519”), cláusula que se mantuvo vigente en el tiempo y no fue objeto de modificación alguna, la cual no vulnera ningún derecho del trabajador pues se encausa en las particularidades previstas para este tipo de contrato, siendo facultad del empresario determinar los tipos de contrato que celebra con sus subordinados.

Del contenido literal del texto transcrito, la Sala entiende que el trabajador desde su suscripción sabía con certeza que su vinculación era con ocasión y causa del Contrato de Concesión 16 de 2003 suscrito entre la empresa TRANSMASIVO y TRANSMILENIO, pues la parte actora no probó la existencia de otro contrato adicional que existiera entre esas entidades, que permitiera realizar un análisis diferente.

Al revisar el expediente se acredita que el 30 de noviembre de 2019, se terminó la etapa de operación regular del Contrato de

Concesión 16 de 2003 (pág. 298, archivo “07ContestacionTransmasivoSA20220519”). Transmilenio S.A. en comunicación del 14 de enero de 2020 le informó a **TRANSMASIVO S.A.** que la totalidad de la flota adscrita al contrato de concesión quedaba desvinculada del sistema Transmilenio a partir del 16 de enero de 2020 (pág. 313, archivo “07ContestacionTransmasivoSA20220519”), luego al extinguirse el objeto y la causa que le dieron origen al contrato de trabajo, la empresa terminó unilateralmente el vínculo contractual que tenía con el demandante y así se lo informó en comunicación del 17 de enero de 2020 (pág. 385 y 386, archivo “07ContestacionTransmasivoSA20220519”), actuación que estaba en consonancia con la autorización de despido colectivo que realizó el Ministerio de Trabajo en Resolución 005278 del 09 de diciembre de 2019 (pág. 318 a 347, archivo “07ContestacionTransmasivoSA20220519”), sin que la parte resolutive de ese acto administrativo se condicionara el despido al reconocimiento de la indemnización.

Por tal motivo, pese a que la terminación del contrato se generó por una decisión unilateral del empleador, la misma se encuentra edificada en una justa causa, no sólo por lo pactado entre las partes en el contrato de trabajo, sino porque la causa y la materia que le dieron origen se extinguieron, no siendo procedente la indemnización del artículo 64 del CST, razón suficiente para confirmar la decisión de primer grado.

Sin costas en segunda instancia ante su no causación.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.30-2018-00668-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y el artículo 117 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia del 28 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 57:07, enlace archivo “21ActaAudiencia”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

LUIS OSWALDO MORANTES SABOGAL llamó a juicio a la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA - FUAC** para que se declare que goza de la garantía de fuero sindical; que a partir del 1° de agosto de 2018 le fue reducido el horario de trabajo a sólo 6 horas y, por ende, el salario, sin que se solicitara autorización al Juez del trabajo; en consecuencia, se condene a la restitución del horario que venía desempeñando para el mes de julio de 2018 y su respectivo pago de salario, prestaciones legales y convencionales, perjuicios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que en la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA - FUAC** hace presencia el Sindicato de Profesores de la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA**

DE COLOMBIA- FUAC – SINPROFUAC, del cual forma parte como miembro de la junta directiva en el cargo de secretario general, elección de la junta que se comunicó al Ministerio de Trabajo y a la demandada en septiembre de 2017; ingresó a la Fundación el 26 de enero de 1998 como docente al servicio del Departamento de Ciencias Naturales y Exactas en el programa de Contaduría Pública, para el mes de julio de 2018 su salario fue de \$2.706.354, a partir del 1° de agosto de 2018 el horario de clase se le disminuyó de 16 horas a 6 horas, sin justa causa, situación que constituye acoso laboral y violación a la libertad sindical; el 06 de septiembre de 2018 comunicó su inconformidad sobre la desmejora; el 30 de agosto de 2018 le consignaron \$2.029.765, esto es, un 33% de disminución, lo que perjudica su mínimo vital; finalmente que la demandada ha venido realizando actos de persecución sindical, tales como llamados a descargos por fuera de la convención colectiva, cambio de horario de trabajo, disminución del salario y demora en el pago de los derechos salariales y prestaciones (pág. 66 a 86, archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

En audiencia celebrada el 13 de septiembre de 2023, la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA- FUAC** se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia de la organización sindical, la calidad de aforado del demandante, su vinculación laboral con la Fundación y la petición presentada. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; compensación; cobro de lo no debido; mala fe del demandante y la genérica o innominada.

Adujo que en el contrato de trabajo no se pactó un número de horas cátedra, por lo que no se puede hablar de derechos adquiridos, no hubo reducción porque no existe obligación de asignar un número de horas determinadas, no se redujo el valor de la hora cátedra, tampoco hay lugar a la reinstalación convencional dado que las convenciones colectivas 1993-1994 y 1997-1998 no se encuentran vigentes (SL4324 de 2020). En gracia de discusión sostiene que tampoco hay lugar a la reinstalación, ya que la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la interpretación de

esta cláusula convencional (SL7807 de 2016) al establecer que la misma no prohíbe disminución y no dispone pago por no fijación de horas; además, que la Universidad se encuentra bajo medida de supervisión y vigilancia del Ministerio de Educación, lo que representó una disminución exponencial de estudiantes (*min. 07:19, enlace archivo “13ActaAudiencia”*).

A la citada vista pública compareció el representante del **SINDICATO DE PROFESORES DE LA FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA- FUAC – SINPROFUAC**, quien coadyuvó las intenciones del trabajador (*min. 43:11, enlace archivo “13ActaAudiencia”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 57:07, enlace archivo “21ActaAudiencia”*)

El 28 de noviembre de 2023, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO formulada por la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA, de las pretensiones incoadas en su contra por el señor LUIS OSWALDO MORANTES SABOGAL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. TERCERO: CONDENAR en costas al demandante a favor de la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA, Incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, que deberá pagar el demandante a la Fundación demandada. CUARTO: CONCEDER el grado Jurisdiccional de consulta ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, por resultar adversa la decisión a los intereses económicos del trabajador demandante (...). Sic.

Como sustento de la decisión el Juez indicó que está acreditada la calidad del demandante como trabajador en la Universidad demandada, la existencia de la organización sindical y la condición de miembro de la junta directiva del sindicato como secretario general. Que al revisar el expediente no existe prueba alguna que permita identificar el momento a partir del cual se modificó la intensidad horaria y la hora cátedra asignada al docente, y de las demás pruebas incorporadas, en especial de los desprendibles de nómina y el interrogatorio absuelto por el actor, no se evidencia desmejoramiento alguno en sus condiciones laborales, pues la designación de horas cátedra del docente se asignaron conforme

lo pactado en el contrato de trabajo, esto es, por la necesidad del área o del departamento académico de la universidad. Adicionalmente, atiende criterios objetivos tales como la disminución escolar, la intervención y vigilancia por parte del Ministerio de Educación, que ha impedido el normal desarrollo de las actividades, por tanto, la decisión de la Universidad no constituye desmejora y tampoco impide el ejercicio de las actividades sindicales, motivo por el cual los cambios del empleador no requerían autorización previa del juez del trabajo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la parte demandante no presentó recurso de apelación y la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

V. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **LUIS OSWALDO MORANTES SABOGAL** goza de la garantía de fuero sindical, en caso afirmativo si fue desmejorado en sus condiciones de trabajo, si la demandada debía solicitar autorización del Juez Laboral, si procede la restitución al cargo en las mismas condiciones que presentaba al momento de la desmejora, el reconocimiento de prestaciones legales, convencionales y pago de perjuicios, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

VI. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: *i)* **LUIS OSWALDO MORANTES SABOGAL** se vinculó

mediante contrato de trabajo con la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA- FUAC** a partir del 26 de enero de 1998, como profesor de hora cátedra, inicialmente a término fijo tiempo parcial y, posteriormente, a término indefinido a partir del 1° de noviembre de 2003 (*pág. 57, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*); **ii)** el trabajador, para el momento de los hechos, hacia parte de la junta directiva principal del Sindicato de Profesores de la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia “SINPROFUAC” como Secretario General, desde el 04 de septiembre de 2017 (*pág. 11, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*), actualmente ejerce el cargo de presidente del mismo sindicato, desde el 1° de julio de 2022 (*pág. 6, archivo “19RespuestaGrupoArchivo”*).

- Sobre el Fuero Sindical.

A fin de proteger el derecho de organización sindical, la normatividad sustancial laboral consagró la existencia de un fuero que protege a ciertos trabajadores por su importancia en la organización sindical, garantía que se elevó a rango constitucional en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991.

El artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define este fuero como la garantía a no ser despedido, desmejorado en sus condiciones de trabajo ni trasladado a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo. A su vez, el artículo 406 CST determinó cuales trabajadores están amparados, incluyendo los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, así como los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más. Sin embargo, la misma norma advierte que gozan de fuero sindical los servidores públicos, salvo aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

Sobre la naturaleza y finalidad del fuero sindical, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha precisado que dicho fuero garantiza la calificación judicial previa para despedir, desmejorar las condiciones de

trabajo o trasladar a otros establecimientos a aquellos trabajadores señalados en el artículo 406 CST (SL Rad. 15.013 del 27 de febrero de 2001), protegiendo y garantizando los derechos de asociación, de libertad sindical y negociación colectiva (SL5119 de 2018 y SL4818 de 2020). Por su parte, en la sentencia SL13275 de 2016, la misma Corte reiteró que el fuero procura evitar que el empleador perturbe indebidamente la acción legítima de los sindicatos reconocida constitucionalmente, de allí que se haya consagrado un proceso especial para solicitar autorización judicial previa para despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de trabajo de aquellos trabajadores aforados o para que, en caso de que dichas acciones hayan sido ya efectuadas sin la respectiva autorización, el trabajador pueda solicitar su reintegro.

Adicionalmente, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene que *“mientras exista nítidamente expuesta la causa del traslado, y el cambio de sitio de trabajo no sea de tal identidad que afecte o desmejore al empleado en las condiciones de trabajo, en su situación personal, social o familiar que han de determinarse para cada caso en particular, es dable entender que esa variación respecto a lo que inicialmente se había sometido al trabajador, obedeció al poder legítimo o facultad que tiene el empleador para ejercer el ius variandi, sin que ello implique de ninguna manera una modificación del contrato de trabajo ni violación del mismo y menos violación de derecho alguno, donde es el trabajador el que está sujeto a las conveniencias y necesidades razonables del patrono, y no el empleador a las comodidades o ventajas de su servidor u operario”* (SL 25.103 del 30 de junio de 2005).

Pero esa facultad de variar las condiciones iniciales de trabajo no puede ser ejercido de manera omnímoda y arbitraria, pues tiene sus límites en los derechos propios del trabajador, por lo que su ejercicio siempre ha de obedecer a razones objetivas y válidas, sean de orden técnico u operativo que lo hagan ineludible o, al menos, justificable (CSJ SL 44.155 del 26 de junio de 2012).

CASO CONCRETO

En este asunto no hay discusión de que **LUIS OSWALDO MORANTES SABOGAL** se encuentra vinculado como trabajador de la

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA- FUAC y goza de la garantía de fuero sindical por ser miembro principal, inicialmente como secretario general, desde el 09 de septiembre de 2017, y ahora como Presidente, desde el 1° de julio de 2022, del Sindicato de Profesores de la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia “SINPROFUAC” (artículo 406 del CST). El debate radica en si se acreditaron las causas objetivas suficientes para tener por desmejorado su cargo como profesor hora cátedra.

Al respecto, sostiene el actor que a partir del 1° de agosto de 2018 la Universidad le redujo la jornada de 16 horas cátedra a sólo 6 horas, lo que impactó su ingreso mensual, sin que existiera justa causa y tampoco permiso por parte del Juez Laboral.

En tal sentido, la carga de la prueba de demostrar la causal que considera le generó la desmejora le corresponde al trabajador y al empleador le corresponde desvirtuarla o que la misma no requería la autorización del juez de trabajo.

La finalidad del fuero sindical es impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador pueda perturbar indebidamente la acción legítima que la Constitución Política reconoce a los sindicatos (Corte Constitucional C-831 de 2000).

De los documentos aportados con la presente acción, se tienen como relevantes los recibos de nómina de mayo, junio y julio de 2018 que dan cuenta que el accionante recibió por salario la suma de \$2.706.354 (*pág. 54 a 56, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*) monto que se confirma con la certificación laboral expedida por el ente Universitario el 14 de junio de 2018 (*pág. 57, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*). Para la nómina de agosto de 2018 recibió \$2.029.765 y en septiembre de la misma anualidad \$2.458.271 (*pág. 53, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*). Sin embargo, los demás elementos de persuasión adosados por dicha parte no corroboran que el docente tuviera asignadas de forma permanente 16 horas cátedra, tampoco que para el segundo semestre del año 2018 las mismas hayan sido disminuidas a tan sólo 6 horas, como se indicó en la demanda.

Ahora, la parte demandada allegó los contratos de trabajo suscritos por el demandante, entre los que se destaca el celebrado a término indefinido a partir del 1° de noviembre de 2003 (*pág. 18 a 19, archivo “12Pruebas”*), donde se pactó que el salario corresponde a la hora cátedra que acredite haber dictado y cuyo objeto social se fijó en los siguientes términos:

“OBJETO: EL DOCENTE SE OBLIGA A PRESTAR A LA UNIVERSIDAD SU SERVICIO PERSONAL COMO DOCENTE **EN LOS DÍAS Y HORAS QUE PARA TAL FIN LE SEAN SEÑALADAS POR EL DEPARTAMENTO, UNIDAD ACÁDEMICA O FACULTAD DE CIENCIAS NATURALES Y EXACTAS O CULQUIER OTRO SIMILAR**”. Resaltado por la Sala.

El anterior documento fue incorporado como prueba, sin que la parte actora lo haya desconocido en su oportunidad procesal, por lo que la información allí contenida se presume como cierta (parágrafo art. 54A CPTSS). En la siguiente tabla se resume la información:

AÑO	HORAS CÁTEDRA SEMANALES	
	PRIMER PERIODO	SEGUNDO PERIODO
2018	16	14
2019	20	8
2020	14	10
2021	8	8
2022	9	9
2023	8	

Del análisis de estas pruebas, junto con las demás obrantes en el expediente, para la Sala es claro que desde la suscripción del contrato de trabajo el demandante tenía plena certeza que la labor a desempeñar como docente no estaba condicionado a un número mínimo de horas cátedra, sino que eran fijadas por las condiciones mismas del sistema educativo y de acuerdo con los requerimientos de la unidad académica, así también se infiere de su interrogatorio (*min. 02:04:34, enlace archivo “13ActaAudiencia”*). Por eso, una asignación menor de horas en cada periodo no es indicativo de una desmejora de las condiciones laborales del trabajador, como se planteó en la demanda. Al contrario, la variación

de las horas obedece a la ejecución propia del contrato, circunstancia que no requiere de intervención judicial para su materialización.

Aunque para el segundo periodo académico del año 2018 representó una disminución de dos horas cátedra respecto del primer periodo de ese año, no existen, siquiera de forma sumaria, elementos que permitan derivar o relacionar que dicha actuación fue realizada con el fin de soslayar el derecho a la libertad sindical del trabajador o alterar las actividades del sindicato o su existencia misma.

En gracia de discusión, la parte actora tampoco demostró en el juicio que esa disminución corresponda a un comportamiento permanente y reiterado del empleador y que se presentaron actos de persecución sindical, verbigracia, llamados a descargos, demora en el pago de salarios y actos constitutivos de acoso laboral¹ (estos últimos se debieron ventilar a través de la acción especial prevista en la Ley 1010 de 2006).

Además, la disminución de las horas cátedra a partir de 2020 pudo ocurrir por la situación económica de la entidad educativa y la disminución del registro estudiantil, lo que generó la intervención del Ministerio de Educación Nacional, aspecto de público conocimiento. En efecto, el referido Ministerio, mediante Resolución No.005766 del 06 de junio de 2019, adicionada por medio de la Resolución No.006211 del 13 de junio siguiente, ordenó medidas preventivas y de vigilancia especial para la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA – FUAC**, con el fin de promover la continuidad del servicio, el restablecimiento de la calidad, el adecuado uso de las rentas o bienes de la institución de educación superior, entre ellas, dispuso el reemplazo del representante legal de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia S.A. por medio de la Resolución No.007402 del 12 de julio de 2019. Igualmente, la intervención administrativa tiene como fin lograr, entre otros objetivos, cesar el impago de acreencias laborales y prestaciones de los trabajadores, garantizar el adecuado funcionamiento de la institución de educación superior, la prestación continua del servicio y supervisar la implementación de correctivos que permitan solventar situaciones

¹ Hechos 9 y 22 de la demanda.

críticas de orden jurídico, económico, contable, administrativo o de calidad (artículo 8° Ley 1740 de 2014), intervención que a la fecha permanece vigente, según lo señaló el apoderado de la demandada.

Teniendo en cuenta que la presunta desmejora no se edificó sobre el incumplimiento de alguna norma convencional en específico, la Sala se releva del estudio de dichos acuerdos.

Bajo ese escenario, es evidente que no se desmejoró el contrato de trabajo del empleado amparado con fuero sindical, por lo que no se dan presupuestos para la procedencia de esta acción, motivo suficiente para confirmar la sentencia absolutoria.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 32 2022 00248 01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, contra la sentencia del 23 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a **COLPENSIONES** a reliquidar la pensión de la demandante en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, ordenó el pago del retroactivo de las diferencias pensionales a favor de los sucesores procesales, desde el 15 de junio de 2019 al 24 de mayo de 2023 por valor de \$31.738.139.50, por prosperar parcialmente la excepción de prescripción y condenó al pago de la indexación de cada diferencia (min. 57:58, archivo “15AudienciaTramiteJuzgamiento20231123”).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** con el fin de que se condene al pago de la

reliquidación de la pensión de vejez, según el Acuerdo 049 de 1990; en consecuencia, se ordene el pago de las diferencias, intereses moratorios o indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico señaló que el 21 de junio de 2002 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez al Instituto de Seguros Sociales- ISS, quien mediante Resolución 025922 del 18 de octubre de 2002 le otorgó la prestación a partir del 1° de noviembre de 2002, en cuantía inicial de \$1.117.603, con un IBL de \$1.773.973 y una tasa de reemplazo del 63%, acto administrativo modificado por medio de la Resolución 026104 de 10 de septiembre de 2004, donde se incrementó la mesada a \$1.184.417. Sin embargo, que la demandada no tuvo en cuenta las semanas cotizadas con la Universidad de Córdoba entre el 22 de enero de 1974 al 30 de abril de 1975 y con la Universidad Social Católica de La Salle del 1° de febrero al mes de mayo de 1982, por lo que considera tener derecho a una tasa de reemplazo del 84%, siendo agotada la reclamación administrativa el 07 de junio de 2008 (*pág. 4 a 12, archivo “01Demanda”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el reconocimiento pensional, la reliquidación de la prestación y la reclamación administrativa, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación*; cobro de lo no debido; buena fe de Colpensiones; prescripción; no procedencia de intereses moratorios; prescripción; compensación; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (*pág. 2 a 15, archivo “07ContestaciónColpensiones”*).

Durante el transcurso del proceso ocurrió el fallecimiento de **SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE** (24 de mayo de 2023, *pág. 7, archivo “12SolicitudSucesionProcesal”*), por lo que en audiencia del 23

de noviembre de 2023 se reconoció como sucesores de la demandante a Ricardo Enrique Uribe Galeano y Sonia Patricia Uribe Galeano, en su condición de hijos (min. 2:30, archivo “15AudienciaTramiteJuzgamiento20231123”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 57:58, archivo “15AudienciaTramiteJuzgamiento20231123”)

El 23 de noviembre de 2023, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de no procedencia de intereses moratorios, **PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 15 de junio de 2019 y **NO PROBADAS** las demás excepciones formuladas por la demandada, conforme a las consideraciones expuestas. **SEGUNDO: DECLARAR** que la demandante SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE tenía derecho a la reliquidación de su primera mesada pensional, para lo cual se tendrá como ingreso base de liquidación la suma de \$1.767.787, como tasa de reemplazo el 84% y una mesada inicial al 1° de agosto del año 2002 en cuantía de \$1.484.941.00. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES a pagar a los señores SONIA PATRICIA y RICARDO ENRIQUE URIBE GALEANO, sucesores procesales de la demandante SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE, el retroactivo de las diferencias pensionales entre la mesada reconocida y la mesada reliquidada causados entre el 15 de junio de 2019 y el 24 de mayo de 2023 en cuantía de \$31.738.139.50. Se autoriza a la demandada a descontar de dicho retroactivo el porcentaje de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud que le correspondían a la pensionada y así mismo se dispone que dicho retroactivo se cancele debidamente indexado desde la fecha de causación de cada una de las diferencias pensionales hasta el momento de su pago definitivo. **CUARTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada COLPENSIONES y a favor de los sucesores procesales de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la entidad pública demandada, remítase al superior en el Grado Jurisdiccional de Consulta.”. Sic.

Como sustento de la decisión el Juez señaló que conforme con el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es posible la acumulación de tiempos públicos laborados y semanas cotizadas en el ISS para la reliquidación de la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990. En tal sentido, señaló que en los actos administrativos que definieron el reconocimiento de la pensión de

vejez y su reliquidación a la demandante le acreditan un total de 1.064 semanas, sumadas las cotizadas en el ISS y los tiempos prestados a favor de la Universidad de Córdoba del 27 de octubre de 1977 y el 4 de febrero de 1982.

Sin embargo, advirtió que con la demanda se allegaron certificados *Cetil* que dan cuenta de la prestación de sus servicios en la Universidad de Córdoba entre el 22 de enero de 1974 y el 1° de mayo de 1975, del 27 de octubre de 1977 al 16 de agosto de 1978 y del 17 de agosto de 1978 al 4 de febrero de 1982. Respecto del periodo de 1974 y 1975 señaló que los mismos no aparecen cotizados, pese a que la entidad aportó al ISS y reportó las correspondientes novedades, por lo que son tiempos a reconocer al igual que los causados entre febrero a mayo de 1982.

En total la demandante acredita 1.170 semanas, por lo que dedujo que cumple los requisitos para ordenar la reliquidación bajo el Decreto 758 de 1990, correspondiéndole una tasa de remplazo del 84% sobre un IBL de \$1.767.787, lo que arroja como mesada inicial \$1.484.941, declarando prescritas las diferencias generadas entre el 1° de agosto de 2002 y el 15 de junio de 2019.

Y atendiendo que la pensionada falleció el 24 de mayo de 2023, ordenó pagar el retroactivo de las diferencias causadas entre el 15 de junio de 2019 y el 24 de mayo de 2023, por valor de \$31.738.139.50 a sus sucesores procesales, Ricardo Enrique y Sonia Patricia Uribe Galeano, negando los intereses moratorios, concediendo la indexación de cada una de las diferencias y autorizando los descuentos por aportes a salud.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación para que se reconozcan intereses moratorios. Adujo que no se encuentra acreditado el principio de la buena fe para absolver a la demandada de dicho reconocimiento y que tampoco se puede utilizar el cambio de jurisprudencia como quiera que la misma demandada

reconoce que desde el año 2020 hubo una corrección de postura de la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, sostiene que hay tiempos acreditados con el certificado Cetil y otros con los pagos respectivos al antiguo ISS, por lo que considera que no es procedente culpar de todo al cambio jurisprudencial (*min. 01:01:03, archivo “15AudienciaTramiteJuzgamiento20231123”*).

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Adujo que atendiendo los postulados de la Corte Suprema de Justicia (SL1947-2020 y 1981-2020) no se deben tener en cuenta los tiempos públicos para un incremento pensional, sino únicamente para el reconocimiento del derecho. Además, que se hicieron varias reliquidaciones a lo largo del tiempo, sin que existan valores a reconocer (*min. 01:04:55, archivo “15AudienciaTramiteJuzgamiento20231123”*)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de las partes reiteraron los argumentos elevados en el recurso.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la **NACIÓN**, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66^a y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad

Social, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante dejó causado el derecho a obtener la reliquidación de su pensión vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 y la procedencia de intereses moratorios, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales y jurisprudenciales para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE** (q.e.p.d.) nació el 20 de julio de 1947 (*archivo “GRP-DDI-PB-2014_3739546-20140514161322”, carpeta “08ExpedienteAdministrativo”*) y falleció el 24 de mayo de 2023 (*pág. 7, archivo “12SolicitudSucesionProcesal”*); **ii)** el ISS hoy **COLPENSIONES** le reconoció a la actora pensión vejez mediante Resolución 025922 del 18 de octubre de 2002, en cuantía inicial de \$1.117.603, a partir del 1° de noviembre de 2002, con un IBL de \$1.793.973, en virtud del régimen de transición, bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 (*pág. 16, archivo “02Anexo”*); **iii)** la demandante presentó solicitud de reliquidación de pensión ante el ISS el 13 de junio de 2003, entidad que por medio de la Resolución 026104 del 10 de septiembre de 2004 reconoció la pensión prevista en la Ley 100 de 1993, por favorabilidad, fijando como cuantía inicial \$1.184.417, un IBL de \$1.767.787 y tasa de reemplazo del 67%, tomando en cuenta 1.064 semanas (*pág. 18 a 21, archivo “02Anexo”*); **iv)** el **ISS** por medio de la Resolución 000451 del 08 de enero de 2009, negó la reliquidación aduciendo que el tiempo laborado con la Universidad de Córdoba del 22 de enero de 1974 al 1° de mayo de 1975 no se tenía en cuenta dado que la información contenida en la certificación laboral no coincidía con la obrante en el expediente administrativo (*pág. 11 a 15, archivo “02Anexo”*); **v) y SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE** (q.e.p.d.) cotizó en el ISS 870.71 semanas

(archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_2331-20220811065031”, carpeta “08ExpedienteAdministrativo”).

- **Sobre la reliquidación de la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990.**

La Corte Constitucional en sentencias T 090 de 2009, T 398 de 2009, T 583 de 2010, T 093 de 2011, T 334 de 2011, T 143 de 2014, SU 769 de 2014, SU 057 de 2018, SU 317 de 2021 y SU 273 de 2022 ha establecido la posibilidad de acumular aportes públicos y privados con el fin de acreditar los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia a partir de las sentencias SL1947 de 2020 y SL1981 de 2020, cambió su línea jurisprudencial en el sentido de establecer que los beneficiarios del régimen de transición pueden obtener la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, contabilizando semanas cotizadas o tiempos de servicios no cotizados con empleadores públicos y servicios cotizados con empleadores privados, criterio que ha sido reiterado en sentencias SL185 de 2021, SL2061-2021, SL3484-2022 y SL387-2023, entre otras. Por ende, si un afiliado beneficiario del régimen de transición reúne los requisitos de pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin importar si son semanas por servicios públicos o privados, sufragadas o no a una caja, tiene derecho a la aplicación de dicha normativa y a la tasa de remplazo conforme al artículo 20 *ibidem*.

Igualmente, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que dicho criterio también es aplicable a las reliquidaciones pensionales según el régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990 (SL2557-2020, SL2061-2021, SL3801-2021, SL1078-2023, entre otras).

En el presente caso no está en discusión que **SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE** (q.e.p.d.) fue pensionada inicialmente por el ISS hoy **COLPENSIONES** en virtud de los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, mediante

Resolución 025922 del 18 de octubre de 2002, acto administrativo que posteriormente fue modificado por la Resolución 026104 del 10 de septiembre de 2004, concediéndole a la demandante la prestación por vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en aplicación del principio de favorabilidad, lo que generó una reliquidación al establecer como mesada inicial \$1.184.417 a partir del 1° de noviembre de 2002, IBL de \$1.767.787, tasa de reemplazo del 67%, tomando en cuenta 1.064 semanas (*pág. 18 a 21, archivo “02Anexo”*).

Teniendo en cuenta los referidos actos administrativos y al revisar la documental incorporada al expediente, para la Sala es claro que la actora acreditó la efectiva prestación del servicio ante entidades de carácter público, como en empresas de carácter privado, aportes de estos últimos que fueron depositados en el ISS.

En efecto, de acuerdo con el Certificado de Información Laboral expedido por la Universidad de Córdoba el 18 de mayo de 2009, **SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE** (q.e.p.d.) laboró al servicio de esa entidad como docente para los periodos de 22 de enero de 1974 al 1° de mayo de 1975, 27 de octubre de 1977 al 16 de agosto de 1978 y 17 de agosto de 1978 al 04 de febrero de 1982, periodos que no fueron cotizados a ninguna caja de previsión social, por lo que son tiempos a cargo del respectivo empleador (*pág. 37 a 46, archivo “02Anexo”*).

Sin embargo, para efectos del reconocimiento pensional el Instituto de Seguros Sociales sólo tomó los dos últimos periodos laborados, correspondientes a 27 de octubre de 1977 al 16 de agosto de 1978 y 17 de agosto de 1978 al 04 de febrero de 1982 (1538 días, 219.71 semanas), por lo tanto, le asiste derecho a la pensionada a que el tiempo transcurrido entre el 22 de enero de 1974 al 1° de mayo de 1975 (464 días, 66.28 semanas) también se sumen a las semanas cotizadas y consignadas en la historia laboral. Resulta oportuno aclarar que en el reconocimiento pensional el ISS aceptó como válidas 844 semanas cotizadas a ese fondo, pese a que en la historia laboral actualizada le aparecen 870.71. En total, reúne un total de 1.156,71 semanas.

Respecto del tiempo reclamado como laborado a favor de la Universidad Católica de La Salle (1° de febrero de 1982 al 31 de mayo de 1982), se allegaron certificaciones laborales expedidas por la referida Universidad que dan cuenta de la efectiva prestación del servicio por este periodo (*pág. 47 a 49, archivo “02Anexo”*). De los demás documentos aportados por la parte actora no hay claridad si el empleador realizó los respectivos aportes. Sin embargo, al corresponder a 4 meses de cotización, estos no le incrementan la tasa de reemplazo aplicable, por lo que **COLPENSIONES** queda en libertad de adelantar las acciones de cobro que estime pertinentes para efectos de validar estos tiempos y que sirvan para financiar la prestación que se reconoce.

Por tanto, en aplicación del criterio jurisprudencial reseñado, es viable reliquidar la pensión de vejez de la demandante conforme al Acuerdo 049 de 1990 (artículo 20 Título II del citado Acuerdo), en un 84% del IBL al acreditar 1.156 semanas, lo que desvirtúa el argumento de apelación de **COLPENSIONES** y lo señalado por la misma entidad en los citados actos administrativos y en la contestación, por cuanto no es cierto que la Corte Constitucional en sentencia SU 769 de 2014 haya introducido efectos hacia futuro (*ex nunc*) frente a los beneficiarios de la acumulación de tiempos públicos y privados para fines pensionales en virtud del Acuerdo 049 de 1990 y, además, debe recordarse que existe precedente de la Corte Suprema de Justicia donde se ha señalado la viabilidad de la reliquidación de la mesada pensional en supuestos fácticos similares.

Como quiera que no hubo controversia con el IBL obtenido por el ISS (\$1.767.787), la mesada pensional reliquidada a partir del 1° de noviembre de 2002 asciende a la suma de \$1.484.941, motivo por el cual se confirmará este apartado de la sentencia de primera instancia.

Previo a establecer los valores a reconocer es necesario efectuar pronunciamiento sobre la excepción de prescripción.

- **Sobre la excepción de prescripción**

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

Así las cosas, el derecho a reclamar las diferencias pensionales objeto de esta acción nació a partir del reconocimiento pensional, pues en ese momento **SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE** (q.e.p.d.) estaba plenamente facultada para demandar ese acto administrativo y obtener el pago de las diferencias no pagadas oportunamente. En este caso, la primera petición donde se reclamó de forma concreta el reajuste del monto pensional fue la solicitud radicada por la accionante el 13 de junio de 2003, resuelta por medio de la Resolución 026104 del 10 de septiembre de 2004 (*pág. 18 a 21, archivo “02Anexo”*), sin que se haya interpuesto recurso alguno.

Por tal motivo, al interrumpirse válidamente la prescripción, a partir de 2004 la demandante contaba con tres años para radicar la acción para no sufrir los efectos de este fenómeno, circunstancia que solo ocurrió el 15 de junio de 2022 (*archivo “04ActaReparto9961”*), es decir, más allá de los 3 años que establece la norma, por lo que resultan prescritas las diferencias por mesadas pensionales causadas entre el 1º de noviembre de 2002 hasta el 14 de junio de 2019.

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

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes

se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

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

No obstante, se advierte que inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tenía definido que cuando se reclama el reajuste o reliquidación de las mesadas pensionales no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios, pues ellos están reservados para los casos en los que existe mora en el pago de la totalidad de las mesadas.

En sentencia dictada el 3 de septiembre de 2003, rad. 21027 (criterio reiterado en sentencias SL 2415-2019 y SL 278-2020), esa alta Corporación precisó que los intereses moratorios sólo proceden cuando existe mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando se reclama el reconocimiento de este estipendio por un reajuste o reliquidación de la misma, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Sin embargo, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, en sentencia SL3130-2020, recogió el criterio definido con anterioridad y estableció que los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, también proceden cuando se ordena la reliquidación de una pensión, en cuanto la obligación de las

entidades administradoras no es solamente pagar a sus afiliados de manera puntual las mesadas pensionales, sino también reconocerlas de manera íntegra, cabal y completa. Postura reiterada en providencias SL2843-2021, SL3975-2022 y SL1069-2023, entre otras.

Sobre este último criterio, el ponente de esta decisión manifiesta que se aparta de la tesis acogida por el órgano de cierre de esta Jurisdicción, por cuanto del claro contenido del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se advierte que esta sanción solo procede cuando existe mora en el pago de las mesadas. La lectura de dicha norma no permite realizar interpretaciones adicionales para incluir otras situaciones dentro del reconocimiento de este derecho, como ocurre cuando se debe pagar un valor adicional sobre una mesada previamente reconocida y pagada, ya sea porque se ordena la reliquidación por una liquidación incorrecta o por la norma aplicable para definir el derecho, o porque se define, con base en un cambio de jurisprudencia, la procedencia de la inclusión de otros factores para reajustar la prestación.

A juicio de la Sala, la sanción que impone esta norma a las administradoras de pensiones está relacionada con la omisión en el pago de la prestación en el momento que corresponde, no con eventuales valores adicionales que no se hayan incluido inicialmente y que con posterioridad se definan en virtud de un reajuste, pues la mesada inicial y respecto de la cual se causa la obligación de pago en su momento, ha sido previamente cancelada, lo que sería argumento suficiente para confirmar la decisión de primer grado.

Sin embargo, también resulta oportuno rememorar que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que los intereses moratorios proceden de manera automática por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, salvo algunas excepciones, en casos como: *“i) cuando se trata de prestaciones pensionales consolidadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; iii) cuando las*

actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; vi) cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y vii) cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa” (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL2414 de 2020, entre otras).

En el presente caso, es claro que la reliquidación se reconoce con ocasión del cambio jurisprudencial, por lo que se configuró también una excepción a la imposición de los intereses moratorios.

Por las anteriores razones no procede en este proceso la condena al pago de intereses moratorios sobre el valor de las diferencias generadas por la reliquidación de la pensión de vejez, lo que descarta el planteamiento de la parte actora. En consecuencia, se confirmará en este punto la sentencia.

Sin embargo, se advierte que el valor del retroactivo que se genere por las diferencias pensionales causadas entre el 15 de junio de 2019 y el 24 de mayo de 2023, las deberá efectuar **COLPENSIONES** o determinar el *a quo* en su oportunidad procesal, pues se desconoce la fecha en que se pagará la prestación económica indexada, por lo que se modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia. Además, los dineros deben ser puestos a disposición de la masa sucesoral de **SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE** (q.e.p.d.), en la medida en que no se tiene certeza que quienes comparecieron a este juicio como sucesores procesales sean los únicos beneficiarios a acceder a esta prestación.

Por otra parte, se confirmará la providencia en cuanto se autorizó a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud, conforme los artículos 143 de la Ley

100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2425 de 2019, SL4964 de 2020, SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1781 de 2022, entre otras.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los **ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de la masa sucesoral de **SONIA CECILIA GALEANO DE URIBE** (q.e.p.d.) las diferencias en mesadas pensionales que se generen entre el 15 de junio de 2019 y el 24 de mayo de 2023, debidamente indexadas, tomando como IPC inicial el del mes en que se generó cada diferencia y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago, autorizando a dicha entidad a descontar del retroactivo el valor correspondiente por aportes a salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.33-2021-00499-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 07 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **JHON RAUL RAVE VALENCIA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y a **COLPENSIONES** a recibir el traslado de las sumas, activar la afiliación del demandante y a actualizar la historia laboral (*min. 24:18, archivo “24AudienciaSentenciaParte02”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JHON RAUL RAVE VALENCIA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se condene a la AFP **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y sumas adicionales, y a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado, validar los aportes e incorporarlos en la historia laboral, junto con las condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 24 de diciembre de 1963, se afilió al ISS desde el 1° de noviembre de 1984, donde cotizó 469 semanas; en mayo de 1994 un asesor de la AFP **COLFONDOS** lo persuadió para que se trasladara hacia el régimen privado, sin indicarle las consecuencias de dicho traslado; presentó solicitud ante las demandadas para obtener el traslado de régimen pensional, petición que fue negada y que en **PORVENIR** la mesada ascendería a \$1.806.300 mientras que en el RPM sería de \$9.612.201 (*pág. 1 a 17, archivo “02Demanda”*)

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones elevadas en su contra. Aceptó la presentación de la petición, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*; actos de relacionamiento; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; el demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos 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 de seguro –

gastos de administración; buena fe y la genérica (pág. 3 a 17, archivo “06ContestacionSkandiaLlamamiento”). Llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (pág. 53 a 60, archivo “06ContestacionSkandiaLlamamiento”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones, expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; falta de legitimación de la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al RAIS; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por **COLFONDOS S.A.**; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (pág. 2 a 18, archivo “07ContestacionColfondos”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas y la petición presentada, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 3 a 42, archivo “08ContestacionColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas y la solicitud presentada ante esa AFP, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 2 a 25, archivo “09ContestacionPorvenir”).

Mediante providencia del 17 de noviembre de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por **PROTECCIÓN S.A.** y se admitió el llamamiento en garantía contra **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo “12AutoDaContestadaAdmiteLlamamiento”). Sin embargo, en auto del 07 de noviembre de 2023 se declaró ineficaz dicho llamamiento (archivo “17AutoDeclaraIneficazLlamamiento”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 24:18, archivo “24AudienciaSentenciaParte02”)

El 07 de febrero de 2024, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada a JHON RAUL RAVE VALENCIA, identificado con la cédula de ciudadanía 70.517.071, afiliado el 10 de mayo de 1994 a COLFONDOS. **SEGUNDO: DECLARAR** que JHON RAUL RAVE VALENCIA, actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR, fondo actual del demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de JHON RAUL RAVE VALENCIA a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de JHON RAUL RAVE VALENCIA, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante. **QUINTO: CONDENAR** a PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que justifique esos descuentos. **SEXTO: CONMINAR** a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la anterior declaración. **SÉPTIMO: DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia. **OCTAVO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES. Agencias en Derecho quedan así: a cargo de PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR 1,5 SMLMV a cargo de cada una y en favor de la parte demandante, a cargo de COLPENSIONES 1 SMLMV y en favor de la parte demandante...”

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio al afiliado al momento del traslado es al fondo de pensiones, y que para el presente caso de los documentos aportados no se advierte que al

demandante se la haya informado las consecuencias que traía trasladarse de un régimen a otro, y del interrogatorio del actor no hubo confesión, por lo que advirtió que es procedente la declaratoria de ineficacia.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLFONDOS** expresó que la devolución de gastos de administración y seguros provisionales de invalidez es inoperante para esa AFP teniendo en cuenta que las mismas ya fueron utilizadas de conformidad con la ley y en atención a que esos dineros ya no hacen parte de su haber, la destinación se cumplió y se tradujo en los rendimientos, los cuales no pueden ser obviados por las administradoras; que imponer indexación constituye una doble sanción por un mismo hecho, pues en ningún caso se causó un detrimento patrimonial a la parte actora y a **COLPENSIONES**; la devolución de estos conceptos, constituye un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES**, quien no administró dichos recursos; solicita no se condene en costas, dado que la entidad está dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 797 de 2003, pues la demandante superó la edad mínima requerida para acceder el traslado de régimen pensional (*min. 27:00, archivo “24AudienciaSentenciaParte02”*).

La apoderada de **SKANDIA** solicitó la revocatoria de la condena por la devolución de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, debidamente indexados. Adujo que estos rubros son expresamente autorizados por la Ley para la adecuada administración de la cuenta de ahorro individual, la demandante se benefició de dicha gestión al incrementar los recursos depositados en su cuenta y a su vez tener cubiertos los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que la AFP cumplió con su deber legal y, por tanto, solicita se tenga en cuenta la teoría de las restituciones mutuas; además, que ordenar la indexación con recursos propios sería causarle un perjuicio económico al fondo de pensiones; y que los rendimientos compensan cualquier rubro por indexación (*min. 29:01, archivo “24AudienciaSentenciaParte02”*).

El apoderado de **PORVENIR** reclamó la revocatoria total de la sentencia, al advertir que si bien existe un precedente jurisprudencial emanado de la Corte Suprema de Justicia, la misma Corporación ha determinado que este no se debe aplicar de forma homogénea a todos los asuntos donde se solicita la nulidad o la ineficacia de la filiación por el incumplimiento del deber de información y en este caso se realizó su traslado de manera voluntaria e informada, de conformidad con la normatividad vigente para ese momento; las condiciones, ventajas y características del régimen pensional se encuentran contenidas en la Ley 100 de 1993 por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información entregada por la AFP; además, que como consumidor financiero, el accionante debía actuar con medida de diligencia lo cual suponía por lo menos la obtención de una información suficiente sobre el acto jurídico que está adoptando; al trasladarse los rendimientos generados en el RAIS debe aplicarse la teoría de las restituciones mutuas para que se reconozca los gastos en que incurrió la AFP en la administración de los recursos; sostiene que no es procedente la devolución de las sumas de seguros previsionales dado que son valores que no se encuentran en su poder, sino en las correspondientes aseguradoras. Respeto de la indexación considera que constituye una doble condena, toda vez que el traslado de los rendimientos compensa cualquier pérdida del poder adquisitivo (*min. 32:42, archivo “24AudienciaSentenciaParte02”*).

Y la apoderada de **COLPENSIONES** indicó que para el momento en que se presentó la demanda, la accionante se encontraba en la prohibición legal de traslado por edad; que es desproporcional imponer la carga a **COLPENSIONES** de recibir al afiliado, afectando la sostenibilidad del sistema pensional dado que el presunto engaño causado por los asesores de la AFP no se probó; y solicita desestimar la condena en costas teniendo en cuenta el artículo 48, inciso 5, de la Constitución Política y el artículo 365 del Código General del Proceso (*min. 36:20, archivo “24AudienciaSentenciaParte02”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la doctora Lorena Paola Castillo Soriano, identificada con C.C. No. 1.032.505.290 y T.P. No. 404.442 del CSJ, allegó documental que la acredita como apoderada judicial de la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien a su vez actúa como apoderada principal de **PORVENIR**, motivo por el cual se le reconoce dicha condición para actuar en esta instancia.

La UNION TEMPORAL W&WLC UT allegó documental que la acredita para actuar como apoderada principal de **COLPENSIONES**, poder que sustituyó al doctor Juan Pablo Melo Zapata, identificado con C.C. No. 1.030.551.950 y T.P. No. 268.106 del CSJ, a quien se le reconoce dicha condición en esta instancia.

Los apoderados de **PORVENIR**, **COLFONDOS**, **COLPENSIONES** y **SKANDIA** en el escrito de alegatos reiteraron los argumentos expuestos en la alzada, para obtener la revocatoria de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS**, la procedencia de la devolución de gastos de administración debidamente indexados y la condena en costas, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) JHON RAUL RAVE VALENCIA** nació el 24 de diciembre de 1963 y se afilió al ISS para el periodo de octubre de 1984 (*pág. 19 y 110, archivo “02Demanda”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con **COLFONDOS** el 10 de mayo de 1994, con efectividad desde el 1° de junio siguiente, luego se trasladó a **SKANDIA** el 07 de noviembre de 2006, posteriormente a **PROTECCIÓN** el 1° de octubre de 2008 y finalmente a HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 29 de octubre de 2009, donde permanece vinculado actualmente (*pág. 19 a 21, archivo “07ContestacionColfondos”*).

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

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino*

que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

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

sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

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

Y el demandante en el interrogatorio indicó que la empresa llevó un asesor de la AFP, quien le llenó el formulario, le dijo que lo firmara porque la empresa había autorizado que fuera directamente con esa entidad y que ese fondo no iba a desaparecer del mercado, sin que le brindara información adicional, por lo que no hubo confesión en este aspecto y dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por **COLPENSIONES** y **PORVENIR** en los recursos de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que este caso no trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento formulado en la alzada por **COLFONDOS, SKANDIA** y **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Además, la ineficacia del traslado de régimen pensional obliga a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a corregir y actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que genera que las **AFP DEMANDADAS** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el

eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y frente a la inconformidad formulada por **COLPENSIONES** y **COLFONDOS** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto que se reconozca solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 36-2023-00049-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 15 de enero de 2024, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR** (min. 43:42 archivo “19Audiencia15012024”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 11 archivo “01DemandaAnexos”).**

HÉCTOR GUEVARA PACANCHIQUE solicitó declarar la ineficacia de su traslado al RAIS, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso. Como fundamento fáctico, indicó que cotizó al ISS entre el 02 de mayo de 1983 al 31 de agosto de 1994, trasladándose al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** a partir de septiembre de 1994, afiliación que se llevó a cabo de manera desinformada, por lo que el 28 de noviembre de 2022 radicó petición ante **COLPENSIONES** solicitando la ineficacia de traslado de régimen, petición negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, admitió la afiliación al ISS y el agotamiento de la reclamación

administrativa. Expresó que no le constan o no son ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de responsabilidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (pág. 2 a 21 archivo “10ContestacionColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó la radicación de derecho de petición y negó todos los demás hechos. Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 3 a 30 archivo “11Contestacionporvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 35:04 archivo “19Audiencia15012024”).

El 15 de enero de 2024, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por HECTOR GUEVARA PACANCHIQUE del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 1°. de agosto de 1994, a través de la AFP COLPATRIA S.A hoy PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, Así como entregar el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A Liquidense como agencias en derecho con la suma de un millón de pesos (\$1.000.000). SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S (...)”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si es viable declarar ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el aquí demandante el 18 de julio de 1994, y si a consecuencia de ello, **PORVENIR** debe trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que haya recibido con motivo de la afiliación del aquí demandante, si **COLPENSIONES** debe recibir la afiliación sin solución de continuidad, lo que resulte probado ultra extra *petita* y las costas y agencias en derecho.

Para resolver, indicó que para la fecha del traslado del demandante ya existía una obligación legal expresa para la AFP, acorde a la cual debía brindarle al afiliado la información legal necesaria para que este tomara la mejor decisión en materia pensional; no obstante, en el presente asunto al verificar el caudal probatorio que reposa dentro del expediente digital, se constata que a más del formulario de afiliación no existe ninguna prueba que permita esclarecer si al demandante se le brindó o no esta información al momento del traslado, carga probatoria que se encontraba en cabeza de la administradora, destacando que en el interrogatorio de parte lo único que llegó a confesar el demandante fue que se le explicó qué era una cuenta de individual, pero esto en modo alguno implica que se le haya brindado una información completa sobre el traslado de régimen pensional y las características de cada uno de los regímenes pensionales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que existe una prohibición legal prevista en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, sin que **PORVENIR** la hubiese informado al actor de manera clara y precisa, al momento de haber cumplido la edad de 52 años, para que éste pudiera tomar la decisión más favorable a su solicitud y poder haber retornado a **COLPENSIONES** sin ingresar en dicha prohibición, además que **COLPENSIONES** no tenía nada que ver dentro de las actuaciones que ha realizado aquí el demandante al momento de querer permanecer de manera libre y voluntaria en el RAIS, en donde cotizó a lo largo de un poco más de 20 años y se evidenció también dentro del interrogatorio de parte, que si bien es cierto, no tenía conocimiento acerca de este tipo de legislaciones, tampoco fue su deseo de tener

información, siendo que estaba en todo el derecho de hacerlo. (min. 45:09 archivo “19Audiencia15012024”).

A su turno, el apoderado de la demandada **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia en lo que corresponde a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, las condenas interpuestas en contra de la AFP, aduciendo que la jurisprudencia no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos, puesto que el demandante realizó válidamente su afiliación dentro de la norma vigente y debió tener la mediana diligencia de informarse; que la actuación de su representada siempre ha sido de buena fe legítima y no procede la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros ya se ha compensado la pérdida del poder adquisitivo. (min. 46:43 archivo “19Audiencia15012024”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo de primera instancia y en su lugar, absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas, reiterando los argumentos esbozados en la alzada.

La representante legal de la Firma VENCE SALAMANCA LAWYERS GROUP S.A.S., apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Jhon Ferney Patiño Hernández, identificado con CC 1.072.653.246 y TP 319.844 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia de primer grado.

El apoderado del **DEMANDANTE** pidió la confirmación de la sentencia, por considerar que su representado se encuentra válidamente afiliado al RPM.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los valores descontados durante su permanencia en la AFP debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **HÉCTOR GUEVARA PACANCHIQUE** se afilió al extinto ISS, en donde cotizó entre el 05 de mayo de 1983 al 31 de agosto de 1994 (pág. 59 archivo “108ContestacionColpensiones”); *ii)* el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 013763 del 18 de julio de 1994, efectivo a partir del 01 de agosto de 1994, luego se trasladó a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario de vinculación No. 98-0163705 del 02 de junio de 1998, efectivo a partir del 01 de agosto de 1998 (pág. 64 a 82 archivo “11ContestacionPorvenir”), AFP en la cual permanece vinculada; *iii)* la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, peticiones que fueron negadas (pág. 17 a 20, 33 a 37, 50 a 54 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de

Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó que en el año 1994 trabajaba en la financiera COLPATRIA y en esas fechas salió la nueva ley de pensiones, entonces el grupo Colpatria creó su fondo de pensiones y cesantías llamada PENSIONES CESANTÍAS COLPATRIA, por lo que a los empleados del grupo COLPATRIA los reunieron en un auditorio y les informaron que en su momento el Seguro Social se acababa y que la nueva ley obligaba a que los empleados tenían la libre decisión de afiliarse a un fondo de pensiones y cesantías privado, y aunque no fueron obligados a afiliarse a COLPATRIA, si se les indujo a que se trasladaran a ese fondo de pensiones; asimismo, indicó que un asesor del fondo le informó que en el fondo privado tendría su propia cuenta de ahorro en donde tendría su dinero independiente y que su pensión estaría garantizada, señalando que le fue entregado el formulario y lo firmó, sin recibir información sobre los rendimientos financieros, las modalidades de pensión en el fondo privado, la opción de retiro

programado o renta vitalicia, la forma de calcular el monto de la pensión, ni el derecho de retracto o la opción de retornar al RPM. (min. 9:34 archivo “19Audiencia15012024”). Manifestaciones que no benefician a la demandada, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las demandadas, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia

y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido, se confirmará esta condena.

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

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

Por las anteriores consideraciones, la Sala prohiará la decisión de primer grado. No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir

copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38-2022-00318-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 17 de noviembre de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR** (min. 41:30 archivo “22ActaSentencia20231117”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 7 archivo “01DemandaOrdinaria”).**

DORIS ALICIA ACOSTA ESPINOSA solicitó declarar la ineficacia de su vinculación al RAIS, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, actualizar su historia laboral, reactivar su vinculación en el RPM, reconocimiento y pago de las consecuencias económicas y legales, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 09 de octubre de 1967 y cotizó al Sistema General de Pensiones en el RPM y en el RAIS; que para el 15 de mayo de 2001 se encontraba vinculada laboralmente con la Contraloría de Cundinamarca cuando firmó el formulario de vinculación a **PORVENIR** sin tener contacto con ningún ejecutivo de cuenta, traslado de régimen pensiones que se llevó a cabo de manera desinformada, ya que no recibió información clara y completa de las características de cada régimen pensional y de los verdaderos beneficios

y riesgos del traslado, por lo que el 27 de mayo de 2022 elevó derecho de petición a la AFP solicitando soporte de la asesoría brindada y el cálculo pensional, recibiendo respuesta parcial el 23 de junio de 2022 en la cual se le informó sobre la inexistencia de lo solicitado. Para finalizar, señaló que solicitó ante **COLPENSIONES** el retorno al RPM, petición negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, admitió la fecha de nacimiento del demandante y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó que no le constan los demás hechos y formuló las excepciones denominadas en caso que se demuestre la falta de la información y buen consejo se absuelva a Colpensiones y se condene a la AFP Porvenir S.A. para que trate al demandante conforme a las reglas del RPM, de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 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 innominada o genérica (pág. 3 a 31 archivo “12ContestacionDeDemandaColpensiones20221116”).

A su vez, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la totalidad de las pretensiones, indicó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (pág. 2 a 35 archivo “16ContestacionDemandaPorvenir20230124”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 41:30 archivo “22ActaSentencia20231117”).

El 17 de noviembre 2023, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora DORIS ALICIA ACOSTA ESPINOSA con destino a la AFP PORVENIR S.A con ocasión de suscripción de formulario de afiliación el 15 DE MAYO DE 2001. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A que conjunta y coordinadamente, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a activar la afiliación

*del demandante en el RPMPD administrado por COLPENSIONES y a trasladar esta entidad los recursos girados con destino al RAIS por cuenta del actor durante el tiempo que permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiéndose transferir los respectivos recursos debidamente indexados, en la forma señalada en la parte motiva de esta sentencia. Cabe anotar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar este procedimiento, resaltando que el giro de recursos pertinente con destino al RPMPD se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a recursos propios de la AFP PORVENIR S.A, sin lugar a descuento de naturaleza alguna. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional **TERCERO: EXCEPCIONES** Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas **CUARTO: COSTAS.** Lo serán a cargo de PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor del demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES. **QUINTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR. (...)."*

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó la demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, indicó que en el caso en concreto la AFP no cumplió con el deber de información, por lo que procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS de la demandante, ya que la afiliación no fue consentida de manera informada.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación de forma parcial, en cuanto a la condena de devolver ciertos conceptos de manera indexada, pues en el caso de la demandante se demostró que los rendimientos financieros alcanzaron un 53% de lo que hoy obra como valor en su CAI, luego, se demuestra que tales sumas compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, en especial porque una de las funciones de las AFP es la mantener la rentabilidad mínima en las CAI de sus afiliados. (min. 43:42 archivo "22ActaSentencia20231117").

A su turno, la apoderada de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo de primera instancia, arguyendo que no es dable imponer a las demandadas cargas adicionales a las exigidas en la época de afiliación de la demandante el RAIS, además la afiliación genera obligaciones recíprocas, por lo que el afiliado también tiene obligación con los fondos administradores de pensiones, de igual modo, dijo que se debe tener en cuenta la voluntad de la parte actora de permanecer en el fondo, lo que demuestra que se acogió a las características del RAIS. (min. 45:34 archivo “22ActaSentencia20231117”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES** solicitaron revocar el fallo, y en su lugar, absolver a sus representadas de todas las pretensiones incoadas y de las condenas impuestas, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la condena impuesta a esa AFP de trasladar a

COLPENSIONES los rendimientos financieros debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **DORIS ALICIA ACOSTA ESPINOSA** nació el 09 de octubre de 1967 (pág. 16 archivo “01DemandaOrdinaria”); *ii)* la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 70 a 77 archivo “12ContestacionDeDemandaColpensiones20221116”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, debe comenzar la Sala por advertir que en el caso de marras no hay duda alguna acerca del traslado de la demandante del RPM al RAIS, acaecido el 01 de julio de 2001, mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, pues aun cuando la demandada en su contestación señaló no ser cierto tal hecho (pág. 3 archivo

“16ContestacionDemandaPorvenir20230124”), lo cierto es que junto al escrito de réplica aportó no solo el formulario de vinculación No. 01557618 del 15 de mayo de 2001, sino también certificación expedida el 23 de enero de 2023 en la cual consta la afiliación del actor a esa AFP desde el 01 de julio de 2001, información que por demás se corrobora con el historial de vinculaciones SIAFP expedido por ASOFONDOS, donde consta que la solicitud de traslado se realizó el 15 de mayo de 2001 y se materializó el 01 de julio de 2001 (pág. 78 a 82 archivo “166ContestacionDemandaPorvenir20230124”).

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP demandada cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, en verdad no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que su afiliación a **PORVENIR** obedeció a la reunión que sostuvo en el año 2001 con una asesora comercial de la AFP, quien le entregó el formato de afiliación parcialmente diligenciado, le preguntó algunos datos referentes a sus beneficiarios y le indicó dónde debía firmarlo, sin suministrarle alguna información sobre los requisitos para pensionarse en el RAIS o en el ISS, la posibilidad de pensionarse de forma anticipada o los rendimientos financieros que recibiría en el RAIS, asimismo, señaló que confió en que sus condiciones pensionales se mantendrían en el fondo privado (min. 4:57 archivo “22ActaSentencia20231117”). Dichos que no benefician a la AFP demandada, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las demandadas, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el

bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

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

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

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

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la demandante **DORIS ALICIA ACOSTA ESPINOSA** del RPM al RAIS **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 01557618, efectivo a partir del 01 de julio de 2001, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

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

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38-2023-00088-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 28 de noviembre de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR** (min. 44:36 archivo “22ActaSentencia20231128”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (pág. 6 a 31 archivo “07EscritoDeSusbsanacionDeDemanda”).

WILMES RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ solicitó declarar la ineficacia de su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 29 de octubre de 1963 y se afilió al RPM administrador por el ISS con anterioridad al mes de septiembre de 1999, trasladándose a **PORVENIR S.A.** el 03 de septiembre de 1999, afiliación que se llevó de manera desinformada y engañosa, ya que el asesor de la AFP, señor EDGAR LAMADRID, no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y de los verdaderos beneficios y riesgos del traslado. Para finalizar, señaló que solicitó ante las demandas el retorno al RPM, petición contestada solamente por **COLPENSIONES** el 14 de febrero de 2023.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, admitió la fecha de nacimiento del demandante y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 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 innominada o genérica (pág. 4 a 24 archivo “13EscritoDeContestacionDeDemandaColpensiones20230829”).

A su vez, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del actor Y la proyección de la mesada pensional realizada por esa AFP. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y prescripción (pág. 1 a 25 archivo “14EscritoDeContestacionDeDemandaPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 33:17 archivo “22ActaSentencia20231128”).

El 28 de noviembre 2023, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor WILMES RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ con destino a la A.F.P. PORVENIR S.A., con la ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 03 de septiembre de 1999. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la A.F.P. PORVENIR S.A., que conjunta y coordinadamente con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar al demandante en condición de afiliado, en el Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, y a trasladar a este régimen de prima media, los recursos percibidos por cuenta de la demandante en el RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculado a este régimen, recursos que deberán transferirse debidamente indexados, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar estos procedimientos, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer

*tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y solo en caso de ser insuficientes, se pagaran con los recursos propios con de la A.F.P. PORVENIR S.A., sin lugar de descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro, luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional. **TERCERO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas. **CUARTO: COSTAS.** Lo serán a cargo de la A.F.P. PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor del demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES. **QUINTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR. (...)”.*

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó el demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, indicó que en el caso en concreto no se cumplió con el deber de información, por lo que procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS del demandante, ya que la afiliación no fue consentida de manera informada.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primer grado, indicando que el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información, considerando que en este caso la AFP no incumplió con el deber de información, como quiera que el traslado pensional del demandante se realizó de manera libre y voluntaria de acuerdo a las exigencias de la época y las actuaciones de la AFP siempre estuvieron revestidas de buena fe objetiva, pues se ejecutaron de acuerdo a las normas vigentes al momento del traslado pensional, además que la AFP invitó a la demandante a acercarse a **PORVENIR** a recibir una asesoría respecto de la prohibición legal de trasladarse cuando le faltaban 10 años o menos para alcanzar su edad de pensión. Adujo que no procede el traslado de los gastos de administración y primas de seguro previsional, por cuanto los primeros constituyen los gastos que empleó la AFP para poder generar un mayor valor en los recursos aportados por el afiliado que superan ampliamente

los recursos que tendría acumulados en el RPM y los segundos, porque mientras el acto de afiliación fue válido, la cobertura de los seguros previsionales estuvo a cargo de las compañías aseguradoras con las cuales la AFP tenía vínculo, por lo que esos recursos no se encuentran en poder de la AFP. Alegó, que tampoco hay lugar a la devolución del porcentaje de garantía de pensión mínima, ni a la indexación, al generarse una doble condena por el mismo concepto. Por último, se opuso a la condena en costas (min. 47:01 archivo “22ActaSentencia20231128”).

A su turno, la apoderada de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo de primera instancia, arguyendo que no es dable imponer a las demandadas cargas adicionales a las exigidas en la época de afiliación del demandante el RAIS, además que el afiliado también tiene obligación con los fondos administradores de pensiones, por lo que la responsabilidad no recae únicamente sobre estos, pues la voluntad libre de escogencia y afiliación recae en el usuario, de igual modo, dijo que se debe tener en cuenta la voluntad de la parte actora de permanecer en el fondo, lo que demuestra que se acogió a las características del RAIS. Por último, indicó que la reactivación del demandante al RPM afectaría el principio de sostenibilidad fiscal (min. 51:09 archivo “22ActaSentencia20231128”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las apoderadas de **PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES** solicitaron revocar el fallo, y en su lugar, absolver a sus representadas de todas las pretensiones incoadas y de las condenas impuestas, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el

grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de las condenas impuestas a esa AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **WILMES RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ** nació el 29 de octubre de 1963 (pág. 34 archivo “01Demanda20230222”); *ii)* el demandante se afilió al RPM y cotizó a **COLPENSIONES** (pág. 217 a 222 archivo “15ExpedienteAdministrativoColpensiones”); *iii)* el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 01238886 del 03 de septiembre de 1999, efectivo a partir del 01 de noviembre de 1999 (pág. 26 a 57 archivo “14EscritoDeContestacionDeDemandaPorvenir”); *iv)* el demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, petición que fue negada por **COLPENSIONES** (pág. 38 a 41 archivo “01Demanda20230222”).

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

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

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

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

CASO CONCRETO

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

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó que su afiliación a **PORVENIR** obedeció a la visita de un asesor de una duración de 10 minutos aproximadamente, quien solo le dijo que tendría mejores beneficios en el fondo privado y que el ISS iba a desaparecer, además que para la época se creía que el RAIS era mejor que el RPM, más no recibió información acerca de los requisitos, características, ventajas y desventajas que tendría en la AFP y que nunca se acercó a **COLPENSIONES** a comprobar esa información; de igual modo; señaló que su motivación para querer trasladarse a **COLPENSIONES** consiste en que obtendría una mejor mesada pensional (min. 5:35 archivo “22ActaSentencia20231128”). Dichos que no benefician a la AFP

demandada, puesto que, si bien el actor aceptó haber leído y firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las demandadas, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

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

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

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

Respecto a la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo

en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de la apoderada de **PORVENIR** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante **WILMES RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ** del RPM al RAIS **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 01238886, efectivo a partir del 01 de noviembre de 1999, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con el bono pensional y los

rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que la AFP demandada cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.43-2023-00240-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 18 de diciembre de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y aporte al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación y recibir las sumas trasladadas (*min. 01:26:04, enlace archivo “15ActaFallo2023240”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

EIDER VALENCIA ESCOBAR llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado realizada al RAIS y, en consecuencia, se condene a la AFP

demandada a trasladar al RPM el valor completo de las cotizaciones, los rendimientos financieros y el saldo de la cuenta individual, realizados durante todo el tiempo de su vinculación, y a **COLPENSIONES** a recibir esos dineros y a registrar las semanas cotizadas en la historia laboral. A su vez, que se condene a **PROTECCIÓN** a la indemnización plena de perjuicios, junto con las condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 16 de agosto de 1961, a partir del 03 de octubre de 1995 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, a través de PROTECCIÓN, sin que la entidad le informara sobre las implicaciones de ese traslado y las características del nuevo régimen pensional, asesoría que tampoco recibió del Instituto de Seguros Sociales; reclamó a las demandadas el traslado de régimen pensional, petición que fue negada por **COLPENSIONES** y no respondida por **PROTECCIÓN** (pág. 1 a 14, archivo “01DemandaPrueba”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta, señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 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 innominada o genérica (pág. 4 a 27, archivo “04ContestacionColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del afiliado y la vinculación a esa AFP, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos

públicos del sistema general de pensiones; innominada o genérica; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal (pág. 4 a 36, archivo “06ContestacionProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:26:04, enlace archivo “15ActaFallo2023240”)

El 18 de diciembre de 2023, el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del señor EIDER VALENCIA ESCOBAR del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante EIDER VALENCIA ESCOBAR, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos frutos y rendimientos. Asimismo, debe devolver a Colpensiones 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 que deberá asumir con cargo a sus propios recursos, conforme a lo expuesto en la parte motiva. **TERCERO: ABSOLVER** a la AFP PROTECCIÓN S.A. de las demás pretensiones incoadas por demandante EIDER VALENCIA ESCOBAR en su contra, conforme lo expuesto en la parte emotiva de esta providencia. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliado al señor EIDER VALENCIA ESCOBAR, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: DECLARAR** no probadas los supuestos de hecho que soportan las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A. **SEXTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y en favor del demandante, tásense las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000. No se condena en costas a COLPENSIONES. **SÉPTIMO:***

Remítase el presente proceso al H Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES...”

Como sustento de la decisión la Juez expresó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el fondo de pensiones no cumplió la carga procesal de demostrar el deber de dar información útil, pertinente y necesaria al demandante al momento del traslado, no siendo suficiente el formulario de afiliación. Y aunque el actor confesó en el interrogatorio que al momento del traslado no estuvo presente asesor de la AFP, contrario a lo narrado en la demanda, en principio implicaría la no procedencia de la ineficacia, según postura que aplicó esta Corporación en el proceso 38-2020-00265-01, sin embargo, advirtió que lo cierto es que al momento del traslado el afiliado no recibió asesoría, pese a que en el formulario de afiliación aparece el nombre del asesor comercial, quien al firmar el referido documento avaló su contenido, sin haber cumplido la obligación de asesorar e informar al demandante sobre el alcance de esa decisión como lo establece la Corte Suprema de Justicia, por lo que se apartó del precedente vertical del Tribunal, señalando que la falta de participación de la AFP en el traslado de régimen no desvirtúa la falencia al deber de información que se le reprocha y, por ende, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** sostuvo que se debe revocar la sentencia en la medida en que al no existir relación entre lo narrado en la demanda y lo señalado por el actor en el interrogatorio, las pretensiones de la demanda carecen de sustento factico, lo que vicia la acción impetrada, por lo que solicita se aplique en su integridad el precedente de la Corte Suprema de Justicia en este caso tan particular (*min. 04:20, enlace 2 archivo “15ActaFallo2023240”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del demandante solicitó la confirmación de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) EIDER VALENCIA ESCOBAR** nació el 16 de agosto de 1961 y se afilió al ISS en agosto de 1987 (*pág. 16 y 35, archivo “01DemandaPrueba”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante

formulario de afiliación con **PROTECCIÓN** el 03 de octubre de 1995, con afectividad a partir del 1° de noviembre siguiente, donde permanece vinculado actualmente (*pág. 37 y 53, archivo “06ContestacionProteccion”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

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

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

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

de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

EIDER VALENCIA ESCOBAR en la demanda señaló que, al momento de la vinculación al RAIS, **PROTECCIÓN** no le entregó información completa, clara, oportuna y comprensible respecto de las incidencias del traslado del RPM al RAIS, de lo que se deduce que tuvo algún tipo de asesoría por parte de la AFP. Sin embargo, al absolver interrogatorio expresó que no recibió asesoría alguna porque el jefe de personal de la empresa donde laboraba les informó que por norma de la compañía debían afiliarse a **PROTECCIÓN** y les pasó el formulario para que lo firmaran.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que en casos similares el magistrado ponente se ha decantado por señalar que en aquellos eventos donde no intervino, de ninguna forma, los asesores de la AFP, no

se puede hablar de una falta al deber de información del fondo de pensiones, no siendo una circunstancia equivalente a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS.

Sin embargo, esa tesis debe flexibilizarse en este asunto donde fue el propio fondo de pensiones quien aceptó que esa asesoría se llevó a cabo, circunstancia que descarta lo planteado por **COLPENSIONES** en la alzada. En efecto, al contestar el *hecho* 2° de la demanda (*pág. 4 y 5, archivo “06ContestacionProteccion”*), **PROTECCIÓN** aceptó que a la parte demandante se le brindó a través del promotor de Protección una asesoría integral, clara, comprensible y objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual (RAIS) resaltando sus características principales y diferenciadoras, aspecto que se armoniza con el formulario de afiliación donde aparece como promotor de la AFP Edward Pabón (*pág. 37, archivo “06ContestacionProteccion”*).

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, sin que este deber se infiera del diligenciamiento del formulario de vinculación.

Se resalta que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado

por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Actos como no usar el derecho de retracto, permanecer varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, indexados, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Además, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** tener al demandante como su afiliado y a recibir los aportes, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a actualizar la historia laboral, situación que no afecta el

principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará este punto de la sentencia.

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.44-2023-00301-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 30 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia de la afiliación realizado por **AURORA FONSECA LOMBANA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, indexados, y a **COLPENSIONES** a corregir la historia laboral (*min. 22:55, enlace 2, archivo “21ActaAudiencia20231130”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

AURORA FONSECA LOMBANA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** para que se declare que

la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado en enero de 1995 ante ING y, en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas a retornarla al RPM junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, descuentos o sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos que se hubieren causado. Además, que se ordene a **COLPENSIONES** a recibirla y mantenerla como su afiliada, junto con condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó al Instituto de Seguros Sociales – ISS desde julio de 1983 a diciembre de 1994, en enero de 1995 se trasladó a ING cuando laboraba para Sero Servicios Ocasionales, oportunidad en la cuales asesores de la AFP visitaron el sitio de trabajo, le brindaron asesoría grupal y le dieron a conocer el nuevo régimen pensional, le indicaron que en ese fondo tendría mejores condiciones para pensionarse, rendimientos, que el ISS entraría en liquidación y perdería todo el tiempo cotizado y por esa razón realizó el traslado, pero que nunca le informaron las características propias de este régimen y las modalidades pensionales.

Manifestó que en abril de 1998 realizó traslado a **PORVENIR**, sin que sus asesores le informaran la posibilidad de trasladarse voluntariamente entre regímenes previo a ingresar a la prohibición del traslado 10 años antes de cumplir edad para pensión; y el 17 de agosto de 2022 elevó solicitud de nulidad o ineficacia antes las demandadas, petición que fue negada (*pág. 7 a 16, archivo “01Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación de la demandante y la semanas cotizadas en el ISS, la petición presentada y su respuesta, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del

derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 3 a 41, archivo “09ContestacionDemanda”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *buena fe*; ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del RAIS; prescripción y compensación (pág. 2 a 31, archivo “13ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó que la accionante recibió asesoría, el traslado de régimen pensional, la solicitud presentada y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto; traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones y la innominada o genérica (pág. 3 a 29, archivo “14ContestacionProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 22:55, enlace 2, archivo “21ActaAudiencia20231130”)

El 30 de noviembre de 2023, el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“... **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la demandante AURORA FONSECA LOMBANA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de AURORA FONSECA LOMBANA, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, por las razones expuestas. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, por el periodo en que estuvo vinculada la demandante a dicha administradora, todos estos debidamente indexados, por las razones expuestas. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a AURORA FONSECA LOMBANA en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A 5 fijándose como agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente, para cada una de ellas. **SÉPTIMO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES. **OCTAVO:** Se ordena por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021...” Sic.

Como sustento de la decisión la Juez expresó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia - CSJ, la carga de la prueba recaía en los fondos de pensiones del RAIS, a quienes les correspondía demostrar el tipo de información que le dieron a la demandante al momento del traslado, las consecuencias positivas como negativas y las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, que como tal aspecto no ocurrió ese traslado es ineficaz. Advirtió que aun cuando con el interrogatorio absuelto por la accionante no es claro si el fondo estuvo presente al momento del traslado de régimen pensional, ninguno de las AFP acreditó el cumplimiento de su obligación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial respecto de devolver las sumas indexadas. Adujo que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL9316 de 2016 precisó el alcance de la indexación, por lo que, si se tiene en cuenta la responsabilidad del fondo de pensiones de generar una rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro de los afiliados, resulta incompatible y excluyente esta condena, y para el caso del demandante siempre se le garantizó una rentabilidad mínima y, por tanto, los rendimientos compensan la pérdida del poder adquisitivo (*min. 25:55, enlace 2, archivo “21ActaAudiencia20231130”*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Señaló que la demandante se encontraba en una prohibición legal para retornar al RPM, pues solicitó el traslado cuanto le faltaban menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para adquirir el derecho a la pensión; que el precedente de la Corte Suprema de Justicia aplica el deber de información desde el Decreto 663 de 1993, pero este deber solo se materializó a través de las leyes que empezaron en vigencia desde el año 2014, desde el año 1993 al 2014 no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde constara la plena intención de pertenecer al RAIS; solicita se tenga en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional C-789 de 2002 y SU062 de 2010, relacionada sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional. En

caso de no acogerse los argumentos expuestos, pretende que se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante (*min. 25:55, enlace 2, archivo “21ActaAudiencia20231130”*)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES** reiteraron los argumentos expuestos en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado de régimen pensional realizado por **AURORA FONSECA LOMBANA** y la procedencia de la devolución de gastos de administración debidamente

indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) AURORA FONSECA LOMBANA** se afilió al ISS en julio de 1983 (*pág. 14 y 22, archivo “01Demanda”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con ING hoy **PROTECCIÓN** el 31 de diciembre de 1994, con efectividad a partir del 1° de enero de 1995 (*pág. 44, archivo “14ContestacionProteccion”*); **iii)** y posteriormente realizó traslado horizontal en el RAIS a **PORVENIR** el 11 de febrero de 1998 donde permanece actualmente (*pág. 74 a 77, archivo “13ContestacionPorvenir”*).

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

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de

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

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

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe

cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

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

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

AURORA FONSECA LOMBANA en la demanda señaló que cuando laboraba para Sero Servicios Ocasionales, asesores de la AFP ING

visitaron el sitio de trabajo, le brindaron asesoría grupal y le dieron a conocer el nuevo régimen pensional. Sin embargo, al absolver interrogatorio expresó que no había recibido asesoría alguna o por lo menos no la recordaba porque simplemente para vincularse el empleador le entregó el formulario.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que en casos similares el magistrado ponente se ha decantado por señalar que en aquellos eventos donde no intervino, de ninguna forma, los asesores de la AFP, no se puede hablar de una falta al deber de información del fondo de pensiones, no siendo una circunstancia equivalente a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS.

No obstante, esa tesis no es aplicable en este asunto donde fue el propio fondo de pensiones quien aceptó que esa asesoría se llevó a cabo. En efecto, al contestar el hecho 3° de la demanda (*pág. 4, archivo “14ContestacionProteccion*), **PROTECCIÓN** aceptó que *la parte demandante se afilió el 31-12-1994 al Fondo de Pensiones Protección S.A., después de recibir asesoría adecuada, correcta, suficiente y oportuna de parte de mi representada.*

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, ING hoy **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, ni siquiera aportó el formulario de vinculación, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por **COLPENSIONES** en el recurso de apelación, por cuanto el deber de

información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizados traslados en fondos administradores del RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con

recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto por **PORVENIR** en la alzada. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

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

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

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia para precisar que no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino la ineficacia del traslado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 45-2023-00039-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 19 de octubre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM, autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a **PORVENIR, PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES** (min. 21:35 archivo “25SentenciaInstancia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 5 a 21 archivo “01DemandaAnexos”).**

NANCY JANETH PERDOMO ORJUELA solicitó declarar la ineficacia de su traslado al RAIS, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 02 de octubre de 1968 y se afilió al ISS el 25 de febrero de 1991, cotizando 436 semanas aproximadamente, trasladándose al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** el 28 de marzo de 2000, afiliación que se llevó a cabo de manera desinformada, actualmente encontrándose afiliada a **PROTECCIÓN S.A.** desde el mes de agosto de 2003, por lo que a través de apoderada judicial

radicó petición ante las demandadas solicitando la ineficacia de traslado de régimen, peticiones negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su cédula de ciudadanía, la afiliación al RAIS y la respuesta brindada a la petición de la demandante. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas (pág. 1 a 24 archivo “*06contestacionPorvenir*”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, admitió la fecha de nacimiento y la identificación de la demandante, la afiliación al ISS, la densidad de semanas cotizadas en el RPM y el agotamiento de la reclamación administrativa. Expresó que no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 1 a 43 archivo “*08ContestacionColpensiones*”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su cédula de ciudadanía, la afiliación a esa AFP y la radicación de la solicitud de documentos por la apoderada de la demandante y su respuesta. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuenta se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e 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 (pág. 1 a 24 archivo “09ContestacionProteccion”).

Por último, la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, se opuso a las pretensiones; aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su cédula de ciudadanía y su afiliación a la AFP PROTECCIÓN; dijo no constarle los demás hechos de la demanda e invocó las excepciones de inexistencia de la obligación y consecuente falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la Oficina de Bonos Pensionales no funge como entidad de provisión social ni fondo administrador pensional y aplicación del artículo 282 de la ley 1564 del 12 de julio de 2012. (pág. 1 a 17 archivo “10ContestacionMinisterioHacienda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 9:00 archivo “25SentenciaInstancia”).

El 19 de octubre 2023, el Juzgado 45 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por NANCY JANETH PERDOMO ORJUELA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 28 DE MARZO DEL 2000. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. fondo en el que se encuentran los dineros de la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de cuotas y gastos de administración durante el tiempo que duró la aparente afiliación a ese fondo, debidamente indexada. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de Protección S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia. QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SÉPTIMO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de inexistencia de la

*obligación y falta de legitimación por causa por pasiva y buena fe, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia, en consecuencia, se absuelve a esta demandada de cada una de las pretensiones incoadas por la demandante. **OCTAVO: CONDENAR** en costas a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante, liquidez por secretaría. **NOVENO: CONSÚLTESE**, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (...)”.*

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si el traslado del régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, si tiene derecho a que se le ordene el traslado de todas las sumas de dinero que posee en su cuenta de ahorro individual y demás derivadas de la misma al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por **COLPENSIONES**.

Para resolver, indicó que **PORVENIR S.A.** incumplió el deber referente a la carga de la prueba que le impone el artículo 167 CGP, pues no demostró en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera conocer a aquella los efectos de trasladarse con atención a su situación personal, pues conforme al escrito de demanda y al interrogatorio de parte que absolvió la demandante, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del CGP, como quiera que no hay constancia alguna que evidencie asesoría por parte de la AFP **PORVENIR S.A.**, sin que la suscripción del formulario de afiliación resulte suficiente para acreditar el deber de información que le asistía al fondo privado, dado que este a lo sumo prueba es un consentimiento libre de vicios pero no informado al precisado por la Corte Suprema de Justicia, tampoco existe una constancia de que se le haya entregado el plan de pensiones ni el reglamento de funcionamiento de **PORVENIR S.A.**, mucho menos reposa en el expediente la comunicación por escrito de la AFP dirigida a la demandante en la que se le advirtiera de la posibilidad de retractarse de su afiliación, además que la ineficacia no es subsanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que no es posible entender como saneamiento la ratificación de la actora por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que en el proceso se demostró que la parte actora suscribió el formulario de afiliación de esa AFP de manera libre, espontánea y sin presiones, por lo que no da lugar a la declaratoria de ineficacia, ni al traslado indexado de los dineros por conceptos de gastos de administración, prima de seguro previsional y dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, entre otros, por cuanto en el caso bajo examen, las sumas correspondientes a los gastos de administración no han perdido el poder adquisitivo, pues contrario a ello, tales gastos de administración lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora y adicional a ello, estos gastos de administración no hubiesen generado en el RPM ningún tipo de rendimientos en favor de la demandante, por lo cual existe un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPM. Finalmente, indicó la improcedencia de la condena en costas y agencias en derecho. (min. 24:27 archivo “25SentenciaInstancia”).

A su turno, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria de la sentencia, señalando que al trasladarse la demandante del RAIS al RPM se está vulnerando la prohibición legal que indica que una persona que le falten menos de 10 años acceder a la pensión no puede trasladarse de régimen. Agregó, que la demandante tuvo los momentos oportunos para acceder a la información y se le dieron las asesorías pertinentes, el traslado de régimen se hizo conforme a los requisitos legales que se exigían para la época que se realizó cada uno de los traslados, además que no solamente las AFP tienen el deber del buen consejo, también es una obligación de la persona que contrata cualquier acto jurídico realizar todas las averiguaciones y tener toda la información de lo que contrata. En cuanto a la condena en costas, dijo que se debe tener en cuenta que la entidad no tuvo que ver en el traslado de régimen que se realizó entre la AFP inicial y la demandante y la condena en costas hace aún más gravosas su situación, además que por orden constitucional, los dineros de la seguridad social que administra la administradora única y exclusivamente deben ser usados para pagos de mesadas pensionales. (min. 28:40 archivo “25SentenciaInstancia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR S.A.** reiteró los argumentos esbozados en la alzada.

El representante legal de la Firma UNIÓN TEMPORAL W&WLC, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Gustavo Enrique Martínez González, identificado con CC 1.014.196.194 y TP 276.516 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia de primer grado.

Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.** y de su posterior traslado a **PROTECCIÓN**, así como la procedencia de la condena impuesta a **PORVENIR** de trasladar a **COLPENSIONES** gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **NANCY JANETH PERDOMO ORJUELA** nació el 02 de octubre de 1968 (pág. 141 archivo “01DemandaAnexos”); **ii)** la demandante se afilió al extinto ISS el 25 de febrero de 1991 y cotizó 430 semanas (pág. 67 archivo “08ContestacionColpensiones”); **iii)** la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 01343339 del 28 de marzo de 2000, efectivo a partir del 01 de mayo de 2000 (pág. 74 a 80 archivo “06contestacionPorvenir”) y luego se trasladó a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN** mediante formulario de vinculación No. 6292822 del 09 de junio de 2003, efectivo a partir del 01 de agosto de 2003 (pág. 43 a 93 archivo “09ContestacionProteccion”), AFP en la cual permanece vinculada; **iv)** la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, peticiones que fueron negadas (pág. 156 a 200 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM, autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a **PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

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

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

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

pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021,

indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

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

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

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

sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional; situación idéntica ocurrió con la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, que no probó el cumplimiento del deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que se encontraba en su trabajo cuando un asesor le comentó los beneficios que tenía al trasladarse al fondo de pensiones privado, que el dinero que tenía en el ISS en ese momento iba a tener mayor rentabilidad que en el fondo público, que en el momento que quisiera se podía pensionar, asesoría que se prolongó durante 3 a 4 minutos y fue colectiva, que el formulario de afiliación lo diligenció el asesor y ella solo lo firmó, sin tener conocimiento de los beneficios del ISS, ni de los requisitos para pensionarse en algunos de los regímenes pensionales, información que dijo conoció desde hace 2 años cuando se acercó a la AFP. (min. 18:10 archivo “23VideoAudiencia19Octubre2023Parte3”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la

restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al

estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

De igual, se confirmará la decisión relacionada a declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto

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

Por último, frente a la inconformidad de las apelantes por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

En consecuencia, la Sala prohijará en su integridad la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir

copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 46-2023-00149-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 18 de diciembre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a las demandadas (min. 1:01:27 archivo “24Aud. Art. 77 y 80 CPTSS fallo”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (pág. 14 a 26 archivo “07SusbsanacionDemanda”).

ALBA LUZ CRUZ MAHECHA solicitó declarar la nulidad de su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI y condenas ultra y extra *petita*. Como fundamento fáctico, indicó que se afilió al ISS desde 04 de septiembre de 1995, trasladándose al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el 01 de julio de 1996, afiliación que se llevó de manera desinformada y engañosa, ya que la AFP no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y de los verdaderos beneficios y riesgos del traslado. Para finalizar, señaló que las demandadas negaron su solicitud de retorno al RPM.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó el hecho 7° de la demanda relativo a la negativa dada a la solicitud de traslado al RPM. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 2 a 25 archivo “10ContestaciondePorvenir”).

A su vez, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, admitió la fecha de afiliación de la demandante al ISS y la reclamación administrativa. Expresó que no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 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 innominada o genérica (pág. 4 a 25 archivo “13PoderContestacion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 38:06 archivo “24Aud. Art. 77 y 80 CPTSS fallo”).

El 18 de diciembre 2023, el Juzgado 46 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO.- DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por ALBA LUZ CRUZ MAHECHA con destino a la AFP Horizonte SA, hoy Porvenir SA, el 1° de julio de 1996; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión. SEGUNDO.- ORDENAR a la AFP Porvenir SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en esa AFP. 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 justifique. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. TERCERO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en el ordinal anterior y a mantener la afiliación de ALBA LUZ CRUZ MAHECHA como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral. CUARTO.-

DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. **QUINTO.- CONDENAR** en costas de esta instancia a Colpensiones y a la AFP Porvenir SA. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un *smlmv* a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante. **SEXTO.- REMÍTASE** el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (...)”.

La Juez de primera instancia, fijó como problema jurídico determinar si es nulo o ineficaz el traslado del régimen pensional efectuado por la actora el 1° de julio de 1996, del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**, al RAIS, administrado en ese entonces por AFP HORIZONTE S.A. hoy **PORVENIR S.A.** En caso afirmativo, determinar los efectos de esa declaratoria, concretamente sobre la activación de la vinculación de la actora en el RPM y el eventual traslado de recursos a cargo de la AFP accionada.

Para resolver, indicó que en el presente caso no obra medio de convicción alguno que demuestre que la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, al momento de afiliación de la actora, le hubiese suministrado información clara, veraz, oportuna, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado al fondo privado, así tampoco sobre la opción de retracto, situación que constituye omisión en su deber de información, pues ni siquiera fue visitada por asesores de HORIZONTE, sin que le sea dable a la AFP delegar a los empleadores esa función legal; adicional, señaló que no hubo rectificación de la afiliación por parte de la demandante y la sola suscripción del formulario de afiliación no permite demostrar un consentimiento informado, pues la constancia inserta en el documento corresponde a una proforma a la cual la accionante debía acceder y de ella nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP. Agregó, que no se derivó confesión del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, pues ésta no admitió haber recibido la información por parte de la AFP en los términos señalados por la jurisprudencia de la CSJ.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que la actuación que conlleva la declaratoria de ineficacia del traslado no es oponible a la entidad, pues no participó en el trámite administrativo

que llevó a la demandante a trasladarse al RAIS y su responsabilidad para ese momento se limitaba a aceptar la solicitud de traslado, además, que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada de manera genérica sin ninguna ponderación en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, pues conforme al artículo 167 del CGP corresponde a las partes probar los supuestos de hecho en que basan sus súplicas. Solicitó la revocatoria del fallo y la absolución de su representada. (min. 1:04:02 archivo “24Aud. Art. 77 y 80 CPTSS fallo”).

A su turno, la apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primer grado, indicando que el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información, por lo que se debe tener en cuenta que al momento de suscripción de la vinculación ante la AFP HORIZONTE no hizo presencia un asesor de la AFP, situación por la cual la demandante no recibió una asesoría, por lo que su representada no tuvo la oportunidad de pronunciarse y manifestarse sobre los hechos reales sobre los cuales surgió la afiliación, siendo que la misma fue resultado de una vinculación laboral de la demandante en el cual su representada no tuvo injerencia, ni tenía algún motivo para no aceptar la libre vinculación de la demandante, quien además en su deber de informarse acerca de la decisión que estaba tomando de cambio de régimen pensional buscó una asesoría ante la AFP sobre el documento que ella misma manifestó que el empleador no la obligó a firmar, motivo por el cual estaba en la libertad de decidir si lo hacía o no. Por otro lado, señaló que la AFP no incumplió con el deber de información, como quiera que el traslado pensional de la demandante se realizó de manera libre y voluntaria de acuerdo a las exigencias de la época y las actuaciones de la AFP siempre estuvieron revestidas de buena fe objetiva, pues se ejecutaron de acuerdo a las normas vigentes al momento del traslado pensional, además que la AFP invitó a la demandante a acercarse a **PORVENIR** a recibir una asesoría respecto de la prohibición legal de trasladarse cuando le faltaban 10 años o menos para alcanzar su edad de pensión, sin embargo, la demandante no revisó el correo electrónico, motivo por el cual no pudo acceder a esa asesoría. Adujo que no procede el traslado de los gastos de administración y primas de seguro previsional, por cuanto los primeros constituyen los gastos que empleó la AFP para poder generar un mayor valor en los recursos aportados por

el afiliado que superan ampliamente los recursos que tendría acumulados en el RPM y los segundos, porque mientras el acto de afiliación fue válido, la cobertura de los seguros previsionales estuvo a cargo de las compañías aseguradoras con las cuales la AFP tenía vínculo, por lo que esos recursos no se encuentran en poder de la AFP. Alegó, que tampoco hay lugar a la devolución del porcentaje de garantía de pensión mínima, ni a la indexación, al generarse una doble condena por el mismo concepto. Por último, se opuso a la condena en costas. (min. 1:06:03 archivo “24Aud. Art. 77 y 80 CPTSS fallo”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR S.A** solicitó revocar el fallo, y en su lugar, absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas y de las condenas impuestas, reiterando los argumentos expuestos en la alzada. Por su parte, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

COLPENSIONES se abstuvo de presentar alegatos en esta instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a HORIZONTE hoy

PORVENIR S.A., así como la procedencia de las condenas impuestas a esa AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **ALBA LUZ CRUZ MAHECHA** se afilió al RPM y cotizó al extinto ISS desde el 04 de septiembre de 1995 (archivo “*16ExpedienteAdministrativo*”); **ii)** las demandadas negaron la solicitud de traslado al RPM elevada por la demandante (pág. 1 a 7, 24 a 25 archivo “*03AnexosDemanda*”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente

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

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

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

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

suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil. Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, debe comenzar la Sala por advertir que en el caso de marras no hay duda alguna acerca del traslado de la demandante del RPM al RAIS, acaecido el 01 de septiembre de 1996,

mediante afiliación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, pues aun cuando la demandada en su contestación señaló no constarle tal hecho (pág. 3 archivo “10ContestaciondePorvenir”), lo cierto es que junto al escrito de réplica aportó no solo el formulario de vinculación No. 98-0002936 de fecha 01 de julio de 1996, sino también certificación expedida el 09 de junio de 2023 en la cual consta la afiliación de la actora a esa AFP desde el 01 de septiembre de 1996, información que por demás se corrobora con el historial de vinculaciones SIAFP expedido por ASOFONDOS, donde consta que la solicitud de traslado se realizó el 01 de julio de 1996 y se materializó el 01 de septiembre de 1996 (pág. 26, 27, 68 archivo “10ContestaciondePorvenir”).

Ahora, como quiera que el argumento principal del recurso de apelación impetrado por la apoderada de **PORVENIR** consiste en que al momento de la suscripción del formulario de afiliación al RAIS, no hizo presencia un asesor de la AFP HORIZONTE, atribuyendo el traslado de régimen pensional de la demandante a su vinculación laboral, huelga decir, que en casos similares el magistrado ponente se ha decantado por señalar que en aquellos casos donde no intervinieron, de ninguna forma, los asesores de la AFP, no se puede hablar de una falta al deber de información del fondo de pensiones, siendo una circunstancia que no se acompasa a los supuestos fácticos considerados en la regla jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS.

Sin embargo, esa tesis no resulta aplicable en este asunto donde fue el propio fondo de pensiones quien aceptó que esa asesoría se llevó a cabo. En efecto, al contestar los hechos 3, 4 y 5 de la demanda (pág. 3 archivo “10ContestaciondePorvenir”) y en la respuesta a la petición elevada por la demandante en oficio del 27 de abril de 2023 (pág. 1 a 7 archivo “03AnexosDemanda”), **PORVENIR** aceptó que previo al traslado de régimen pensional, brindó a la accionante una asesoría profesional y completa sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidad del RAIS y del RPM.

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP demandada cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, en verdad no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y, aun cuando la demandante en su interrogatorio aceptó haber firmado el formulario de afiliación a HORIZONTE de manera libre y voluntaria (min. 10:15 “*24Aud. Art. 77 y 80 CPTSS fallo*”), lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados por las demandadas en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

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

Respecto a la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo

propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de la apoderada de **PORVENIR** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.00-2024-00150-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con el parágrafo 1° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por **EPS SANITAS** contra la sentencia del 28 de septiembre de 2023 proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud que ordenó a las demandadas aprobar en forma definitiva el traslado de EPS realizado por **DAYANA MARCELA ALFARO CORREA** (archivo “Recurso de apelación”).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

DAYANA MARCELA ALFARO CORREA presentó demanda contra **CAJACOPI EPS S.A.S.** y **EPS SANITAS** para que se realice el correspondiente traslado de EPS.

Como fundamento fáctico indicó que el 13 de junio de 2023, realizó solicitud de traslado desde su EPS **CAJACOPI** a EPS **SANITAS**, sin embargo, al validar el proceso al mes siguiente **CAJACOPI**

manifiesta que **SANITAS** no ha realizado solicitud de traslado ante ellos, por lo que ésta se continuará y se verá reflejada el mes subsiguiente (01 de agosto de 2023); señaló que el día 1° de agosto de 2023 realizó llamada a **SANITAS** para confirmar estado de afiliación, y le informaron que la misma fue rechazada por parte de **CAJACOPI** y que al consultar a esta última le manifestaron que el motivo del rechazo se debió al no inscribir a todos los miembros de su núcleo familiar, pese a que ella es la única que forma parte de este grupo (*archivo “1. DEMANDA”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

Mediante providencia del 23 de agosto de 2023, la Superintendente Delegada admitió la demanda y ordenó correr traslado a las accionadas (*archivo “AUTO ADMISORIO”*).

EPS SANITAS expresó que después de realizar las gestiones pertinentes y, de acuerdo con lo informado por el área de Operaciones de la EPS, la demandante estará vinculada a **CAJACOPI** hasta el 30 de septiembre de 2023 y, a partir del 1° de octubre siguiente estará afiliada con esa entidad, por lo que considera que se presenta una carencia actual de objeto por hecho superado (*archivo “CONTESTACION DE TUTELA RAD JU 20231390 DAYANA ALFARO CORREA”*).

CAJACOPI EPS S.A.S. indicó que para que la EPS proceda a aceptar el traslado de usuarios es obligación que la EPS de la preferencia (SANITAS EPS) realice el proceso de Solicitud de Traslado del usuario a CAJACOPI, actuación que en este caso no se ha realizado (*archivo “CONTESTACION DE TUTELA RAD JU 20231390 DAYANA ALFARO CORREA”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(pág. 1 a 12, archivo “5. SENTENCIA”)

El 28 de septiembre de 2023, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud profirió sentencia donde accedió a las pretensiones y dispuso lo siguiente:

“(…) SEGUNDO: ORDENAR que una vez notificado de la sentencia CAJACOPI EPS S.A.S., proceda a: A la aprobación definitiva del traslado de la señora DAYANA MARCELA ALFARO CORREA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1083035191 expedida en Santa Marta, Magdalena, a la EPS SANITAS S.A.S. TERCERO ORDENAR que una vez notificado de la sentencia EPS SANITAS S.A.S., proceda a: Garantizar el traslado efectivo de la señora DAYANA MARCELA ALFARO CORREA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1083035191 expedida en Santa Marta, Magdalena, se haga efectivo y material a partir del 01 de octubre de 2023 (…)”.

Como sustento de la decisión la Superintendente expresó que pese a las actuaciones de orden administrativo adelantadas por **CAJACOPI EPS S.A.S.** y **EPS SANITAS S.A.S.** para el traslado de **DAYANA MARCELA ALFARO CORREA**, a la fecha de proyección de la sentencia no se le había garantizado el traslado efectivo y material a la **EPS SANITAS S.A.S.** como quiera que este presuntamente se surtirá a partir del 1 de octubre de 2023.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **EPS SANITAS** presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que la **EPS SANITAS** ha realizado las gestiones y ha garantizado el traslado efectivo y material de la demandante, pues tal y como se demuestra con el certificado de afiliación, **DAYANA MARCELA ALFARO CORREA** se

encuentra afiliada desde el 1 de octubre de 2023 a esa entidad, por lo que considera que el objeto de la demanda se encuentra satisfecho (*archivo “Recurso de apelación”*).

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales consagrados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPTSS procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si en este asunto existe carencia actual de objeto por la existencia de hecho superado, respecto del traslado de EPS solicitado por la demandante.

VI. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que el único aspecto de controversia planteado por la demandada en el recurso se circunscribe a determinar si en el presente asunto opera la carencia actual de objeto por hecho superado, la Sala se remitirá a las pruebas que obran en el expediente para definir si **EPS SANITAS** le garantizó a la demandante el traslado efectivo y material a esa entidad.

Una de las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud es la libre escogencia por parte del afiliado de la Entidad Promotora de Salud (literal g artículo 156 y numeral 3° artículo 159 de la Ley 100 de 1993 y literal h artículo 6° Ley 1751 de 2015). Sobre el particular, la Corte Constitucional ha reconocido la libertad de elección como un derecho fundamental al estar inescindiblemente vinculado a la salud, que se puede ver comprometido por la imposibilidad de poder obtener un servicio que el

afectado, estima como mejor. Además, dice la Corte, *“la libertad de elección guarda directa relación con los elementos esenciales del derecho a la salud, particularmente con el acceso y la calidad del servicio. Una afectación o supresión de este principio que también tiene la dimensión de derecho puede implicar una negación del acceso a la salud y de la prestación del servicio en condiciones de calidad”* (CC C-869 de 2010, T-713 de 2011, C-313/14, entre otras).

Ahora, el traslado entre EPS se encuentra regulado a partir del artículo 2.1.7.1. y siguientes del Decreto 780 de 2016, Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, que establece las condiciones del traslado, un periodo mínimo de permanencia y el registro y el reporte de la novedad. Respecto de la efectividad del traslado, el artículo 2.1.7.4 señala que este producirá efectos a partir del primer día calendario del mes siguiente a la fecha del registro de la solicitud de traslado en el Sistema de Afiliación Transaccional, cuando este se realice dentro de los cinco (5) primeros días del mes, momento a partir del cual la EPS a la cual se traslada el afiliado cotizante o el cabeza de familia y su núcleo familiar deberá garantizar la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios. Y a su vez, que cuando el registro de la solicitud de traslado se realice con posterioridad a los cinco (5) primeros días del mes, el mismo se hará efectivo a partir del primer día calendario del mes subsiguiente a la fecha del citado registro.

En el presente asunto, se acreditó que **DAYANA MARCELA ALFARO CORREA** presentó solicitud de traslado a la **EPS SANITAS** el 13 de junio de 2023 (*archivo “3.ANEXO”, carpeta “1.DEMANDA”*), petición que fue negada inicialmente por **CAJACOPI EPS S.A.S.** por no gestionar la afiliada el traslado de todo el grupo familiar (*archivo “4.ANEXO”*), por lo que para el 14 de agosto de 2023 la demandante seguía apareciendo como cotizante de **CAJACOPI EPS S.A.S.** (*archivo “5.ANEXO”*).

Sin embargo, con la contestación a la presente acción se allegó resultado de la consulta a la Base de Datos Única de Afiliados – BDUa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, realizada el 29 de agosto de 2023, donde se consignó que la vinculación de la demandante

a **CAJACOPI EPS S.A.S.** finalizaba el 30 de septiembre de 2023, (*pág. 5 y 6, archivo “CONTESTACION DE TUTELA RAD JU 20231390 DAYANA ALFARO CORREA”, carpeta “4.CONTESTACION CAJACOPI”*), aspecto que concuerda con la tesis planteado por la **EPS SANITAS** en la contestación donde se indicó que *“después de realizar las gestiones pertinentes y, de acuerdo a lo informado por el área de Operaciones de EPS Sanitas, la demandante estará vinculada a CAJACOPI hasta el 30 de septiembre de 2023 y, a partir del 1 de octubre de la presente anualidad estará afiliada con EPS Sanitas”*.

Adicionalmente, con el recurso de apelación interpuesto por la **EPS SANITAS** se adosó certificado de afiliación expedido el 11 de enero de 2024, que confirma que **DAYANA MARCELA ALFARO CORREA** se vinculó a esa EPS como cotizante del régimen contributivo a partir del 1° de octubre de 2023 (*archivo “Certificado de afiliación”, carpeta “6.APELACION”*).

En tal sentido, hay plena certeza que a la demandante se le garantizó el traslado efectivo y material a la **EPS SANITAS S.A.S.**, a partir del 1° de octubre de 2023, entidad que es la llamada a brindarle la atención de los servicios de salud que requiera la afiliada, por lo que se configuraron los presupuestos para dar por superada la situación que dio origen al presente litigio, razón suficiente para revocar la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE

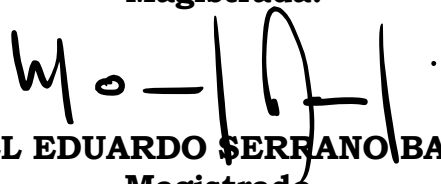
PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 28 de septiembre de 2023 proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.03-2018-00134-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por **COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. - SERDAN S.A.** contra la sentencia del 21 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró a la demandante como beneficiaria de estabilidad laboral por razones de salud, condenó a la demandada al reintegro al cargo de promotor de venta o a uno similar con el correspondiente pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización de 180 días, costas y agencias en derecho (*min. 02:06:48, archivo "11VideoSentenciaPrimeraInstancia"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

EDNA JACKELINE RUBIO AROCA, llamó a juicio a la sociedad **SERDAN S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, que el despido efectuado fue producto de su estado de debilidad manifiesta; en consecuencia, se condene a mantener vigente el contrato en condiciones dignas, al pago de la indemnización por despido a persona en situación de

discapacidad, al pago de salarios dejados de devengar desde el día siguiente del despido hasta la fecha de reintegro, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento fáctico indicó que el 28 de agosto de 2012 suscribió contrato de trabajo de obra y laboral con la demandada para desempeñar el cargo de promotor de ventas en Colcerámica (Facatativá); el 17 de agosto de 2013, suscribió contrato a término indefinido manteniendo el mismo cargo, devengando un salario mínimo legal mensual vigente para cada periodo anual, cumpliendo un horario de 8 horas diarias; el día 24 de julio de 2017, le remitieron comunicación en donde se le citó a descargos por incumplimiento de la meta establecida, posteriormente el día 25 de septiembre de 2017 le notifican terminación unilateral del contrato aduciendo justa causa.

Manifestó que durante la relación laboral presentó fuertes quebrantos de salud. En el año 2015, le diagnosticaron *Artritis Reumatoide Seropositiva* y el 08 de septiembre de 2017 en control médico le concedieron incapacidad por 15 días, condición de salud que su empleador conocía; en virtud del despido, presentó acción de tutela a fin de restablecer los derechos fundamentales quebrantados por la demandada y en fallo del 1° de noviembre de 2017 se ordenó su reintegro al cargo que venía ejerciendo o a otro de igual o superior jerarquía, cumplimiento que se materializó el día 22 de noviembre de 2017, siendo reintegrada al cargo de cajera en el punto de venta ubicado en el Centro Comercial Bima, viéndose perjudicada toda vez que su lugar de domicilio es la ciudad de Madrid – Cundinamarca, lugar donde prestaba sus servicios.

Señaló que debido al cambio de cargo no ha podido devengar comisiones, impidiéndole así obtener un salario que pueda suplir sus necesidades, además de verse reducido su mínimo vital toda vez que la demandada no ha reconocido el valor de los transportes y ha

descontado del salario los dineros que le fueron cancelados por concepto de liquidación de prestaciones sociales, llegándole nóminas de hasta \$60.000, afectando así la vida digna, el derecho al trabajo y su mínimo vital (pág. 4 a 12 y 130 a 137, archivo “01Demanda”).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A – SERDAN S.A. se opuso a las pretensiones, aceptó el salario, el horario de trabajo, la terminación del contrato de trabajo, la presentación de la acción de tutela, la orden de reintegro y las deducciones al salario, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban, formuló como previa la excepción de prescripción y como mérito las excepciones de *ausencia de prueba*, terminación del contrato con justa causa, terminación del contrato por renuncia, inexistencia de estabilidad laboral reforzada, subordinación, pago, compensación, cobro de lo no debido y buena fe (pág. 168 a 176, archivo “01Demanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 02:06:48, archivo “11VideoSentenciaPrimeraInstancia”)

El 21 de junio de 2023, el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que la demandante EDNA JACQUELINE RUBIO AROCA, gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por salud al momento en que fue despedida por el empleador, esto es, el 25 de septiembre del año 2017 y al momento de la renuncia motivada, es decir, el 20 de marzo del año 2018, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** Como consecuencia **DECLARAR** ineficaz el despido realizado el 25 de septiembre del año 2017 y la renuncia motivada presentada el 20 de marzo del año 2018, todo conforme a la parte emotiva de esta providencia **TERCERO: CONDENAR** a la demandada SERDAN S.A a reintegrar a la demandante EDNA JACQUELINE RUBIO AROCA, en el cargo de promotor de venta Viste Tu Casa Nueva o a uno de similar o de superiores características, teniendo en cuenta para ello las recomendaciones y restricciones por su estado de salud, con el correspondiente pago de salarios, prestaciones sociales tales como auxilio de cesantías, interés sobre las cesantías, prima de servicio,

*vacaciones y aporte al sistema general de Seguridad Social a partir de la fecha del despido, hasta cuando se haga efectivo el reintegro. Autorizando de paso a la demandada para que descuenten los valores cancelados durante ese interregno a la demandante que resulten incompatibles por el periodo de la condena, todo conforme a la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: CONDENAR** la demandada SERDAN SA a pagar a la demandante la suma de \$4.426.302 por concepto de la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, conforme a la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** en costas junto con agencias en derecho a la parte demandada SERDAN S.A., las cuales se tasan esta misma diligencia en la suma de \$1.000.000 (...)."*

Como sustento de la decisión el Juez indicó que la demandante aportó al proceso documentos que acreditan el estado de salud en el que se encontraba al momento del despido, incapacidades expedidas por los médicos tratantes por el diagnóstico de MO69 artritis reumatoide, y presentadas al empleador, por lo que dedujo que éste tenía pleno conocimiento de la salud de la trabajadora. Que antes del despido la trabajadora tuvo 27 días de incapacidad por el mismo diagnóstico y luego de la terminación del contrato le concedieron 81 días de incapacidad, lo que supone que la accionante siempre ha tenido problemas de salud, por lo menos desde el año 2015, por lo tanto, la incapacidad otorgada entre el 8 de septiembre y 22 de septiembre de 2017 fue consecuencia de su enfermedad crónica y catastrófica que la estaba afectando, por lo que concluyó que es beneficiaria de estabilidad laboral reforzada, aspecto que ratifica con el dictamen pericial, el cual si bien fue practicado después del retiro, da cuenta del estado de salud durante la relación laboral.

Expresó que la rescisión del contrato por justa causa violó los principios de proporcionalidad y razonabilidad al aplicar la sanción máxima, pese a no acreditarse las causales invocadas, siendo evidente que la ruptura del contrato obedeció a las limitaciones e incapacidades de la accionante. Indicó que, tras el reintegro transitorio la empresa modificó y desmejoró las condiciones laborales que la demandante, lo que la condujo a presentar renuncia motivada, sin que se pudiera materializar la orden de reintegro en debida forma.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **SERDAN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se absuelva de todas las pretensiones. Adujo que es evidente la violación flagrante al debido proceso y al derecho de defensa dado que las pretensiones se fundaban única y exclusivamente en la terminación del contrato de trabajo del día 25 de septiembre de 2017, sin que la parte actora reformara la demanda, por tanto, el Juez no debía pronunciarse sobre hechos y pretensiones que no fueron parte del litigio, esto porque la renuncia de la actora no fue discutida en este proceso y, por tanto, se debe tener como válida y eficaz. Sostiene que al momento de la terminación del contrato de trabajo no se demostró que la demandada conociera qué enfermedad tenía la actora y que esta fuera grave, además la trabajadora para el 25 de septiembre de 2017 no tenía estabilidad laboral reforzada, ya que no se conocía de una grave situación de salud que le impidiera ejercer sus funciones.

Considera que este proceso no era para saber si se presentó desacato o no a las sentencias de tutela y si estos fallos se cumplieron o no como debían. Finalmente, sostiene que a la demandante se le respetó el debido proceso en la diligencia de descargos y al estar acreditado el incumplimiento de metas, se produjo la terminación objetiva del contrato, siendo las partes quienes tienen la facultad de calificar como graves ciertas conductas, las cuales son obligatorias para el Juez (*min. 02:10:36, archivo "11VideoSentenciaPrimeraInstancia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66A CPTSS procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si al momento de terminación del contrato de trabajo la parte actora gozaba de estabilidad laboral reforzada por razones de salud; en tal caso, la procedencia del reintegro y demás pretensiones consecuenciales, conforme lo alegado en el recurso de apelación conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico. En caso contrario, estudiar la pretensión subsidiaria relacionada con indemnización por despido sin justa causa.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** entre las partes existió una relación laboral mediante un contrato a término indefinido desde el 17 de agosto de 2013 para desempeñar el cargo de *Promotor de Ventas Viste TU Casa Nuevo* en la empresa usuaria Colcerámica (*pág. 177 y 178, archivo “01Demanda”*) **ii)** el contrato finalizó el 25 de septiembre de 2017 por decisión unilateral del empleador aduciendo justa causa (*pág. 198 y 199, archivo “01Demanda”*) **iii)** el 1° de noviembre de 2017 el Juzgado 71 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, al resolver una acción de tutela, ordenó a **SERDAN** a reintegrar de manera transitoria a **EDNA JACKELINE RUBIO AROCA** al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior jerarquía, decisión confirmada por el Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá en providencia del 18 de diciembre de 2017 (*pág. 105 a 125, archivo “01Demanda”*); **iv)** el 22 de noviembre de 2017, se efectuó el reintegro de la parte actora en cumplimiento al fallo de tutela (*pág. 37 y 38, archivo “01Demanda”*); **v)** en comunicación del 19 de enero de 2018, **SERDAN** le informó a la trabajadora que a partir de esa fecha se le asignó transitoriamente el cargo de *Mercaderista – Cajero* en la Tienda Bima Mattel de la Autopista Norte No.232-35 (*pág. 39, archivo*

“01Demanda”); **vi)** y el 10 de marzo de 2018, la demandante presentó renuncia motivada (pág. 231 y 232, archivo “01Demanda”).

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

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

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

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

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

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

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

contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las entidades respectivas el análisis del caso.

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

No obstante, recientemente el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria precisó que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 y, de la Ley estatutaria 1618 de 2013 (27 de febrero de 2013). Además, que la estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren los siguientes elementos: i) la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo; ii) la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; iii) y que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Que, por tal motivo, el trabajador tiene derecho a que esas barreras, comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas

mediante los ajustes razonables en el trabajo, entendidos estos ajustes como *“una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo”* (SL1152-2023).

CASO EN CONCRETO

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

En cuanto la carga de la prueba, la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL1360 de 2018 y SL1152 de 2023, señaló que corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad o deficiencia física, mental, intelectual o sensorial y la existencia de una barrera de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que le impidieron ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás, al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud, so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, como la terminación del contrato ocurrió el 25 de septiembre de 2017, en vigencia de la Ley 1618 de 2013, correspondía a la demandante acreditar que al momento del despido se encontraba en situación de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano o largo plazo, y presentaba una barrera de tipo actitudinal, social, cultural o económico, que implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó su capacidad de trabajo en condiciones de igualdad con los demás, y que dichos aspectos hayan sido conocidos por el empleador.

Al revisar el expediente, la parte actora allegó documental donde se encuentra lo siguiente:

- Certificado médico de aptitud laboral expedido el 18 de diciembre de 2017, esto es, luego de terminado el contrato de trabajo, donde se indica que puede continuar realizando la labor, continuar con los controles por reumatología y fisiatría, tomar estricta medicación, manejo de cargas de hasta 5 kilos, evitar actividades que implique movimientos repetitivos, entre otros, y a la empresa le recomendó capacitación en riesgos laborales para el cargo (*pág. 53, archivo "01Demanda"*).

- Valoraciones médicas realizadas en el año 2018 que dan cuenta que **EDNA JACKELINE** presenta antecedentes clínicos relacionados con artritis reumatoideo con evolución desde el 2015, con factor reumatoideo elevado, con tratamiento farmacológico suspendido en el año 2017 por mejoría clínica (*pág. 57*), le expidieron diferentes incapacidades, ordenes de procedimientos y medicamentos (*pág. 54 a 66, 83, 85, 87 a 96, archivo "01Demanda"*).

- El noviembre y diciembre de 2017, reporta atención médica por los diagnósticos de cervicalgia y artritis reumatoidea, se le ordenó tratamiento farmacológico e incapacidad por los días 10 de noviembre de 2017 al 09 de diciembre de 2017, 12 a 16 de diciembre de 2017 y

23 y 24 de diciembre de 2017 (*pág. 67 a 72, 84 y 97, archivo “01Demanda”*).

- El 08 de septiembre de 2017 fue atendida por reumatología y en la historia clínica se consignó que tiene diagnóstico confirmado de artritis reumatoide poliarticular y limitación funcional, enfermedad crónica que no tiene cura, aunque puede controlarse, y le conceden 15 días de incapacidad hasta el 22 de septiembre de 2017 (*pág. 73 a 75 y 98 archivo “01Demanda”*).

- Se le otorgaron incapacidades el 13, 19 y 20 de marzo de 2017; 11 al 13 de mayo de 2017 y del 07 al 13 de julio de 2017 por el diagnóstico de artritis reumatoide (*pág. 79 a 82 y 100 a 104, archivo “01Demanda”*);

Del análisis de estas pruebas, y las demás que reposan en el expediente, para la Sala es evidente que durante el curso de la relación laboral **EDNA JACKELINE RUBIO AROCA** presentó diferentes afecciones en su salud. Sin embargo, debe recordarse que no cualquier tipo de afectación conlleva el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han reiterado que esta garantía cobija a todas las personas que su estado de salud les impida o dificulte sustancialmente el cumplimiento de su labor.

En este caso, la demandante no estaba incapacitada a la fecha del retiro y la afectación a la salud que la aquejaba nunca fue impedimento o implicó una limitación al normal cumplimiento de su labor, así se desprende de la historia clínica e incluso del certificado médico de aptitud laboral expedido con posterioridad a la terminación del contrato donde se consignó que “*puede continuar realizando la labor*”. Además, no se allegaron ni se demostraron recomendaciones médico laborales y ergonómicas que señalaran la incompatibilidad de las dolencias de la demandante con las actividades a desarrollar al interior de la compañía durante la relación laboral o por lo menos al

momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo y que estas hayan sido notificadas oportunamente al empleador.

Por tanto, bajo ese escenario, no se configuró deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, y no existieron barreras que impidieran a la trabajadora el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás, tampoco se puede inferir que estas se hayan presentado, por lo que en este caso el empleador no tenía la obligación de realizar ajustes razonables para procurar la integración al trabajo de **EDNA JACKELINE RUBIO AROCA**, dado que no se requerían puesto que para ese momento no se habían presentado las alteraciones a su salud que se agudizaron con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, como se desprende del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca donde le establecieron a la accionante una pérdida de capacidad laboral del 32%, con fecha de estructuración del 02 de febrero de 2023, de origen común por las patologías de (M069) *ARTRITIS REUMATOIDE, NO ESPECIFICADA* y (M791) *MIALGIA* (archivo “08AclaracionDictamenJuntaRegional”).

De suerte que, en este asunto, y como lo alegó el recurrente, no operó el fuero de estabilidad laboral reforzada, advirtiéndose que, en todo caso, la terminación del contrato fue por una justa objetiva que fue calificada como imputable a la trabajadora, diferente a la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Se resalta que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que proceda la protección es necesario que el trabajador, para el momento del despido, se encuentre en una situación de discapacidad o deficiencia, razón por la cual el beneficio no opera para quienes tengan afecciones de salud o simples incapacidades médicas, así lo reiteró la Sala de Casación Laboral en sentencia SL4632 de 2021 y SL1152 de 2023, circunstancias que no se presentaron en el caso bajo estudio.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la parte demandante no probó que la terminación del contrato obedeció a un trato discriminatorio generado por sus condiciones de salud, para trasladar la carga de la prueba a la demandada de demostrar razones objetivas en la extinción del vínculo contractual, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; en efecto, no se evidencia relación de causalidad entre el estado de salud, las incapacidades y la terminación del contrato. Por ello, resulta claro que dicha terminación obedeció a una causa legal prevista por el legislador, artículo 61, literal h, del CST, y no al estado de salud de la trabajadora.

Y finalmente, respecto de que en vigencia del contrato de trabajo el empleador tuvo pleno conocimiento de los diagnósticos de la demandante y su estado clínico, dicha circunstancia esta demostrada en el juicio dado que se deduce de las diferentes incapacidades otorgadas a la trabajadora; sin embargo, se advierte que dicha circunstancia no cambia la situación fáctica objeto de estudio porque el estado de salud de la actora no le impidió el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Tampoco se demostró que su condición médica fuera notoria al punto que permitiera colegir que se encontraba en una limitación relevante que le impidiese desarrollar las funciones que le fueron asignadas.

En esos términos, le asiste razón a la demandada dado que no se estructuró derecho a estabilidad laboral reforzada, motivo suficiente para revocar la sentencia y absolver a la demandada de las pretensiones principales de la demanda, relevándose la Sala del estudio relacionado con la renuncia motivada y de los demás aspectos consignados en el recurso.

Ahora, al no prosperar las pretensiones principales, obliga a la Sala a pronunciarse respecto de la indemnización por despido sin justa causa, reclamada como subsidiaria, aspecto que se resuelve a continuación.

- **Sobre la terminación del contrato de trabajo.**

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo – CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 de la misma norma sustantiva.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como se reafirmó en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

De otra parte, la alta Corporación ha indicado frente a la causal del numeral 6 del literal a) del artículo 62 del CST, esto es, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto, si se trata de la primera hipótesis de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso, mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al Juez solo le es dable verificar si se dio o no la conducta enrostrada (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

La anterior tesis fue revaluada recientemente por la misma Corporación al advertir que siempre la gravedad de la falta,

independiente del instrumento que la contenga, legales o convencionales, deberá estar precedida de un juicio valorativo por parte del juez, en el que se avale la entidad jurídica de la conducta allí prevista como justa causa de despido, o se descalifique la misma, atendiendo las circunstancias o características particulares de cada caso (CSJ SL2857-2023).

También la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido, de forma reiterada y pacífica, que la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando la ejerce el empleador, es una de sus facultades y no una sanción, motivo por el cual no le es aplicable el artículo 115 del CST ni otro procedimiento previo, a menos que así se hubiera pactado entre las partes, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa, regla jurisprudencial ratificada en las sentencias SL15245 de 2014, SL 1981 de 2019, SL2351 de 2020, entre otras.

Sin embargo, el máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha aclarado que ello no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues la jurisprudencia ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral, a saber:

1. La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.

2. La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos.

3. Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.

4. Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.

5. Y la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

Al respecto, se pueden consultar las sentencias SL15245 de 2014, SL1981 de 2019 y SL2351 de 2020, SL496 de 2021, SL679 de 2021, SL339 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

Debe recordarse que el empleador tiene la carga de acreditar en el juicio las justas causas invocadas a su contraparte o las razones que adujo al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, no pudiendo alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En la carta de terminación del contrato (*pág. 198 y 199, archivo “01Demanda”*) el empleador señaló como justa causa la prevista en el numeral 1° del artículo 58, numerales 6, 9 y 13 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así como el literal h del artículo 51, numeral 1, 4, 11, 13, 16 y 22 del artículo 56, numerales 5, 17, 57 y 72, artículo 59 y letra b del artículo 62 del Reglamento Interno de Trabajo y la cláusula Décima Cuarta del contrato de trabajo, derivado de la falta de productividad en la gestión de ventas de los meses de noviembre y diciembre de 2016, junio y agosto de 2017 “*obteniendo un*

porcentaje menor al establecido mensualmente en ventas y estando por debajo del presupuesto establecido y del grupo de trabajo”.

Pues bien, se acreditó en el plenario que **EDNA JACKELINE RUBIO ACOSTA** cumplió funciones de promotor de ventas y con la firma del contrato de trabajo se estableció la escala de comisiones y una venta mínima a cargo del empleado de \$8.000.000 (*pág. 177, archivo “01Demanda”*), cifra que aumentó a \$9.999.999 a partir del 12 de julio de 2016 (*pág. 186, archivo “01Demanda”*).

En memorando del 09 de noviembre de 2016, se le recordó a la trabajadora las funciones, en especial el cumplimiento de las metas en ventas dado que no superó el monto mínimo para los meses de agosto, septiembre y octubre de 2016 (*pág. 187, archivo “01Demanda”*), igual notificación se le hizo saber en enero de 2017 respecto de las ventas de diciembre del año anterior, lo que derivó en un llamado de atención (*pág. 188, archivo “01Demanda”*).

Con ocasión de esa última comunicación, en la misma fecha la empresa citó a la trabajadora a descargos por cuanto *“no cumplió con el presupuesto del mes de diciembre de 2016”* (*pág. 189, archivo “01Demanda”*). Como consecuencia de ese trámite disciplinario se suscribió un acta de compromiso donde la accionante planteó que las ventas *“no es falta de compromiso, porque he cumplido con la georreferenciación y el telemercadeo, asistiendo a todas las citas que se han generado, pero es decisión del cliente que en la mayoría de los casos no toman el crédito por los precios tan elevados a comparación de otros lugares, pero la labor se está haciendo”*, y se obligó a cumplir la meta establecida (*pág. 191, archivo “01Demanda”*).

Posteriormente, el 17 de julio de 2017, nuevamente **EDNA JACKELINE RUBIO AROCA** es llamada a rendir descargos dado que *“no cumplió con el presupuesto del mes de junio de 2017”* (*pág. 191, archivo “01Demanda”*). Producto de este llamado, la empresa calificó la falta y optó por realizarse un llamado de atención reiterándole el

cumplimiento de las metas por ventas requeridas por la empresa cliente Colcerámica S.A. y la suscripción de un acta de compromiso (pág. 192 y 193, archivo “01Demanda”).

Estos dos eventos, pese a que **SERDAN** calificó las conductas e impuso medidas disciplinarias, fueron invocadas nuevamente pero ahora como justa causa para terminar el contrato, aspecto que no puede aprobar la Sala, en virtud de que dicho comportamiento excede la facultad de dirección y poder que tiene el empresario en el manejo de sus colaboradores y de los contratos de trabajo y, por ende, vulnera los derechos fundamentales de los cuales goza el trabajador, en especial por las siguientes dos razones:

La primera, porque la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que el empleador debe decidir terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos, pues de lo contrario se entenderá que fueron exculpados y no los podrá alegar judicialmente (SL2351-2020). En este caso, el empleador soslayó dicho principio por cuanto las faltas que se le pusieron de presente a la hoy demandante en las diligencias de descargos los días 18 de enero de 2017 y 19 de julio de 2017, inicialmente fueron calificadas disciplinariamente de forma oportuna, y también se tuvieron en cuenta como causas justificativas de terminación del contrato de trabajo, cuando habían transcurrido más de ocho meses entre el primero llamado a descargos y dos meses luego de realizada la segunda diligencia. Incluso, el presunto incumplimiento de metas de noviembre de 2016 ni siquiera fue objeto de descargos, sino que la empresa optó por remitir un memorando recordando las funciones. Es decir, las conductas atribuidas a la trabajadora, al no invocarse oportunamente como justas causas para finalizar el contrato, se deduce que fueron indultadas por el empresario.

Y, en segundo lugar, porque viola el principio del *non bis in idem* en la medida en que por un mismo hecho al trabajador le derivaron dos consecuencias jurídicas totalmente diferentes. Inicialmente se le aplicó una medida disciplinaria y luego a la misma conducta, tiempo después, se le dieron atributos de falta grave para justificar la terminación del contrato de trabajo, ambas objetivamente materializadas. Al efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-478 de 2007 reiteró que *“la prohibición del doble enjuiciamiento goza de una cobertura amplia y laxa, en el sentido que su garantía de aplicación no se restringe al campo del derecho penal, sino que, de manera general, se extiende a todo el universo del derecho sancionatorio, entendiendo por tal, todo régimen jurídico cuya finalidad es regular las condiciones en que un individuo puede ser sujeto de una sanción como consecuencia de una conducta personal contraria a derecho”*. Por eso, dice la Corte, dicho principio se extiende, entre otros, al campo laboral.

Bajo dicho escenario, las faltas graves edificadas en las citadas diligencias de descargos (respecto del incumplimiento de ventas de noviembre y diciembre de 2016 y junio de 2017) no se configuraron, quedando por verificar si se presentó la conducta atípica imputada al demandante en la diligencia de descargos del 25 de septiembre de 2017 y, de ser el caso, si la misma reviste la gravedad suficiente que convalide la terminación unilateral de la relación laboral realizada por el empleador.

En escrito del 24 de julio de 2017 (sic) se citó a la actora a diligencia de descargos el 25 de julio siguiente (sic), con ocasión del no cumplimiento con el presupuesto de ventas para el mes de agosto de 2017 por valor de \$10.000.000 (pág. 194, archivo “01Demanda”). La diligencia se llevó a cabo el 25 de septiembre de 2017, fecha en la cual **EDNA JACKELINE** aceptó que las ventas para el mes de agosto de 2017 fueron por debajo del monto mínimo, que es consciente de que incumplió una de sus obligaciones, pero que no asume la responsabilidad dado que *“los precios fluyen, que nos colaboren con más mercadeo”* (pág. 195 a 197, archivo “01Demanda”), luego esa

aceptación expresa de la trabajadora sería suficiente para tener por acreditada la falta y la consecuente terminación del contrato de trabajo con justa causa.

Sin embargo, en la carta de terminación se invocaron las siguientes razones como incompatibles para continuar con el contrato de trabajo de la demandante:

1. Incumplimiento de las funciones asignadas.
2. Inobservancia a los procesos y procedimientos.
3. Inobservancia a las órdenes e instrucciones emanadas por su empleador o sus representantes sin razones válidas.
4. Omisión en la ejecución de sus funciones con la debida diligencia, precaución y cuidado.
5. Bajo rendimiento respecto a la productividad de sus compañeros de trabajo.
6. Y afectación al presupuesto comercial de la empresa cliente Colcerámica,

Nótese que todas las conductas presuntamente infringidas fueron edificadas en un mismo presupuesto, esto es, un bajo rendimiento por el no cumplimiento de las metas *“estando por debajo del presupuesto establecido y del grupo de trabajo”* (pág. 198, archivo *“01Demanda”*), pues no hay ningún medio de persuasión que permita inferior la inobservancia a los procesos y procedimientos, la indebida diligencia, precaución y cuidado en la prestación del servicio. Por lo tanto, se requería que **SERDAN** acreditara en este juicio cuál fue ese presupuesto establecido y cuál fue la meta del grupo de trabajo fijada para el mes de agosto de 2017, circunstancia no demostrada.

Lo anterior era relevante en este juicio porque el sólo incumplimiento de las metas y el bajo rendimiento de un trabajador no constituye causal directa de terminación del contrato de trabajo, sino que se requieren acciones continuadas de seguimiento que deduzcan que el desempeño del trabajador es incompatible con la función asignada.

Incluso, lo anterior resulta en consonancia con el presunto incumplimiento de la causal prevista en el numeral 9° y 13 del artículo 62 del CST, invocadas en la carta de despido, que corresponden al deficiente rendimiento y a la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

Ahora, la causal alegada como infringida contenida en el numeral 9 del literal a) del artículo 62 del CST, establece lo siguiente:

“9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del {empleador}.”

De suerte que la redacción de la norma exige la concurrencia de tres supuestos. El primero, que se demuestre el rendimiento deficiente del trabajador; el segundo, que dicho rendimiento sea verificado en relación con el promedio de las labores análogas, es decir, frente al rendimiento de los demás compañeros que ejercen la misma función; y, por último, que el trabajador no corrija esa deficiencia a pesar de los requerimientos de su empleador. Y el incumplimiento de cualquiera de ellas, desvirtúa la presencia de esta causal como justificativa de la terminación del contrato de trabajo.

Ahora, para dar aplicación a esa causal, el empleador debe ceñirse al procedimiento señalado en el artículo 2° del Decreto 1373 de 1966, compilado en el artículo 2.2.1.1.3. del Decreto 1072 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”, así:

1. Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días. 2. Si hechos los anteriores requerimientos el empleador considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el

trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y 3. Si el empleador no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.

En el asunto bajo estudio, luego de verificar la información que reposa en el expediente, la Sala encuentra que **SERDAN S.A.** no cumplió con este imperativo y tampoco, se reitera, allegó lo relacionado con el presupuesto establecido y promedio de ventas del grupo de trabajo, indicadores que se requerían para efectos de determinar que las bajas ventas no correspondían a la dinámica misma del negocio (*para agosto de 2016 las ventas fueron inferiores a las de agosto de 2017 y las ventas del primer semestre de los años 2016 y 2017 fueron mejores que las del segundo semestre de cada año, pág. 200, archivo “01Demanda”*), que el grupo de trabajo cumplió el mínimo de la meta establecida y que, por ende, las bajas ventas de la trabajadora se generaron por su mala gestión o indisposición en la labor encomendada. Solo a modo de ejemplo, se tiene que, para los meses de febrero, marzo y abril de 2017 la accionante cumplió el indicador de la meta mínima y para julio de 2017 estuvo muy cerca de alcanzarlo (\$9.479.892).

Al no probarse estos presupuestos, se descarta también la configuración de las faltas previstas en el Reglamento Interno de Trabajo (*pág. 234 a 259, archivo “01Demanda”*), relacionadas con desconocimiento de órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, guardar la moral en relación con sus superiores, ejecución del contrato de trabajo de buena fe y con honestidad, disminución intencional del ritmo de trabajo, descuido en el desarrollo del proceso y contravención de los estándares de servicio al cliente, las cuales, en todo caso, adolecen de sustento probatorio.

Ante ese escenario no le queda camino distinto a la Sala que concluir que la decisión de **SERDAN** fue la de terminar el contrato de trabajo de **EDNA JACKELINE RUBIO AROCA** unilateralmente, pero

sin justa causa. Por tal motivo, se condenará a la empresa a resarcir los perjuicios causados al trabajador por el rompimiento unilateral de la relación laboral, cuyos efectos se encuentran tarifados en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al tratarse de un contrato de trabajo a término indefinido, modalidad que se mantuvo durante toda la vigencia del vínculo contractual, aspecto sobre el que no hubo controversia, la indemnización por despido equivale a 30 días por el primer año de servicio y 20 días por los restantes años o proporcionalmente por fracción (art. 64 CST, modificado Ley 50 de 1990).

La relación laboral se ejecutó entre el 17 de agosto de 2013 al 25 de septiembre de 2017, esto es, 4 años y 39 días, como se consignó en la liquidación del contrato de trabajo (*pág. 32, archivo "10DocumentalRemitidaDemandada"*), por lo que a la accionante le corresponde 92.17 días de indemnización; teniendo en cuenta que la trabajadora para la fecha de terminación del contrato devengó una suma mensual de \$737.717, se obtiene el valor de **\$2.266.513**, montó que deberá pagar la demandada debidamente indexado desde septiembre de 2017 a la fecha de su pago efectivo.

- Sobre la excepción de prescripción

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

Así las cosas, se encuentra probado en este proceso que el contrato de trabajo se terminó el 25 de septiembre de 2017, siendo radicada la demanda el 1° de marzo de 2018 (*pág. 1, archivo "01Demanda"*), esto es, antes del vencimiento del término trienal, por

lo que no prospera este medio exceptivo. Sobre las demás excepciones se declararán no probadas dado el resultado del estudio de la controversia.

Sin costas en segunda instancia. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada y deberán ser tasadas por el *a quo*.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la **COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. SERDAN S.A.** de las pretensiones principales incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandada **COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. SERDAN S.A.** terminó el contrato de trabajo de **EDNA JACKELINE RUBIO AROCA** de forma unilateral y sin justa causa, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. SERDAN S.A.** a reconocer y pagar a favor de la demandante **EDNA JACKELINE RUBIO AROCA** la suma de **\$2.266.513**, por concepto de indemnización por despido, monto que deberá indexarse en los términos ordenados en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la **COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. SERDAN S.A.** Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.03-2022-00132-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **COLFONDOS**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 27 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **JAIRO ALBERTO CALVO SARMIENTO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, y a **COLPENSIONES** a recibir las sumas trasladadas, activar la afiliación, actualizar la historia laboral y a estudiar el derecho pensional reclamado por el demandante (*min. 01:13:00, archivo “13VideoSentenciaPrimeraInstancia20231127”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JAIRO ALBERTO CALVO SARMIENTO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se

declare que se encuentra válidamente afiliado a **COLPENSIONES** o de forma subsidiaria que se declare la ineficacia del supuesto traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, se condene a **COLFONDOS** a trasladar al RPM todos los aportes, rendimientos indexados, frutos e intereses, gastos de administración y al pago de las diferencias que pudiera llegarse a dar entre los aportes realizados al RAIS y los que deben acreditarse en el RPM. A su vez, que se ordene a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado de los aportes, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas, al reconocimiento de la pensión de vejez, intereses moratorios, junto con condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 13 de julio de 1957, se afilió al Instituto de Seguros Sociales – ISS a partir del agosto de 1977, a mediados de 2020 acudió a **COLPENSIONES** a averiguar sobre el trámite para obtener la pensión de vejez, pero le informó que se encontraba afiliado a COLFONDOS; sostiene que nunca efectuó traslado al RAIS; **COLFONDOS** en comunicación del 02 de setiembre de 2020 le informó que no cuenta con documento que valide la afiliación a esa AFP, entidad que reconoció su error y el 10 de marzo y 18 de agosto de 2021 informó la cancelación de la cuenta y el traslado de los recursos a **COLPENSIONES**, pero que a la fecha no se refleja la correcta afiliación.

Manifestó que debido a que nunca tramitó traslado entre regímenes pensionales, no recibió en ningún momento información suficiente, comprensible y transparente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno, así como tampoco los riesgos y consecuencias de afiliarse al RAIS; el 24 de setiembre de 2020 y 25 de agosto de 2021 solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia del traslado y el reconocimiento de la pensión de vejez, peticiones que fueron negadas (*pág. 7 a 13, archivo “01Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, las respuestas brindadas y la solicitud de pensión presentada a

COLPENSIONES, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; falta de legitimación de la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al RAIS; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por **COLFONDOS S.A.**; prescripción de la acción para solicitar la nulidad el traslado; compensación y pago e inexistencia de perjuicios (pág. 3 a 21, archivo “04ContestaciónDemandaColfondos20220906”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, las peticiones presentadas y sus respuestas, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 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; innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 4 a 37, archivo “07ContestacionDemandaColpensiones20230529”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:13:00, archivo “13VideoSentenciaPrimeraInstancia20231127”)

El 27 de noviembre de 2023, el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el señor JAIRO ALBERTO CALVO SARMIENTO el 11 de enero de 2006 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la supuesta afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá trasladar a COLPENSIONES todos los descuentos que realizó al demandante durante el tiempo de permanencia de los aportes allí por

*conceptos de gastos de administración, el valor de las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, conforme la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a que acepte el traslado de los aportes que efectúe COLFONDOS S.A., para que proceda a activar la afiliación inmediatamente del accionante, como si nunca se hubiese trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y así mismo le actualice la información de la historia laboral. De igual manera ordenar a COLPENSIONES que, una vez reciba los dineros provenientes de COLFONDOS S.A, proceda dentro de los cuatro meses siguientes a realizar el estudio del derecho pensional en favor del demandante, respecto de la petición que corresponde a la pensión de vejez. **QUINTO: DECLARAR** no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por las demandadas. **SEXTO: CONDENAR** en costas junto con las agencias en derecho a las demandadas, las cuales se tasan de la siguiente manera: a cargo de COLPENSIONES la suma de \$1.500.000, a cargo de COLFONDOS S.A. la suma de \$2.000.000. **SÉPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de la Demandada COLPENSIONES, consúltese con el Superior en los términos del artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social...” Sic.*

Como sustento de la decisión el Juez expresó que no se logró demostrar la existencia del presunto formulario de afiliación, no cumpliéndose los requisitos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993 al no existir certeza de la manifestación de voluntad del afiliado, lo que deriva en la nulidad del supuesto traslado. Sostuvo que de haberse aportado dicho formulario tampoco se acreditó que la AFP haya cumplido con el deber de información, siendo su carga procesal, en los términos señalados por el precedente de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Y respecto del reconocimiento pensional indicó que no es procedente porque para el momento en que se elevó la solicitud **COLPENSIONES** no contaba con los recursos correspondientes a los aportes pensionales, los cuales sólo a partir de la ejecutoria de la sentencia podrá tenerlos en su poder, por lo que una vez se acredite el traslado de los recursos, **COLPENSIONES** deberá realizar el estudio de la prestación pensional en los cuatro meses siguientes.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación por no encontrarse de acuerdo con la devolución de gastos de administración y pólizas de seguro previsional. Adujo que en cualquiera de los dos

regímenes se cobra la comisión del 3% y que dicho porcentaje en ningún caso corresponde a un capital destinado para financiar la pensión, sin que la no devolución de este concepto afecte el monto de la pensión del afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Además, que el pago de estos recursos deteriora la situación financiera de la AFP y puede afectar la sostenibilidad financiera del sistema; sostuvo que la póliza previsional es contratada por la AFP en beneficio y provecho de los afiliados, razón por la cual la entidad sólo tiene un rol de intermediaria y recauda las primas de seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora, los cuales no ingresan al patrimonio de la administradora. Finalmente, que dicho contrato fue debidamente ejecutado y cuyos efectos no se pueden retrotraer como consecuencia de la ineficacia (*min. 01:16:15, archivo “13VideoSentenciaPrimeraInstancia20231127”*).

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que, al margen del tiempo de afiliación del demandante al RAIS, es clara la intención del afiliado de permanecer vinculado a ese sistema pensional con todo lo que ello implica; además, que este asunto no atiende a los elementos fácticos que se circunscribe este tipo de procesos frente a la ineficacia del traslado de régimen pensional (*min. 01:19:12, archivo “13VideoSentenciaPrimeraInstancia20231127”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se allegó documental que acredita la condición de la doctora Eliana Andrea De La Barrera González, como apoderada de **COLFONDOS**, motivo por el cual se le reconoce esa condición. Y en el escrito de alegatos reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

La apoderada del demandante, pese a que no cuestionó la decisión de primer grado, solicita se modifique la sentencia para que se reconozca la pensión de vejez.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si hubo traslado de régimen pensional, en caso afirmativo la validez del mismo y la procedencia de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) JAIRO ALBERTO CALVO SARMIENTO** nació el 13 de julio de 1957 y se afilió al ISS en agosto de 1980 (*pág. 14 y 22, archivo “01Demanda”*); **ii)** en comunicación del 02 de septiembre de 2020 **COLFONDOS** aceptó que el demandante se afilió a esa entidad desde el 11 de enero de 2006, con efectividad a partir del 1° de marzo siguiente (*pág. 39 y 40, archivo “01Demanda”*); **iii)** y en oficio del 10 de marzo de 2021 y 18 de agosto de 2021 **COLFONDOS** informó que el actor tuvo

vinculación a esa AFP hasta el 31 de diciembre de 2020, fecha a partir de la cual, por efectos de multiafiliación, trasladó la misma a **COLPENSIONES** junto con los valores depositados en la cuenta de ahorro individual (*pág. 37 y 38, archivo “01Demanda”*).

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

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

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

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada*

régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, con las pruebas aportadas por las partes para la Sala hay plena certeza que **JAIRO ALBERTO CALVO SARMIENTO** se trasladó del Régimen de Prima con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de **COLFONDOS**, el 11 de enero de 2006, con efectividad a partir del 1° de marzo siguiente (*pág. 39 y 40, archivo “01Demanda”*), lo que descarta el planteamiento inicial contenido en la demanda.

Y si bien **COLFONDOS** no aportó el formulario de vinculación a esa AFP y le informó al afiliado que presentó la denuncia por la pérdida del documento (*pág. 35, archivo “01EDemanda”*), ese no es el único medio probatorio para demostrar el traslado, pues este se deduce no sólo de lo aceptado por **COLFONDOS** en la contestación de la demanda y en las

respuestas otorgadas al afiliado, sino del historial de vinculaciones SIAFP expedido por ASOFONDOS, donde consta que la solicitud de traslado se realizó el 11 de enero de 2006 y se materializó el 1° de marzo del mismo año (*pág. 22, archivo “04ContestaciónDemandaColfondos20220906”*).

Por lo tanto, en este asunto no se puede hablar de inexistencia o nulidad de traslado en la medida en que este nació a la vida jurídica, por lo que resulta plenamente aplicable la línea jurisprudencial antes citada.

Ahora, **JAIRO ALBERTO CALVO SARMIENTO** en la demanda señaló que no suscribió formulario y que, por tanto, no recibió en ningún momento información suficiente, comprensible y transparente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno, así como tampoco los riesgos y consecuencias de afiliarse al RAIS, aspecto que reiteró en el interrogatorio donde insistió que nunca hizo ese traslado y no sabe desde cuando lo pasaron a la AFP.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que en casos similares el magistrado ponente se ha decantado por señalar que en aquellos eventos donde no intervino, de ninguna forma, los asesores de la AFP, no se puede hablar de una falta al deber de información del fondo de pensiones, no siendo una circunstancia equivalente a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS.

Sin embargo, esa tesis no es aplicable en este asunto donde fue el propio fondo de pensiones quien aceptó que esa asesoría se llevó a cabo. En efecto, al contestar el hecho 10 de la demanda (*pg. 5, archivo “04ContestaciónDemandaColfondos20220906”*) y en la respuesta brindada al actor en oficio del 02 de septiembre de 2020 (*pág. 39 y 40, archivo “04ContestaciónDemandaColfondos20220906”*), **COLFONDOS** aceptó que el asesor le explicó a **JAIRO ALBERTO CALVO SARMIENTO** las condiciones propias de este producto.

En esa medida, le corresponde a la Sala verificar si la AFP cumplió con el deber de información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

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

Y aunque en la comunicación del 02 de septiembre de 2020 (*pág. 39 y 40, archivo “04ContestaciónDemandaColfondos20220906”*), **COLFONDOS** le informó al demandante que al momento de dicho traslado le entregaron esta información, la misma es una conclusión de la AFP de los datos consignados en los formatos de vinculación, documento que no fue aportado para saber los términos en que se realizó la asesoría.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por **COLPENSIONES** en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis

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

Se resalta que la supuesta situación de múltiple vinculación alegada por **COLFONDOS** en escrito del 10 de marzo de 2021 (*pág. 36, archivo “01Demanda”*) para retornar los aportes a **COLPENSIONES**, no se materializó, por cuanto no se cumplieron los presupuestos exigidos en el Decreto 3995 de 2008, lo que no impide la declaratoria de ineficacia.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto por **COLFONDOS** en la alzada. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, sin la correspondiente indexación, se adicionará la sentencia en este aspecto.

Además, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal

y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará este punto de la sentencia.

Sobre la orden impartida a **COLPENSIONES** para que estudie el reconocimiento pensional una vez se materialice traslado y en el término de ley, también se confirmará. Esto por cuanto le corresponde a **COLPENSIONES** validar los aportes pensionales trasladados del RAIS y computar las semanas cotizadas en la historia laboral de la afiliada, en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, por lo que un reconocimiento pensional previo como se reclama es improcedente, en la medida en que los dineros aún no han ingresado al fondo común que administra **COLPENSIONES**. Tan solo dicho estudio lo podrá adelantar el fondo de pensiones una vez reciba los dineros provenientes del RAIS, como acertadamente lo dispuso el *a quo*.

Pero, además, nótese que disponer un reconocimiento pensional en tales condiciones convertirían al Juez Laboral en un coadministrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al ser la primera autoridad en pronunciarse sobre un posible derecho prestacional de un afiliado de este régimen, sin ni siquiera permitírsele que la entidad encargada legalmente de su administración cumpla con sus funciones, en los términos de los artículos 31, 32 y 52 de la Ley 100 de 1993.

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con

un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo vinculado en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que la demandada cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.04-2021-00189-02

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y el artículo 117 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia del 22 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones (*min. 24:37, archivo "44GrabaciónParte02Audiencia20240222"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

EDWIN ANTONIO PIEDRAHITA MACIAS llamó a juicio a **ECOPETROL S.A.** y a **CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.** para que se ordene a **ECOPETROL** cesar la vulneración de su derecho a la garantía de fuero sindical, la cual se ha visto perturbada producto de la sustitución patronal, se ordene la restitución de su servicio a favor de dicha entidad en el mismo cargo y funciones que venía desempeñando antes de su traslado a la empresa **CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.**,

junto con todas los beneficios convencionales, en especial los servicios médicos de salud y odontológicos o, en su defecto, no se disponga ninguna desmejora, junto con el pago de salarios, acreencias legales y convencionales, indemnización de perjuicios en solidaridad de ambas demandadas, costas y condena por facultades extra y ultra *petita* (pág. 4 a 54, archivo “01DemandayAnexos” y pág. 3 a 53, archivo “04SubsanacionDemanda”).

Como fundamento fáctico indicó que es trabajador activo vinculado con contrato de trabajo a término indefinido con el empleador **ECOPETROL S.A.** ejerciendo funciones de operador de planta – coordinación O&M Chimita Bucaramanga; **ECOPETROL** forma grupo empresarial con sus sociedades filiales y subordinadas, entre ellas **CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.**, por lo que todos los trabajadores tienen la condición de servidores públicos; **ECOPETROL S.A.** y **CENIT S.A.S.** celebraron sustitución patronal sin autorización del Ministerio del Trabajo, ordenando el traslado de los trabajadores operativos y administrativos de la Vicepresidencia de **ECOPETROL**, incluido su cargo, siendo suspendido su contrato de trabajo con **ECOPETROL**, pasando a ser trabajador de **CENIT** desde el 1° de febrero de 2021, sin tener en cuenta que goza de la garantía constitucional y legal de estabilidad en el empleo, generando unas condiciones inferiores a las que tiene los empleados directos de **ECOPETROL** y afectando su mínimo vital, en claro abuso del *ius variandi*.

Manifestó que ostenta el cargo de Secretario del Sindicato USTRASEN coexistente al interior de **ECOPETROL S.A.**; los sindicatos USO, ADECO, APROTECO SINDISPETROL tienen suscrita una convención colectiva de trabajo con **ECOPETROL S.A.** de la cual es beneficiario; a partir del 1° de febrero de 2021, se le ha obstaculizado el ejercicio de su derecho sindical y desmejorado de sus condiciones laborales producto de la sustitución patronal; **ECOPETROL** desde el 1° de enero de 2013, celebró acuerdo comercial con **CENIT** para la implementación del nuevo modelo operativo del segmento de

transporte y logística de hidrocarburos mediante el cual la sociedad **CENIT TRANSPORTE LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.** asumió la operación integral de los activos del sistema nacional de transportes de oleoductos, poliductos, estaciones de transportes y bombeo de fluidos de hidrocarburos de propiedad de **ECOPETROL S.A.**, que le fueron transferidos por enajenación; finalmente, que radicó reclamación ante las demandadas siendo contestada su petición de manera negativa, y que la situación le generó perjuicios materiales estimados en \$58.000.000 y perjuicios morales en 300 gramos de oro o su equivalente en salarios mínimos (*pág. 4 a 54, archivo “01DemandayAnexos” y pág. 3 a 53, archivo “04SubsanacionDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

En audiencia del 14 de diciembre de 2022, al contestar la demanda, **CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.** se opuso a las pretensiones, afirmando que no hay razón jurídica ni fáctica para ordenar a esa demandada retornar o restituir al trabajador a **ECOPETROL S.A.**, pues se celebró válidamente sustitución patronal, tampoco había lugar a solicitar permiso al juez laboral para efectuar dicha sustitución y el demandante no ha sufrido ningún tipo de desmejora de su servicio médico y odontológico, siendo beneficiario del plan de salud Colsanitas – CENIT con beneficios equivalentes a los del régimen exceptuado de salud de **ECOPETROL**. Además, que, mediante Acta de Acuerdo suscrito entre ECOPETROL, CENIT y la USO, el 16 de enero del 2021, pactaron que los empleados sustituidos a **CENIT** mantendrán los mismos derechos de la salud consagradas en la convención colectiva de trabajo USO – ECOPETROL 2018- 2022. Formuló como previa la excepción de *ineptitud de demanda por indebida acumulación de pretensiones*, y como de mérito las excepciones de *inexistencia de las obligaciones y del derecho reclamado*, cobro de lo no debido, pago y compensación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica (*min. 00:08:17, archivo “22Grabacion2Audiencia20221214”*).

ECOPETROL S.A. también se opuso a las pretensiones señalando que no existe vulneración a la garantía constitucional del fuero sindical, sino una sustitución patronal entre **ECOPETROL S.A.** y la Sociedad **CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.**, por una reorganización empresarial de la línea de transporte y logística de hidrocarburos, por lo que operó dicha figura a partir del 1° de febrero de 2021. Propuso como previa la excepción de *habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*, y como de mérito *carencia de la calidad de aforado sindical*, falta de causa, cumplimiento de los requisitos de la sustitución patronal, buena fe, prescripción, la innominada o genérica (*min. 01:16:40, archivo “22Grabacion2Audiencia20221214”*).

El Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá, en la misma audiencia, declaró probada la excepción previa propuesta por **CENIT** denominada indebida acumulación de pretensiones, excluyendo del debate probatorio la pretensión número 7, relacionada con la indemnización de perjuicios. Y declaró no probada la excepción de *habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde* (*min. 00:22:04, archivo “11ActaAudiencia07Febrero2023”*), decisión que fue confirmada por esta Corporación en providencia del 30 de junio de 2023 (*archivo “04AutoInterlocutorio”, carpeta “C02ApelacionAuto”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 24:37, archivo “44GrabaciónParte02Audiencia20240222”*)

El 22 de febrero de 2024, el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO:** Absolver a las demandadas ECOPETROL S.A. y CENIT Transporte e Hidrocarburos de cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor. **SEGUNDO: DECLARAR** no probada la tacha de los testigos propuesta por la parte actora. **TERCERO:** Queda el despacho relevado del examen de las excepciones propuestas por las

demandadas. **CUARTO:** Condenar en costas al actor, se fijan como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo en favor de cada una de las demandadas. **QUINTO:** En caso de no ser apelada esta decisión remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en el grado jurisdiccional de consulta (...)."

Como fundamento de la decisión, el Juez explicó que en el proceso especial de fuero sindical no se pueden estudiar pretensiones distintas a las establecidas al artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, motivo por el cuál la validez de la sustitución patronal debe ventilarse a través del proceso ordinario; por tal motivo, manifestó que se apartaba del precedente vertical de esta Corporación vertido en el proceso 39 2021 00177 01, donde fue Magistrado Ponente el Doctor Miller Esquivel Gaitán (q.e.p.d.).

Advirtió que le correspondía al actor demostrar la desmejora en sus condiciones de trabajo, producto de la sustitución patronal, situación que no logró acreditar en el juicio, ya que en materia de salud sus condiciones no fueron desmejoradas dado que se le garantizó el servicio equivalente a través de Colsanitas, también subsidio familiar, educación, arriendo y pago de educación de los hijos de actor.

Tampoco se logró probar la suspensión del contrato de trabajo ni las condiciones de precariedad indicadas en el escrito de demanda y por ello dedujo que no opera la garantía establecida en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo. Además, que la sola sustitución patronal no desmejora las condiciones laborales pues con esta figura no se permite la modificación sustancial de los contratos de trabajo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

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

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

V. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **EDWIN ANTONIO PIEDRAHITA MACIAS** goza de la garantía de fuero sindical; en caso afirmativo, si fue desmejorado en sus condiciones de trabajo producto de la sustitución patronal celebrada entre las demandadas, si procede la restitución al cargo en las mismas condiciones que presentaba al momento de la desmejora y el reconocimiento de prestaciones legales y convencionales, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

VI. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) EDWIN ANTONIO PIEDRAHITA MACIAS** se vinculó mediante contrato a término indefinido con **ECOPETROL S.A.** desde el 05 de marzo de 2001, para desempeñar inicialmente el cargo de Operador de Refinería IV (*pág. 28, archivo “13ContestaciónDemanda” y pág. 2 a 4, archivo “17PruebasContestación”*); **ii)** el 15 de junio de 2012 se constituyó la sociedad **CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.** (*pág. 8, archivo “15SustitucionPoderCenit”*), cuyo único accionista es **ECOPETROL S.A.** (*pág. 287, archivo “17PruebasContestación”*); **iii)** en el año 2013, **ECOPETROL** efectuó un aporte de activos a **CENIT**, constituidos principalmente por infraestructura asociada al transporte de hidrocarburos y derivados de

propiedad de **ECOPETROL** (pág. 3, archivo “13ContestaciónDemanda”); **iv)** el 1° de abril de 2013 se celebró entre **ECOPETROL** y **CENIT** el Contrato de Operación y Mantenimiento No.8000000575 mediante el cual **ECOPETROL** se obligó a prestar los servicios especializados de operación, mantenimiento, gestión de riesgos por emergencia y desastres y complementarios de la infraestructura de **CENIT**, por un valor indeterminado y un plazo de ejecución de quince (15) años y, posteriormente, las partes suscribieron diferentes otros si, entre ellos el No. 3 mediante el cual **CENIT** le confirió mandato con representación a **ECOPETROL** para la suscripción de actos y contratos para la procura de bienes y servicios necesarios para la operación y mantenimiento, se definieron obligaciones del mandate y mandatario y se precisaron aspectos relacionados con la remuneración de **ECOPETROL** y del esquema de responsabilidad del Contrato (pág. 8 y 9, archivo “13ContestaciónDemanda”); **v)** el 16 de enero de 2021, **CENIT**, la Unión Sindical Obrera - USO y **ECOPETROL** celebraron acuerdo en virtud del cual, ante la finalización del Contrato de Operación y Mantenimiento que fue suscrito el 1° de abril de 2013, los trabajadores vinculados en la ejecución de dicho Contrato y necesarios para darle continuidad a la operación en **CENIT**, pasarán a ser empleados de **CENIT**, por sustitución patronal, a quienes se les mantendrán a cargo de **CENIT** las mismas condiciones consagradas en la convención colectiva de trabajo suscrita entre **ECOPETROL S.A.** y la USO 2018-2022, advirtiéndose que las obligaciones en salud, salud ocupacional, riesgos laborales y la cobertura de atención a los trabajadores sustituidos serán asumidas por **CENIT** con características y condiciones equivalentes a las estipuladas en la convención colectiva de trabajo 2018-2022 (pág. 3 a 7, archivo “13ContestaciónDemanda”); **vi)** el 27 de enero de 2021, **ECOPETROL** y **CENIT** formalizaron la terminación anticipada del Contrato No.8000000575, por mutuo acuerdo (pág. 8 a 13, archivo “13ContestaciónDemanda”); **vii)** el 29 de enero de 2021, **ECOPETROL** comunicó al demandante que a partir del 1° de febrero de 2021 el nuevo empleador es **CENIT**, con ocasión de la sustitución patronal (pág. 2, archivo “13ContestaciónDemanda”); **viii)** **EDWIN ANTONIO PIEDRAHITA MACIAS** fue elegido como miembro de la junta directiva

principal de la UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL SECTOR HIDROCARBUROS, ENERGÉTICOS, MINERO Y EMPRESAS SIMILARES AFINES – USTRASEN, desde el 25 de mayo de 2018, en calidad de vicepresidente y posteriormente como Secretario General desde el 29 de junio de 2020 (*pág. 125 y 126, archivo “01DemandayAnexos” y pág. 7, archivo “20RespuestaSolicitud”*); **ix)** el actor el 24 de marzo de 2021 presentó reclamación administrativa ante **ECOPETROL S.A.** con fecha del 24 de marzo de 2021 (*pág. 115 a 123, archivo “05SubsanaciónDemanda”*) y respuesta de Ecopetrol del 15 de abril de 2021 donde indica que la sustitución patronal se hizo dentro del marco legal (*pág. 127 a 128, archivo “05SubsanaciónDemanda”*).

- Sobre el Fuero Sindical.

A fin de proteger el derecho de organización sindical, la normatividad sustancial laboral consagró la existencia de un fuero que protege a ciertos trabajadores por su importancia en la organización sindical, garantía que se elevó a rango constitucional en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991.

El artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define este fuero como la garantía a no ser despedido, desmejorado en sus condiciones de trabajo ni trasladado a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo. A su vez, el artículo 406 CST determinó cuales trabajadores están amparados, incluyendo los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, así como los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más. Sin embargo, la misma norma advierte que gozan de fuero sindical los servidores públicos, salvo aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

Sobre la naturaleza y finalidad del fuero sindical, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha precisado que dicho fuero garantiza la calificación judicial previa para despedir, desmejorar las condiciones de trabajo o trasladar a otros establecimientos a aquellos trabajadores señalados en el artículo 406 CST (SL Rad. 15.013 del 27 de febrero de 2001), protegiendo y garantizando los derechos de asociación, de libertad sindical y negociación colectiva (SL5119 de 2018 y SL4818 de 2020). Por su parte, en la sentencia SL13275 de 2016, la misma Corte reiteró que el fuero procura evitar que el empleador perturbe indebidamente la acción legítima de los sindicatos reconocida constitucionalmente, de allí que se haya consagrado un proceso especial para solicitar autorización judicial previa para despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de trabajo de aquellos trabajadores aforados o para que, en caso de que dichas acciones hayan sido ya efectuadas sin la respectiva autorización, el trabajador pueda solicitar su reintegro.

CASO CONCRETO

En este asunto no hay discusión de que **EDWIN ANTONIO PIEDRAHITA MACIAS** para el momento de la sustitución patronal se encontraba vinculado como trabajador de **ECOPETROL** y gozaba de la garantía de fuero sindical por ser miembro principal, inicialmente como vicepresidente, desde el 25 de mayo de 2018, y después como secretario general, desde el 29 de junio de 2020, de la UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL SECTOR HIDROCARBUROS, ENERGÉTICOS, MINERO Y EMPRESAS SIMILARES AFINES – USTRASEN (artículo 406 del CST), organización de primer grado y de industria.

El debate radica en si se acreditaron las causas objetivas suficientes para tener por desmejorado su cargo con ocasión de la sustitución patronal celebrada entre **ECOPETROL** y **CENIT**. Al respecto, el Juzgado de instancia negó la acción especial al señalar que

a través de este procedimiento especial no se puede verificar la validez de la sustitución y que el trabajador no acreditó la desmejora alegada.

La finalidad del fuero sindical es impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador pueda perturbar indebidamente la acción legítima que la Constitución Política reconoce a los sindicatos (Corte Constitucional C-831 de 2000).

En tal sentido, la carga de la prueba de demostrar la causal que considera le generó la desmejora le corresponde al trabajador y al empleador le corresponde desvirtuarla o que la misma no requería la autorización del juez de trabajo.

En este caso, la desmejora se edificó principalmente en la sustitución patronal, pues según el actor esto le generó el cambio sustancial en las condiciones laborales. Por tanto, para poder determinar si se configuró la desmejora laboral del trabajador aforado sería necesario estudiar preliminarmente la validez de dicha sustitución puesto que fue ese acto jurídico el que derivó el cambio de empleador y la presunta variación en la prestación del servicio. Sin embargo, ese estudio no puede abordarse a través de la presente de acción especial sumarial dado que el campo de acción del Juez se reduce exclusivamente a determinar el decaimiento de las condiciones laborales del trabajador amparado con fuero sindical, sin que sea posible un análisis fáctico diferente, salvo evidente violación de derechos laborales fundamentales debidamente controvertidos en el trámite del proceso.

Con esa aclaración, se analiza las pruebas oportunamente presentadas y recaudadas para establecer si se presentó o no la alegada desmejora.

El 15 de junio de 2012, se constituyó la sociedad **CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.** (pág. 8,

archivo “15SustitucionPoderCenit”), cuyo único accionista es **ECOPETROL S.A.** (pág. 287, *archivo “17PruebasContestación”*).

ECOPETROL en el año 2013, transfirió el dominio de la infraestructura asociada al transporte de hidrocarburos y derivados a favor de **CENIT** (pág. 3, *archivo “13ContestaciónDemanda”*), momento a partir del cual los medios de producción quedaron a disposición de esta última para el cumplimiento de su objeto social.

A partir del 1° de abril de 2013, se celebró entre **ECOPETROL** y **CENIT** el Contrato de Operación y Mantenimiento No.8000000575 donde **ECOPETROL** se obligó a prestar los servicios especializados de operación, mantenimiento, gestión de riesgos por emergencia y desastres y complementarios de la infraestructura de CENIT, en virtud del cual, según los medios de persuasión incorporados al expediente, **EDWIN ANTONIO PIEDRAHITA MACIAS** fue destinado por parte de **ECOPETROL** para la ejecución de dicho contrato.

Teniendo en cuenta que a partir del año 2021, **CENIT** asumió la operación de sus activos, asumiendo todas las actividades de operación, mantenimiento y terminó el contrato comercial suscrito con ECOPETROL, mediante Acuerdo celebrado el 16 de enero de 2021 entre **CENIT**, la Unión Sindical Obrera - USO y **ECOPETROL** (pág. 3 a 7, *archivo “13ContestaciónDemanda”*), se pactó la sustitución patronal, donde se señaló que **CENIT**, a partir de la sustitución patronal, asumirá las obligaciones salariales y prestacionales de origen legal, y las extralegales contenidas en la convención colectiva de trabajo suscrita entre **ECOPETROL** y la USO, e incorporadas al contrato de trabajo que les sean exigibles en el momento de sustitución patronal.

Además, que *“Para efecto del derecho a la salud de los beneficiarios de la Convención Colectiva de Trabajo USO -ECOPETROL 2018-2022, que serán sustituidos a Cenit y sus familiares beneficiarios actuales y futuros, Cenit y la USO acuerdan que, dentro de los 15 días calendario siguientes a la firma de la presente acta, se reunirán en una comisión tres (3)*

representantes de la empresa y tres (3) representantes por el sindicato. El marco de las conversaciones será la revisión de la implementación en Cenit de los servicios de salud que tendrá cobertura y características equivalentes en calidad y servicio a las que se vienen recibiendo como beneficiarios y que se encuentran pactadas en el capítulo VI de la actual convención colectiva de trabajo 2018-2022, suscrita entre Ecopetrol S.A y la USO, así como sus complementarios en salud que resulten aplicables. El servicio de salud y las contingencias que se presenten durante el periodo de las conversaciones, igualmente serán garantizados por Cenit en condiciones y coberturas equivalentes con lo establecido en la convención colectiva USO – Ecopetrol 2018-2022. 6. Las obligaciones en salud ocupacional, riesgos laborales y la cobertura de atención a los trabajadores sustituidos serán asumidas por CENIT con características y condiciones equivalentes a las estipuladas en la convención colectiva de trabajo 2018-2022, firmada entre ECOPETROL S.A. y LA USO”.

Con ocasión de la sustitución patronal, el 29 de enero de 2021 **ECOPETROL** notificó a **EDWIN ANTONIO PIEDRAHITA** que a partir del 1° de febrero de 2021 el nuevo empleador es CENIT (pág. 2, archivo “13ContestaciónDemanda”), circunstancia que sucedió no sólo con el actor, sino con todos los demás trabajadores que había destinado **ECOPETROL** para el cumplimiento del contrato comercial celebrado en el año 2013 y que corresponde a una de las etapas del procesamiento el petróleo y sus derivados, aspecto que guarda armonía con su objeto social.

CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. allegó el plan de salud Colsanitas – Cenit con coberturas y alcances en servicios médicos, odontológicos, medicina especializada, apoyo diagnóstico y terapéutico, cirugías, hospitalización y medicamentos, resaltando que son equivalentes al de Ecopetrol (pág. 76 a 89, archivo “17PruebasContestación”). Igualmente, adosó cartilla de beneficios económicos, individuales y compensación, donde se condensan todos los beneficios extralegales aplicables a los trabajadores que fueron objeto de sustitución patronal por parte de **ECOPETROL** (pág. 90 a 173, archivo “17PruebasContestación”)

Al revisar al expediente no hay ningún medio de persuasión demostrativo y concreto que permita evidenciar la presunta desmejora causada al demandante con ocasión de la referida sustitución y tampoco la afectación a libertad de asociación y demás derechos de la organización sindical a la que pertenece, lo único que se observa son afirmaciones indefinidas contenidas en el escrito de demanda y en la reclamación administrativa, sin que se encuentren debidamente soportadas.

Incluso **EDWIN ANTONIO PIEDRAHITA MACIAS** al absolver interrogatorio sostuvo que a partir del 1° de febrero de 2021 el contrato de trabajo no se suspendió, que cumple la misma función, recibe el mismo salario, prestaciones sociales similares y se han presentado ciertas mejoras en algunos aspectos (*min. 14:44, archivo “22Grabacion1Audiencia20221214”*). Y aunque afirmó que los beneficios sindicales se perdieron en un 70 u 80%, que no le han concedido los permisos sindicales y que se afectaron los servicios de salud que ofrecía **ECOPETROL** al ser un régimen especial, no hay prueba que estos aspectos hayan sucedido. Al contrario, señaló que se le ha respetado el derecho a la libre asociación y conoce del plan de beneficios de salud que se brinda a través del plan de medicina prepagada que tiene la compañía con Colsanitas, sin que indicara que haya tenido dificultades o negación de servicios médicos u odontológicos, o que estos sean inferiores a los que recibía con su anterior empleador.

Además, no se puede desconocer que con el Acuerdo de sustitución patronal **CENIT** se comprometió a garantizar al trabajador condiciones económicas análogas a las que disfrutaba en **ECOPETROL**, tanto legales y convencionales, circunstancia que se viene cumpliendo, así lo manifestaron los testigos Adriana Ingrid Puin Vargas (*min. 00:08, archivo “33Audiencia02Audiencia20231207”*), Javier Iván Alfonso García (*min. 11:05, archivo “36GrabacionParte01Audiencia20240119”*) y Mario Alejandro Villamizar Cabrera (*min. 29:48, archivo “37GrabacionParte02Audiencia”*), quienes relataron la forma en que se

brinda los servicios médicos, los incrementos de salario con los puntos adicionales que se venían aplicando en Ecopetrol, el plan educacional del cual hace uso el accionante, los descuentos de cuota sindical, entre otros aspectos.

Por otra parte, se resalta que la UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL SECTOR HIDROCARBUROS, ENERGÉTICOS, MINERO Y EMPRESAS SIMILARES AFINES – USTRASEN (artículo 406 del CST), sindicato del que hace parte el demandante como miembro principal de la junta directiva, es una organización de primer grado y de industria, de lo que se deduce que los derechos sindicales tampoco se han visto afectados, dado que si bien el trabajador fue desvinculado de **ECOPETROL** la sustitución se realizó a una empresa perteneciente al mismo sector de hidrocarburos, sin que en el juicio se demostrara que el poder de negociación y de fuerza de la referida organización fueran disminuidos.

De este modo, es evidente que no se desmejoró el contrato de trabajo del empleado amparado con fuero sindical, por lo que no se dan presupuestos para la procedencia de esta acción, motivo suficiente para confirmar la sentencia absolutoria.

Sin costas en segunda instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.

ACLARO VOTO


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión debo aclarar mi voto por las siguientes razones.

De vieja data la CSJ, en sentencias tales como la STL de abril 24 de 2012 Rad 28540, reiterada en la STL DE JULIO 3 DE 2013 Rad 32912 MP CARLOS ERENESTO MOLINA MONSALVE ha expresado;

(..)

... cuando se alega el despido de un trabajador aforado de una empresa, sin justa causa, ese necesario acreditar dentro del proceso especial de fuero sindical, una serie de supuestos necesarios para obtener sentencia favorable; ellos son, a título de ejemplo: la existencia de la relación de trabajo, la calidad de miembro de la junta directiva y el despido.

En otras palabras, el juez que resuelve un conflicto relativo a la estabilidad laboral reforzada derivada del fuero sindical, está habilitado para resolver una serie de cuestiones adicionales que se le proponen para efectos de determinar si al demandante le asiste el derecho a ser reintegrado..”

Estas conclusiones se infieren del contenido del artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el Decreto 204 de 1957 artículo 7º, que da a entender que el conflicto se genera entre un empleador y un trabajador, calidades que se pueden discutir dentro de este proceso. Señala la norma que el conflicto se da cuando un trabajador está amparado por fuero sindical, punto que puede ser objeto de controversia en un asunto de esta competencia cuando se pretenda demostrar que el trabajador no tiene calidad de aforado;



igualmente, señala la norma que el juez negará el permiso para despedir cuando no se demuestre la existencia de justa causa, lo que impone concluir que también puede existir en los procesos de fuero, Radicación: 76001310501320190049001 10 cualquiera que sea la acción (reintegro o permiso para despedir), controversia en torno a si hubo o no despido y si se requería o no la autorización judicial. No se garantiza, en consecuencia, el derecho de asociación cuando so pretexto de un criterio de simple competencia se deja de asumir de fondo el conflicto y se da una solución meramente procesal en puntos donde la Ley (artículo 408 C.S.T.) señala claramente el contenido de la sentencia, en donde se impone definir el fondo del conflicto. **Todo lo anterior está relacionado con lo dispuesto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo que le da al juez competencia para adoptar las medidas necesarias con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y precisamente, dentro de un proceso de fuero sindical, es deber del juez solucionar todas las cuestiones relacionadas con la declaración del derecho pretendido. Una decisión eminentemente procesal como lo hace el ad quem, deja al trabajador sin posibilidad de defensa, determina la prescripción de la acción de reintegro y deja el conflicto en el limbo, generando requisitos judiciales adicionales (proceso ordinario), no señalados en la ley...** (Negrilla fuera de texto)

De lo anteriormente expuesto, es dable precisar que, en los procesos de fuero sindical, cualquiera que sea la acción, el operador judicial debe analizar y brindar solución a todas las circunstancias que versen sobre la declaración del derecho que se encuentra en discusión, por ende, se deben dejar de lado decisiones plasmadas en proveídos que generen requisitos judiciales que no se encuentran expresamente señalados en la Ley...

De manera que es perfectamente viable y además deber del juez, estudiar una sustitución patronal, toda vez que se hace necesario en el proceso especial, en este caso de reinstalación por desmejora; justo para la definición del derecho;



aunque se itera, comparto la decisión pues no se demostró la pretendida desmejora.

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of a large, fluid loop followed by a horizontal stroke.

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 05-2021-00142-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por **PROTECCIÓN** y **SEGUROS BOLÍVAR** contra la sentencia del 08 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 20 de marzo de 2015 por efectos de prescripción y al pago de intereses moratorios desde el 21 de mayo de 2018, además ordenó a **SEGUROS BOLIVAR S.A.** desembolsar a **PROTECCIÓN** el monto que se cancele por concepto de intereses moratorios y a asumir las costas de la primera instancia (*min.02:06:17, archivo "13AudienciaaaArt77Y80"*)

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

VICTORIA ISABEL MISAS CUBILLOS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a partir del 21 de diciembre de 2003, como compañera permanente del afiliado Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.), descontando las mesadas prescritas, junto con intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico indicó que Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.) cotizo 407,7 semanas de las cuales 97,7 fueron en los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, ocurrido el 21 de diciembre de 2003; el 30 de agosto de 2004, junto con su hija menor para esa fecha, Alejandra González Misas, radicaron solicitud de pensión de sobrevivientes ante el Instituto de Seguros Sociales, entidad que mediante Auto No.072 del 11 de mayo de 2005 devolvió los documentos indicando que el reconocimiento de la prestación corresponde a la AFP Santander hoy **PROTECCIÓN S.A.**, decisión que fue confirmada en sede de apelación.

Manifestó que inició proceso ordinario laboral por considerar que tenía derecho para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes dejada por el causante, la primera instancia terminó con decisión favorable pero en segunda instancia fue revocada por este Tribunal y en sentencia del 16 de marzo de 2016 la Corte Suprema de Justicia no casó la providencia; por tal motivo, realizó solicitud de reconocimiento pensional ante la AFP **PROTECCIÓN** el 20 de marzo de 2018 sin que la misma haya sido resuelta; el 11 de noviembre de 2019 **PROTECCIÓN** requirió declaraciones extra juicio rendidas por familiares del afiliado fallecido, las cuales no fue posible aportarlas ya que los padres del causante murieron, no tenía hermanos ni tíos (*pág. 1 a 6, archivo "02DemandaYAnexos"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó las semanas cotizadas, la cotización de más de 50 semanas en los tres años anteriores al fallecimiento del afiliado, la fecha de su deceso y la presentación de la reclamación, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación*, *inexistencia de intereses moratorios*, *prescripción* y la genérica (*pág. 2 a 7, archivo "06ProteccionContestacion"*).

A su vez, llamó en garantía a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.**, indicando que la compañía SANTANDER, luego ING,

tenía contratado para todos sus afiliados el seguro de invalidez y de sobrevivencia con esa aseguradora bajo la póliza No. 5030000001102, suscrita para la vigencia de las 00:00 horas del día 1° de abril de 2003 hasta las 24:00 horas del día 1° de abril de 2004, por lo que estaba vigente para el 21 de diciembre de 2003, fecha de fallecimiento del afiliado. Por tal motivo, solicitó que, en el evento de una sentencia condenatoria, se le imponga a **SEGUROS BOLÍVAR S.A.** la obligación de pagar y entregar la suma adicional requerida para el financiamiento y pago de la pensión de sobrevivencia a favor de la demandante (*pág. 1 a 5, archivo “07ProteccionLlamamientoGarantia”*).

Mediante auto del 1° de agosto de 2022 se admitió el llamamiento en garantía (*archivo “08AutoTienePorContestadaYAdmiteLlamamiento”*).

La **COMPAÑÍA SEGUROS BOLIVAR S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó el fallecimiento del afiliado y las declaraciones extraproceso pedidas por **PROTECCIÓN** a la demandante. Respecto del llamamiento en garantía se opuso a las pretensiones y acepto la suscripción de la póliza, su vigencia, la presentación de la demanda, el reclamó de la suma adicional solicitada por **PROTECCIÓN** y su no reconocimiento. Propuso las excepciones de *prescripción*, improcedencia de pago de interés moratorios, falta de requisitos legales para reconocimiento de pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, buena fe y cubrimiento exclusivo de suma adicional (*pág. 4 a 19, archivo “09SegurosBolivarContestacion”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*min.02:06:17, archivo “13AudienciaaaArt77Y80”*)

El 08 de junio de 2023, el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: CONDENAR** a Protección S.A. a pagar a favor de la señora Victoria Isabel Misas Cubillos una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente Juan Alberto González Ochoa a partir del 20 de marzo de 2015 junto con los reajustes legales y mesadas 13 y 14 adicionales, la cuantía de la prestación se obtendrá aplicando el artículo 48 de la Ley 100 de 1993. **SEGUNDO: CONDENAR** a Protección S.A. a pagar los intereses moratorios a favor de la demandante que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 21 de mayo de 2018 y hasta el pago efectivo de la prestación. **TERCERO:**

CONDENAR a Seguros Bolívar a reembolsar a Protección S.A. lo pagado por concepto de intereses moratorios, eso lo deberá realizar un mes al mes siguiente en que Protección S.A. acredite el pago de dichos intereses. **TERCERO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda declarando parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas con anterioridad al 20 de marzo de 2015. **CUARTO: COSTAS** únicamente a cargo de Seguros Bolívar S.A., incluirse como agencias en derecho, la suma de 10 SMLMV. **QUINTO:** Seguros Bolívar S.A. deberá cumplir el artículo 77 de la ley 100 de 1993, completando el capital necesario para financiar la prestación (...) Sic.

Como sustento de la decisión el Juez indicó que la calidad de compañera permanente de la demandante respecto del afiliado fallecido quedó demostrada no sólo con el informe realizado a favor de **SEGUROS BOLIVAR**, sino con las declaraciones extrajuicio aportadas al trámite pensional, afirmaciones que las declarantes ratificaron en su testimonio. Por tal motivo, dedujo que la demora en el reconocimiento obedeció a la negligencia por parte de la aseguradora, siendo procedente la condena de la prestación a partir del 15 de marzo de 2015, por efectos de la prescripción. Al respecto precisó que, si bien la reclamación se presentó ante la AFP el 20 de marzo de 2018 y la demanda fue radicada el 23 de marzo de 2021, se debe tener en cuenta el Decreto 564 de 2020 que interrumpió todos los términos para el ejercicio de las acciones durante la emergencia sanitaria, y en este caso sumado los tres meses de suspensión la acción fue presentada oportunamente.

Por otra parte, ordenó el reconocimiento de intereses moratorios a cargo de **PROTECCIÓN** a partir del 21 de mayo de 2018, pero al advertir la responsabilidad de la aseguradora en dilatar el reconocimiento oportuno de la prestación, desconociendo su propia investigación, ordenó a la misma reembolsar a **PROTECCIÓN** los dineros que cancele por concepto de intereses moratorios, dado que se configuraron los presupuestos del artículo 64 del Código General del Proceso, imponiendo también a la aseguradora las costas procesales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Adujo que la AFP no fue negligente ya que una vez presentada la reclamación por parte de la actora se iniciaron las labores correspondientes a resolver la solicitud. Además,

que la obligada a responder era la aseguradora en virtud de la póliza celebrada entre las partes, dado que no podía disponer de su patrimonio el valor de la suma adicional requerida para completar el capital; que la actora no dio respuesta al requerimiento de adjuntar las declaraciones extrajuicio para iniciar el estudio de la solicitud, por lo que al no estar acreditada la negligencia no es dable condenar por intereses moratorios, en los términos de la sentencia de la Corte Constitucional C-601 del 24 de mayo 2000; sostuvo que la demandante tampoco acreditó la convivencia al momento de la muerte del afiliado Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.), y sólo con el proceso se dilucidó la controversia, aun cuando las respuestas otorgadas en el interrogatorio de la accionante no fueron contundentes; que se debe revocar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes desde el 20 de marzo de 2015 teniendo en cuenta que la reclamación se presentó sólo el 20 de marzo de 2018 y que no se autorizó los descuentos por aportes a salud (*min.02:08:26, archivo“13AudienciaaaArt77Y80”*).

La apoderada de la llamada en garantía **SEGUROS BOLIVAR S.A.** también solicitó la revocatoria de la sentencia. Indicó que no hubo negligencia por parte de la aseguradora ya que nunca se negó el pago de suma adicional, lo que se hizo fue una solicitud para verificar la convivencia entre la demandante y el causante, la cual no quedó plenamente demostrada en el proceso; de las declaraciones extrajuicio trasladadas por **PROTECCIÓN**, y contrario a lo afirmado por el *a quo*, no demuestran convivencia y por esa razón se hizo el requerimiento a la reclamante para que la acreditara; que de los testimonios rendidos por la hermana de la demandante y su empleada del servicio no se puede comprobar el vínculo y el tiempo de convivencia, no siendo posible hacer interpretaciones de las mismas como lo hizo el Juez; además, del formulario diligenciado por la demandante en la reclamación existen graves inconsistencias.

Señaló que la póliza de seguros celebrada con **PROTECCIÓN** cubre la suma adicional para el pago de la pensión de sobrevivientes, pero ningún riesgo adicional, por lo que al no haber existido negligencia no es dable condenar en costas ni al pago de rubros que no están cubiertos en la póliza. Incluso, que en llamamiento en garantía realizado por el fondo

de pensiones en ninguna parte solicita que la aseguradora sea condenada al pago de perjuicios o a los intereses moratorios, solo al concurrir al pago de la suma adicional para financiar la prestación; que, en todo caso, las costas procesales deben obedecer a los gastos en que hubiera incurrido la parte actora en el proceso, de lo que deduce que el monto fijado es exagerado; finalmente, que se debe declarar probada la excepción de prescripción de todas las mesadas causadas con anterioridad al año 2018 (*min. 02:17:31, archivo "13AudienciaaaArt77Y80"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandante solicito confirmar la sentencia de primera instancia. Por su parte, la apoderada de **SEGUROS BOLIVAR S.A.** reiteró los argumentos expuestos en la apelación para obtener la revocatoria de la decisión.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **VICTORIA ISABEL MISAS CUBILLOS** es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.), si procede el pago de intereses moratorios, su reembolso y la condena en costas en costas en contra de la llamada en garantía, conforme con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.) se afilió a Pensiones y

Cesantías DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN** el 14 de enero de 2000 (pág. 8, archivo “06ProteccionContestacion.pdf”); **ii)** durante toda su vida laboral cotizó al sistema pensional 421.86 semanas (pág. 12 a 17, archivo “06ProteccionContestacion.pdf”); **iii)** Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.) falleció el 21 de diciembre de 2003 (pág. 7, archivo “02DemandaYAnexos.pdf”); **iv)** **VICTORIA ISABEL MISAS CUBILLOS** nació el 08 de marzo de 1947 y en calidad de compañera permanente del afiliado, el 20 de marzo de 2018 solicitó a **PROTECCIÓN** la pensión de sobrevivientes (pág. 18 a 28 y 45, archivo “06ProteccionContestacion.pdf”); **v)** en comunicación del 19 de julio de 2018, **PROTECCIÓN** le solicitó a **SEGUROS BOLIVAR** el pago de la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes del afiliado Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.), al advertir que “*el mismo ya radicó la documentación pertinente para dicho trámite*” (pág. 61, archivo “09SegurosBolivarContestacion”); **vi)** **SEGUROS BOLIVAR** en oficio del 30 de enero de 2019, le solicitó a Kronos Investigación y Consultoría Ltda adelantar la investigación y verificar la información consignada por la reclamante con el fin de establecer la condición de beneficiaria (pág. 59, archivo “09SegurosBolivarContestacion”); **vii)** el 04 de abril de 2019 **SEGUROS BOLIVAR** le solicitó a **PROTECCIÓN** remitir documentación adicional para verificar el tiempo de convivencia de la demandante y el afiliado fallecido, a través de declaraciones extrajuicio de familiares del causante (pág. 58, archivo “09SegurosBolivarContestacion”); **viii)** **PROTECCIÓN** en oficio del 11 de diciembre de 2019, requirió a la accionante para que aportara esa información adicional (pág. 18 a 28, archivo “06ProteccionContestacion.pdf”).

- **Sobre la pensión de sobrevivientes en vigencia de la Ley 797 de 2003**

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

Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.) falleció el 21 de diciembre de 2003, las normas que regulan el derecho pensional que se reclama en este proceso son los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece el presupuesto mínimo de semanas requeridos para consolidar la prestación y como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del afiliado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y tener 30 o más años de edad, así como los hijos menores y mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene en las sentencias SL1730 de 2020, SL3626 de 2020, SL3785 de 2020, SL4606 de 2020, SL489 de 2021, SL1905 de 2021, SL2222 de 2021, SL2820 de 2021, SL5270 de 2021, SL2853-2022, SL3948-2022, SL328-2024, entre otras, que para establecer la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003, como cónyuge o compañero permanente supérstite del afiliado que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, pues con la simple acreditación de la aludida condición y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se cumple el supuesto previsto en el literal a) de la referida normativa que genera el reconocimiento de la prestación.

No obstante, esta Corporación, de manera respetuosa, se aparta de la doctrina probable antes señalada, conforme lo dispuesto en la sentencia C-836 de 2001, en cuanto a la posibilidad del Juez de apartarse del precedente dictado por la H. Corte Suprema de Justicia, para lo cual esta Sala acoge los argumentos expuestos por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU149 de 2021, que dejó sin valor y efecto la sentencia SL1730 de 2020, al considerar que la regulación normativa de la pensión

de sobrevivientes, para el caso del cónyuge y compañero permanente supérstite, constituye un medio de protección del núcleo familiar del causante, para lo cual el legislador estableció un periodo mínimo de convivencia que pretende salvaguardar a los verdaderos destinatarios de la prestación y evitar el fraude, garantizando la legitimidad y justicia en el otorgamiento de la prestación a quienes demuestran un compromiso de vida real y con vocación de permanencia, motivo por el cual, indistintamente de si el causante es pensionado o afiliado, se debe acreditar en todo caso el periodo mínimo de convivencia exigido por la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, esta Sala concluye que en caso de muerte de afiliado se exige, sin salvedad alguna, la acreditación del periodo de convivencia de 5 años para causar la pensión de sobrevivientes.

En cuanto el concepto de convivencia, el máximo tribunal de cierre de la Jurisdicción Ordinaria la define como la comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente (SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras) advirtiendo la Alta Corte que existe convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua (SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros).

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de

pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se constata que Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.) falleció el 21 de diciembre de 2003 (*pág. 7, archivo “02DemandaYAnexos.pdf”*), en vigencia de los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, y dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, al cumplir el requisito mínimo de 50 semanas cotizadas a la fecha de su fallecimiento, aspecto que no es objeto de discusión en este juicio y se acredita con la historia laboral allegada por **PROTECCIÓN** (*pág. 12 a 15, archivo “06ProteccionContestacion”*).

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar si **VICTORIA ISABEL MISAS CUBILLOS** acredita ser beneficiaria de la referida prestación, como compañera permanente, dando respuesta a cada uno de los reproches manifestados en la alzada.

VICTORIA ISABEL MISAS CUBILLOS al rendir interrogatorio señaló que convivió con Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.) hasta el día de su fallecimiento, que a las exequias asistieron los padres y el hermano, personas que posteriormente también fallecieron; que Matilde Rivera es una persona que trabaja con su hermana María del Carmen y la conoció hace 27 o 30 años; que no recuerda muy bien la visita que le hizo el funcionario de Kronos dado que ha pasado mucho tiempo, y que diligenció el formulario que en su momento le presentaron para la reclamación donde consignó que la relación que tuvo con el causante era en matrimonio (*min. 22:47, archivo “13AudienciasArt77Y80”*).

Se recaudó el interrogatorio a los representantes legales de **SEGUROS BOLIVAR S.A.** y **PROTECCIÓN**, los cuales resultan irrelevantes para resolver la presente controversia (*min. 10:27 y 19:39, archivo “13AudienciasArt77Y80”*).

Y se recepcionaron los siguientes testimonios:

María del Carmen Misas Cubillos, afirmó ser la hermana de la demandante, conoció a Juan Alberto en el año 1976, y VICTORIA y Juan decidieron vivir juntos desde diciembre de ese año, primero en Medellín y luego en Bogotá; que Juan en Bogotá trabajó en la Universidad de los Andes como director del máster de administración y cuando falleció era docente en la Universidad del Rosario; de esa relación tuvieron 3 hijos, que la pareja nunca se separó aspecto que le consta dada su calidad de hermana y su cercanía; y los visitaba los fines de semana pues frecuentemente salía a almorzar con ellos (*min. 36:22, archivo “13AudienciasArt77Y80”*).

Y se escuchó la declaración de Matilde Rivera Jiménez, quien refirió ser empleada de María del Carmen Misas Cubillos y por esa razón conoció a VICTORIA hace como 30 años, sabía que VICTORIA vivía con Juan Alberto porque ellos siempre andaban juntos, los veía cuando la pareja visitaba a María del Carmen, generalmente entre semana o en reuniones, lleva más de 20 años trabajando con María del Carmen, y que la pareja tuvo tres hijos de nombres Juan Alberto, Camila y Alejandra (*min. 55:05, archivo “13AudienciasArt77Y80”*).

Ahora, de los documentos aportados al expediente se destacan los siguientes:

- a. Declaraciones extrajuicio rendidas por las mismas testigos escuchadas en la presente causa, de fechas 28 de agosto y 27 de noviembre de 2017 donde afirman que **VICTORIA ISABEL MISAS CUBILLOS** y Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.) convivieron desde el año 1976 de forma continua hasta el día de su fallecimiento (*pág. 11 y 13, archivo “02DemandaYAnexos”*).

- b. Declaraciones extrajuicio del 28 de agosto y 1° de diciembre de 2017 donde Olga Lucia Doncel Bravo y Miguel Ángel Rodríguez Vargas refieren que conocieron a Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.) quien vivía bajo un mismo techo y de manera permanente con la accionante, desde diciembre de 1976 hasta el 21 de diciembre de 2023, unión de la cual procrearon tres hijos, Juan Alberto, Camila y Alejandra (*pág. 46 y 49, archivo “06ProteccionContestacion”*).
- c. Resultado de la investigación adelantada por Kronos Investigación y Consultoría Ltda, por solicitud de **SEGUROS BOLIVAR**, de fecha 19 de febrero de 2019, se concluyó que *“de acuerdo a los testimonios recolectados para el momento del fallecimiento el afiliado residía en compañía de Victoria Misas (Reclamante), esposa, Camila González, Alejandra González (Hijas de afiliado) y Carmen (Empleado del afiliado)”*. Además, que *“Nos comunicamos con la Sra. Cecilia Reyes, amiga y conocida del fallecido por más de 40 años, pues trabajó con los padres del asegurado. La señora Reyes manifestó que para el momento del fallecimiento el afiliado se encontraba conviviendo con su esposa la señora Victoria Misas Cubillos, con quien afirma llevaba más de 20 años y que durante ese tiempo nunca supo que estuvieran separados. Además, informó que el padre del afiliado falleció en el año 2003, la madre en 2005 y el hermano en 2014, sabe de la existencia de dos sobrinos Ana Sofía y Luis Manuel González, de quienes no sabe hace mucho de su paradero, lo último que supo fue que estaban estudiando en el exterior.”*

Un análisis conjunto de estas pruebas, junto con los demás medios de persuasión adosados al expediente, evidencian claramente que **VICTORIA ISABEL MISAS CUBILLOS** convivió con el causante por lo menos desde el año 1976, hasta el fallecimiento de éste, no solo porque así lo refirieron María del Carmen Misas Cubillos y Matilde Rivera Jiménez en el testimonio y en las declaraciones extrajuicio, sino porque dicho presupuesto se soporta en las versiones rendidas extraproceso por Olga Lucia Doncel Bravo y Miguel Ángel Rodríguez Vargas y en la investigación adelantada por expresa solicitud de **SEGUROS BOLIVAR**

S.A., en cuyo resultado se incluyó la información telefónica entregada por Cecilia Reyes, quien también da cuenta de la convivencia que tuvo el causante con la actora y la no separación de estos, prueba documental que tuvo a su alcance tanto el fondo de pensiones como la aseguradora que permitían conceder el derecho en el trámite administrativo.

Y aun cuando se reprochó la información rendida por **VICTORIA ISABEL MISAS CUBILLOS** en los documentos que diligenció en el trámite de la investigación y las respuestas suministradas al momento de absolver interrogatorio, nótese que ese cuestionamiento resulta inane en la medida en que los otros medios de persuasión se desprende la convivencia pacífica y permanente que sostuvo con el afiliado fallecido y el tiempo que duró esta relación marital, por más de 5 años antes del lamentable deceso.

El anterior análisis descarta los planteamientos de las recurrentes en la medida en que, con la información presentada por la demandante al momento de la reclamación de pensión de sobrevivientes, había elementos suficientes para que el reconocimiento de la prestación pensional se materializará, aspecto que se reforzó con la propia investigación que se adelantó por decisión de la compañía aseguradora.

De suerte que **VICTORIA ISABEL MISAS CUBILLOS** acredita la calidad de beneficiaria del causante en calidad de compañera permanente en los términos del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y, por ende, el derecho a obtener la pensión de sobrevivientes, por 14 mesadas anuales al causarse la misma antes de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, motivo por el cual se confirmará en este aspecto la sentencia. Al no presentarse inconformidad respecto de la forma en que el *a quo* ordenó el cálculo de la mesada pensional, la Sala se releva de su estudio.

Ahora, el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que en virtud de lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, la contratación del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es obligatoria, con el fin de garantizar el capital necesario para el pago de la prestación, cuando los

aportes realizados y sus rendimientos sean insuficientes para financiar su pago, asistiéndole a la aseguradora la condición de garante, por cobertura automática, en el pago de la suma adicional necesaria para completar el pago de la prestación a cargo de la AFP de forma periódica, cuando se encuentren cumplidos los requisitos legales para el reconocimiento del derecho o por decisión judicial (CSJ SL SL5429-2014, SL2483-2020 y SL3942-2021, entre otros). Por ende, *“si se condena a la AFP al pago de la prestación periódica, a la Aseguradora, por ministerio de la Ley, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional”* (CSJ SL7895-2015).

Como no se presentó recurso contra la decisión que impuso a la obligación de **SEGUROS BOLIVAR S.A.** de cubrir la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes, la Sala se releva de estudiar la póliza, su vigencia y cobertura.

- **Sobre la excepción de prescripción:**

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

Así las cosas, el derecho a reclamar la pensión de sobrevivientes se generó a partir del 21 de diciembre de 2003, fecha del deceso del causante y la petición para obtener dicho reconocimiento se presentó a **PROTECCIÓN** el 20 de marzo de 2018 (*pág. 16 a 19, archivo “02DemandaYAnexos”*), fecha en que se interrumpió válidamente la prescripción, por lo que en principio las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 20 de marzo de 2015 se encuentran cobijadas con este fenómeno. Sin embargo, la demanda se radicó el 23 de marzo de 2021 (*archivo “01ActaReparto”*), es decir, más allá de 3 años desde la reclamación, por lo que resultan prescritas las mesadas pensionales causadas entre el 21 de diciembre de 2003 hasta el 22 de marzo de 2018.

Se advierte que, en este caso, pese a que nunca se le notificó a la demandante un resultado definitivo, positivo o negativo, por parte de la AFP, dicha circunstancia no generó la suspensión del término prescriptivo, por lo que la beneficiaria estaba facultada para presentar esta acción de forma oportuna.

En tal sentido, les asiste razón a las apelantes lo que conlleva a la modificación de la sentencia.

Si bien el Consejo Superior de la Judicatura mediante acuerdos PCSJA2011517, PCSJA2011518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521 y PCSJA20-11526 y PCSJA20-11567 suspendió los términos judiciales en todo el país del 16 de marzo al 30 de junio de 2020, con ocasión la emergencia sanitaria causado por la pandemia Covid-19, y el Decreto Legislativo 564 de 15 de abril de 2020 ordenó la suspensión de los términos de prescripción desde el 16 de marzo de 2020 y hasta la reanudación de los términos judiciales adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura, no se puede perder de vista que el término último para interrumpir la prescripción de esta acción, ocurrió el 19 de marzo de 2021, es decir, después de reanudados los términos por la referida Corporación.

Además, nótese que durante la emergencia sanitaria se habilitaron canales electrónicos para la interposición de las acciones laborales, aspecto que se armonizó incluso con el Decreto Legislativo 806 de 04 de junio de 2020, sin que la parte actora acudiera oportunamente a la administración de justicia o alegara alguna imposibilidad en la presentación de esta demanda, luego su inacción después la reclamación elevada ante la AFP no puede ser argumento para restarle eficacia al fenómeno extintivo, como erróneamente lo dispuso el *a quo*. Distinto análisis procedería en caso de que el vencimiento del término hubiese ocurrido en el periodo entre el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020, aspecto ajeno al analizado.

Por otra parte, se adicionará la providencia para autorizar a **PROTECCIÓN** a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2425

de 2019, SL4964 de 2020, SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1781 de 2022, entre otras.

- **Sobre los intereses moratorios**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del sistema pensional que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados, mora que ocurre cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho, contados desde la fecha en que el beneficiario presenta la solicitud con los documentos pertinentes. Para pensiones de sobrevivientes el plazo es de dos meses, pues así lo dispone el artículo 1° de la Ley 717 de 2001 y lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL-4321-2021, SL5681-2021).

Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado o beneficiario solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

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

La misma Corporación ha precisado que los intereses moratorios proceden de manera automática por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, salvo algunos casos como: *“i) cuando se trata de prestaciones pensionales consolidadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; iii) cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; vi) cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y vii) cuando la prestación se reconoce*

bajo el principio de la condición más beneficiosa” (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL2414 de 2020, entre otras).

Al revisar el instructivo, se advierte que no se presentaron los presupuestos antes señalados para exonerar a **PROTECCIÓN** de la imposición de esa condena. Además, **VICTORIA ISABEL MISAS CUBILLOS** solicitó a **PROTECCIÓN** el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 20 de marzo de 2018, fecha para la cual tenía causado el derecho como se dijo en precedencia, sin que la entidad haya realizado el pago de forma oportuna, reconocimiento que no puede supeditar a la transferencia de la suma adicional de la aseguradora pues cualquier controversia o diferencia que surja entre la AFP y aquella no puede afectar el derecho de la beneficiaria de acceder a la prestación.

Es evidente que **PROTECCIÓN** tampoco realizó un estudio de fondo, ni le explicó a la reclamante las razones o fundamentos para considerar la ausencia del requisito para acceder a la prestación, pues simplemente se limitó al trámite que estaba adelantando la compañía de seguros. Incluso, aun sabiendo el término perentorio de la resolución de estas prestaciones, sólo 4 meses después, 19 de julio de 2018, le solicitó a **SEGUROS BOLIVAR** el pago de la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes del afiliado Juan Alberto González Ochoa (q.e.p.d.), al advertir que *“el mismo ya radicó la documentación pertinente para dicho trámite”* (pág. 61, archivo *“09SegurosBolivarContestacion”*), de lo que se deduce que en principio estimó a la demandante como beneficiaria de la prestación y no realizó ninguna actividad adicional para lograr la materialización de la pensión y tampoco ejerció acciones reiterativas para que **SEGUROS BOLIVAR** concurriera al pago en virtud del amparo legal y contractual.

De ello surge viable la condena por intereses a partir del 21 de mayo de 2018 (dos meses después de presentada la solicitud) y hasta cuando se efectúe el pago de las mesadas en mora, como lo determinó el Juzgado de instancia, por lo que este aspecto de la decisión se confirmará. Se aclara que los intereses moratorios por las mesadas de marzo y abril de 2018 se causan a partir del 23 de mayo de 2018 y los intereses moratorios respecto de las mesadas generadas con posterioridad se reconocen desde la fecha de causación de cada una de ellas hasta su pago efectivo.

Ahora, respecto de la responsabilidad que el *a quo* le atribuyó a la aseguradora al condenarla a reembolsar a **PROTECCIÓN** lo pagado por concepto de intereses moratorios, resulta oportuno rememorar que de acuerdo con las enseñanzas del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, la responsabilidad que adquiere la aseguradora se reduce simple y llanamente a amparar el faltante para completar el capital necesario que permitan acceder a la pensión de sobrevivientes pretendida, en la medida en que ese es el objeto del aseguramiento, aunado, a que la cobertura de los seguros previsionales en el sistema de seguridad social es automática (SL2483 de 2020 y SL3942-2021)

Lo anterior resulta relevante en presente asunto en la medida en que la vinculación de **SEGUROS BOLIVAR** obedeció al llamado en garantía que formuló **PROTECCIÓN S.A.**, cuya única pretensión fue *“la obligación de pagar y entregar la suma adicional requerida para el financiamiento y pago de la pensión de sobrevivencia en favor de la demandante”* (pág. 4, archivo *“07ProteccionLlamamientoGarantia”*). Además, en virtud de la póliza, la aseguradora se obligó a cancelar exclusivamente la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes, no los intereses moratorios reclamados (pág. 29 y 30, archivo *“09SegurosBolivarContestacion”*). Inclusive, por disposición legal quien asume el pago de intereses es el fondo de pensiones, por cuanto este es un riesgo operacional que le incumbe a ella y no a la aseguradora (CSJ SL rad. 30252 de 2007 y rad. 32384 de 2008).

En consecuencia, al no ser objeto de cobertura y de reclamación por parte de **PROTECCIÓN** el reembolso de intereses moratorios, perjuicios o indemnización en tal sentido, no es posible imputar obligación a **SEGUROS BOLIVAR S.A.**, como erróneamente lo dispuso el *a quo*.

Además, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha insistido en que *“toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia”* (SL2808-2018, SL2604-2021), y que este principio tiene excepciones precisas en el ordenamiento jurídico, como cuando: (i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente

ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 *ibidem* (CSJ SL2014-2023).

En este caso, se itera, el fin del llamamiento en garantía fue el pago de la suma adicional prevista en el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, y sobre este tópico la aseguradora formuló su teoría del caso. Luego no es posible en ese escenario estudiar una pretensión de reembolso o de perjuicios que no fue rogada por la llamante en garantía, no fue discutida en el proceso y no hace parte de aquellos derechos o prestaciones que se puedan fallar ultra y extra *petita* (art. 50 CST).

Así, le asiste razón a la apoderada de **SEGUROS BOLIVAR**, lo que conlleva a la revocatoria de esta condena. Por el mismo análisis, tampoco puede la aseguradora asumir las costas y agencias en derecho del proceso ordinario, y por eso se revocarán, en la medida en que no fue demandada en este juicio por la parte actora y su vinculación ocurrió por solicitud del fondo de pensiones. En gracia de discusión, podría ser objeto de condena en costas por haber prosperado el llamamiento, pero a favor de **PROTECCIÓN** y no de la demandante, circunstancia que no fue planteada en la apelación.

Y frente a **PROTECCIÓN**, pese a no prosperar la teoría del caso planteada en la contestación, fue absuelta de costas procesales, decisión que la parte actora no cuestionó.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia para establecer que el pago de la pensión de sobrevivientes se genera a partir del 23 de marzo de 2018, por lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCAR la condena de reembolso de intereses moratorios y costas procesales impuesta en contra de **SEGUROS BOLIVAR S.A.**, por lo señalado en la parte motiva.

TERCERO: PRECISAR que las mesadas pensionales causadas desde el 21 de diciembre de 2003 hasta el 22 de marzo de 2018 se encuentran afectadas por prescripción.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a **PROTECCIÓN** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás, pero por las razones indicadas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

CON ACLARACION DE VOTO. Respetuosamente manifiesto que no me he apartado del criterio jurisprudencial que trazó la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia sobre tiempos de convivencia con pensionado o afiliado para acceder a la pensión de sobrevivencia.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.07-2020-00488-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 12 de diciembre de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **MANUEL ANTONIO PARRADO RUIZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, a **COLPENSIONES** a recibir al demandante como su afiliado, sin solución de continuidad, y absolvió a los llamados en garantía (*min. 46:35, archivo “37AudienciaArt80”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MANUEL ANTONIO PARRADO RUIZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare la nulidad del traslado

realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a trasladar a **COLPENSIONES** el monto total existente en la cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos, intereses, gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones, junto con los condenas por facultades ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó al Instituto de Seguros Sociales, a partir de mayo de 1998 se trasladó al RAIS a través de SANTANDER hoy **PROTECCIÓN**, sin formación libre su consentimiento pues el asesor le indicó que el Instituto de los Seguros Sociales se iba acabar y por tanto podía perder las cotizaciones efectuadas a ese fondo y no le entregó información adicional; el 23 de diciembre de 2019 elevó petición a **PROTECCIÓN** teniendo a obtener la documentación relativa al traslado, respondida el 30 de diciembre siguiente en el sentido de que no había ningún soporte; y el 31 de enero de 2020 solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad del traslado, la cual fue negada (*pág. 7 a 18, archivo “02EscritoDemanda”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación a esa AFP y la presentación de la reclamación, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como previa la excepción de *falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva* y como de mérito las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe; Aplicación del precedente

sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica (pág. 3 a 22, archivo “05ContestacionProteccion”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación del demandante al Instituto de Seguros Sociales, la petición presentada y su respuesta, señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 3 a 40, archivo “06ContestacionColpensiones”).

Mediante providencia del 26 de julio de 2023, el Juzgado vinculó a COLFONDOS S.A. (archivo “08AutoFijaFecha”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones, expresó que los hechos no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado*; prescripción; compensación y pago; inexistencia de la obligación; falta de legitimación de la causa por pasiva; buena fe; 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 obligatorias administrado por **COLFONDOS S.A.** (pág. 3 a 20, archivo “13ContestacionColfondos”). A su vez llamó en garantía a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. (pág. 42 a 47, archivo “13ContestacionColfondos”) y a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (pág. 205 a 210, archivo “13ContestacionColfondos”).

COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento, no aceptó ninguno de los hechos de la demanda, del llamamiento aceptó el objetivo del proceso y la suscripción de las pólizas y como medio de defensa propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas; falta de

causa para pedir; inexistencia de las obligaciones demandadas; cobro de lo no debido; buena fe contractual; prescripción; buena fe; inexistencia de causal de ineficacia o nulidad de la póliza colectiva de riesgo previsional e imposibilidad de llamamiento en garantía a póliza (pág. 4 a 26, archivo “18ContestacionSegurosBolívar”).

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. ni se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda expresando que no le corresponde a ella efectuar el pronunciamiento del caso y, por tanto, se abstuvo de formular excepciones. Frente al llamamiento en garantía aceptó la iniciación del proceso ordinario laboral, las pretensiones formuladas, la suscripción de contrato de seguro, la vigencia y los pagos realizados por **COLFONDOS**, propuso las excepciones de *AFP COLFONDOS 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 aseguraría con el objeto material de las pretensiones*; inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP COLFONDOS S.A.; en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE no se encuentra obligada 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 y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones (pág. 2 a 18, archivo “24ContestacionMapfre”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 46:35, archivo “37AudienciaArt80”)

El 12 de diciembre de 2023, el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“... **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el señor MANUEL ANTONIO PARRADO RUIZ con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 18 de agosto de 1995 y las afiliaciones posteriores que hizo dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP COLFONDOS el 26 de junio de 2010 y con

*PROTECCIÓN igualmente el 1 de agosto de 2017. **SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor demandante MANUEL ANTONIO PARRADO RUIZ dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO:** Se les ordena a los fondos privados PROTECCIÓN y COLFONDOS a devolver a Colpensiones todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del trabajador demandante desde la fecha del traslado agosto de 1995, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a los fondos privados PROTECCIÓN y COLFONDOS el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deben presentar un informe al juzgado detallando y discriminado todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, el valor de lo depositado en la cuenta de ahorro individual, el valor de los intereses o rendimientos financieros, el valor de los descuentos a los aportes que son objeto de devolución, el valor de la indexación de esos aportes y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir al señor demandante como su afiliado sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales en 1982. **QUINTO:** Se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, COLFONDOS Y PROTECCIÓN respecto a la demanda, y se declaran probadas las excepciones propuestas por Seguros Bolívar S.A. y Mapfre Colombia seguros de vida S.A. respecto al llamamiento en garantía realizado por COLFONDOS. **SEXTO:** Las condenas en costas son a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y COLFONDOS a favor del demandante, las agencias en derecho se tasan en 2 SMLMV a la fecha del pago a cargo de cada uno los demandados. Igualmente se condena en costas a COLFONDOS S.A. y a favor de SEGUROS BOLÍVAR S.A. y MAPFRE, como llamadas en garantía y las agencias en derecho se tasan a favor de las aseguradoras llamadas en garantía en 2 SMLMV a favor de cada una y por el monto que corresponda a la fecha de su pago. **SÉPTIMO:** Se ORDENA la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido...”*

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio al afiliado al momento del traslado es al fondo de pensiones, y no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad suficiente de que los fondos privados demandados al momento de vincular al demandante en cada uno de ellos hubiese suministrado

información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que tenía su futuro pensional, la decisión de trasladarse y de vincularse a esas AFP, situación que constituye una flagrante omisión en su deber de información en los términos legales y jurisprudenciales, por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional junto con la correspondiente devolución de todos los aportes sin descuento alguno, debidamente indexados.

Por otra parte, absolvió a los llamados en garantía al advertir que las eventuales condenas por la ineficacia del traslado de régimen pensional no fueron objeto de aseguramiento en los contratos de seguro que se aportaron como prueba.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó al revocatoria de la sentencia. Adujo que se declaró la ineficacia del traslado del régimen del demandante fundamentado en la falta del deber de información que debían brindar las AFP al momento de la suscripción del formulario, pasando por alto que para ese momento la normativa aplicable era la Ley 100 de 1993 y sólo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, la cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación; para ese momento no existía la Ley 1748 del 2014 ni el Decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de la doble asesoría a sus afiliados, por lo que sostiene que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico; que el demandante ha permanecido en el RAIS por más de 20 años, luego la condena lesiona los intereses de **COLPENSIONES**, afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema y desconoce el artículo 2º de la Ley 797 2003; finalmente, que no es procedente la condena en costas dado que la entidad ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión que tomó el accionante (*min. 50:22, archivo “37AudienciaArt80”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES** reiteró los argumentos expuestos en la alzada, para obtener la revocatoria de la sentencia. El apoderado actor solicitó la confirmación de la sentencia.

Y la firma GÓMEZ MEZA & ASOCIADOS S.A.S. allegó documental que la acredita para actuar como apoderada principal de **COLFONDOS**, poder que sustituyó a la doctora Paola Carolina García Pinto, identificada con C.C. No.1.022.399.820 y T.P. No.328.105 del CSJ, a quien se le reconoce dicha condición en esta instancia. Y en el escrito de alegatos, pese a que no presentaron recurso de apelación, solicitaron la revocatoria de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a

COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) MANUEL ANTONIO PARRADO RUIZ** nació el 15 de enero de 1960 y se afilió al ISS para el periodo de enero de 1985 (*pág. 19 y 37, archivo “01Demanda”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 18 de agosto de 1995, con efectividad desde el 1° de septiembre siguiente, luego se trasladó a **PROTECCIÓN** el 22 de agosto de 2008, posteriormente a **COLFONDOS** el 23 de junio de 2010 y finalmente retornó nuevamente a **PROTECCIÓN** el 1° de agosto de 2017, donde permanece vinculado actualmente (*pág. 23 a 29 y 82, archivo “05ContestacionProteccion”*).

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

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

Y el demandante en el interrogatorio indicó que los asesores de la AFP le hicieron la invitación de trasladarse al régimen privado porque el ISS se iba a acabar y obtendría mayores intereses, sin que le brindaran información adicional, por lo que no hubo confesión en este aspecto y dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por **COLPENSIONES** en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que este caso no trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el

riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

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

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y frente a la inconformidad del fondo público por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto que se reconozca solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.07-2022-00036-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 27 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **YAMIRA GARCIA ANGARITA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, y a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado de los dineros, activar la afiliación y actualizar la historia laboral (*min. 50:45, archivo “21AudioAudienciaFallo20231127”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

YAMIRA GARCIA ANGARITA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**

CESANTÍAS PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a devolver al RPM todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración, y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación y actualizar la historia laboral, junto con las condenas por facultades ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 18 de octubre de 1965, se afilió al ISS donde cotizó hasta el 30 de abril de 1999, fecha en la cual se trasladó a COLPATRIA, con ocasión de una campaña de desinformación en la medida en que la AFP no le suministró información concreta y veraz de las consecuencias del traslado, sin que durante todo el periodo de vinculación haya recibido asesoría adecuada (*pág. 5 a 20, archivo “01Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la vinculación actual con **PORVENIR**, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 3 a 40, archivo “12ContestacionColpensiones”*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación;

restituciones mutuas y la innominada o genérica (pág. 2 a 26, archivo “13ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 50:45, archivo “21AudioAudienciaFallo20231127”)

El 27 de noviembre de 2023, el Juzgado Cuarenta y Dos (22) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la demandante YAMIRA GARCIA ANGARITA, identificada con la cedula de ciudadanía No.63.325.325 del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la vinculación que realizó Colpatria hoy PORVENIR el día 30 de abril de 1999. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme se expuesto en la parte motiva. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe la AFP PORVENIR para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si esta nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de su historia laboral en semanas cotizadas. **CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada PORVENIR S.A. para efectos de agencias en derecho, se ordena incluir en su liquidación la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, el cual deberá ser cancelado en favor de la parte demandante, sin costas a cargo de COLPENSIONES. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos que define el artículo 69 del Código procesal del trabajo y de la seguridad social...”*

Como sustento de la decisión la Juez expresó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio al afiliado al momento del traslado es del fondo de pensiones, y en este caso únicamente se aportó el formulario de afiliación del cual no se demuestra de manera alguna el tipo de asesoría que recibió la

demandante y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente, y del interrogatorio no se deriva ninguna confesión, motivo por el cual concluyó que al no acreditarse el deber de información, ese traslado es ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación. Sostuvo que al momento del traslado la demandante era capaz y tenía conocimiento de la decisión libre y voluntaria que tomó de trasladarse a esa entidad; en el 2004 **PORVENIR** realizó una publicación donde se informó a los afiliados que podían trasladarse de régimen, garantizado así el derecho al retracto, y actualmente a la afiliada se le aplica la restricción de traslado por edad prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; no se acreditaron los requisitos para declarar la nulidad absoluta del acto, lo que conduce a que este tenga plena validez; que a la accionante también le asiste el deber de estar informada por lo que debía indagar sobre las implicaciones del traslado; el artículo 113 de la Ley 100 establece cuáles son los dineros a trasladar en caso de cambio de régimen pensional, lo que impide legalmente que se pueda ordenar sumas diferentes a las que indica la norma, por lo que solicita no se ordene la devolución de gastos de administración; finalmente, que no es procedente la indexación dado que se están retornando los rendimientos, los cuales compensan cualquier pérdida del poder adquisitivo (*min. 53:10, archivo “21AudioAudienciaFallo20231127”*).

El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó al revocatoria de la sentencia. Adujo que la declaratoria de ineficacia de la afiliación afecta los derechos procesales de la entidad, al ser un tercero de buena fe dado que las faltas son atribuibles al fondo privado; la condena también afecta la sostenibilidad del sistema pensional en detrimento del fondo común del RPM, dado que la demandante se encuentra cerca de cumplir la edad de pensión y se le facilita las circunstancias para que ella pida una prestación, de la cual no ha producido ningún beneficio o rendimiento a favor de **COLPENSIONES** (*min. 57:01, archivo “21AudioAudienciaFallo20231127”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** reiteraron los argumentos expuestos en la alzada, para obtener la revocatoria de la sentencia.

La UNION TEMPORAL W&WLC UT allegó documental que la acredita para actuar como apoderada principal de **COLPENSIONES**, poder que sustituyó al doctor Juan Pablo Melo Zapata, identificado con C.C. No.1.030.551.950 y T.P. No.268.106 del CSJ, a quien se le reconoce dicha condición en esta instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLPATRIA hoy **PORVENIR** y la procedencia de la devolución de los gastos de administración, indexados, conforme lo alegado en los recursos

de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) YAMIRA GARCIA ANGARITA** nació el 18 de octubre de 1965 (pág. 21, archivo “01Demanda”) y se afilió al ISS para el periodo de febrero de 1988 (pág. 41, archivo “12ContestacionColpensiones”); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con COLPATRIA hoy **PORVENIR** a partir del 30 de abril de 1999, con efectividad desde el 1° de junio siguiente, donde permanece actualmente (pág. 88 y 96, archivo “13ContestacionPorvenir”).

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

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de

pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

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

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, COLPATRIA hoy **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de

cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que la asesora de la AFP le hizo la invitación de trasladarse al régimen privado porque el ISS entraba en quiebra y había la posibilidad de perder los aportes, sin que le brindara información adicional, por lo que no hubo confesión en este aspecto y dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por las demandadas en los recursos de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que este caso no trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto por **PORVENIR** en la alzada. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, con la respectiva indexación, se confirmará la sentencia en este aspecto.

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

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

RESUELVE

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

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

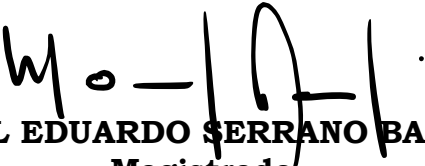
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 10-2021-00481-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 30 de noviembre de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, ordenó la actualización de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas (min. 1:39:36 archivo “31AudioSentenciaPrimeraInstancia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 1 a 11 archivo “01DemandaAnexos”).**

LUZ STELLA CASTIBLANCO CENTENO solicitó declarar la ineficacia de su traslado al RAIS ante **PROTECCIÓN** y de los traslados horizontales posteriores, de ser el caso, reactivar su afiliación en el RPM, devolver el saldo de su cuenta de ahorro individual, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que estuvo afiliada al ISS para los riesgos de IVM, trasladándose al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** a partir del mes de febrero de 2000, afiliación que se llevó a cabo de manera desinformada y engañosa por parte del asesor de la AFP, por lo que el 21 de septiembre de 2021 radicó petición ante **COLPENSIONES** solicitando declarar nulo el traslado de régimen, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante al ISS, la radicación de la solicitud de nulidad de traslado elevada el 21 de septiembre de 2021 y su respuesta negativa. Expresó no constarle los demás hechos de la demanda e interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones (pág. 2 a 10 archivo “12ContestacionColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación de la demandante a esa AFP, indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuenta se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (pág. 3 a 30 archivo “14ContestacionProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:18:56 archivo “31AudioSentenciaPrimeraInstancia”).

En audiencia celebrada el 29 de enero de 2024, el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. reconstruyó la diligencia del 30 de noviembre de 2023, en la cual se profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante la señora LUZ STELLA CASTIBLANCO CENTENO a la AFP PROTECCIÓN realizado el día 02 de mayo de 1995, antes ING, y por fusión a partir del 31 de diciembre de 2012, a la AFP PROTECCIÓN S.A.,

*por no haberse cumplido con el deber de información clara, cierta, veraz y oportuna de las características de los regímenes pensionales, dando a conocer ventajas, desventajas y las incidencias para su derecho pensional de la demandante del traslado del régimen pensional y en consecuencia se declara ineficaz el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordena su regreso automático a la afiliación al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES sin solución de continuidad como si nunca se hubiere trasladado, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: Se CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante la señora LUZ STELLA CASTIBLANCO CENTENO al régimen de prima media con prestación definida administrado por hoy COLPENSIONES, sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado, conforme a la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: Se CONDENA** a la AFP PROTECCION S.A., a realizar la entrega y devolución al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES, de todas las sumas existentes en la cuenta individual de la demandante LUZ STELLA CASTIBLANCO CENTENO correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos si los hubiere como lo establece el artículo 1746 del C.C., , también deberá incluir la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes de garantía mínima con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados que le fueron descontados a la demandante durante su vinculación a la AFP PROTECCION S.A., se deberá entregar a COLPENSIONES las documentales que permitan establecer que se hace la devolución en los términos indicados y específicamente que hace el pago efectivo de esta devolución por concepto de la señora LUZ STELLA CASTIBLANCO CENTENO y las documentales que permitan establecer los ciclo o periodos cotizados y el IBL el valor de la cotización , intereses, frutos, rendimientos y las documentales de los descuentos realizados por gastos de administración, sumas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes de garantía de pensión mínima, para que Colpensiones establezca que se hace la devolución de conformidad a lo establecido en esta sentencia, se le otorga al AFP Protección S.A., el término de quince 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia para que haga esta devolución, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia. **CUARTO: Se CONDENA** a COLPENSIONES de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia registrar en la historia laboral de la demandante señora LUZ STELLA CASTIBLANCO CENTENO las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, para efectos de la conformación del derecho pensional y también que una vez ingresen las sumas provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A., se debe revisar que la devolución se hace en los términos establecidos en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: Se DECLARA** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia. **SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a favor de la parte demandante a las demandadas, AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES que debe practicarse la liquidación de costas por la secretaria del despacho incluyendo como agencias en derecho a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., la suma de \$1.150.000 a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$350.000 por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de ellas. **SÉPTIMO:** De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por las condenas impuestas a Colpensiones de conformidad art 69 CPT. (...).”*

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, realizado por la señora **LUZ STELLA CASTIBLANCO CENTENO** a la AFP **PROTECCION**

S.A. el día 02 de mayo de 1995, de ser positiva dicha declaración, si hay lugar a ordenar el regreso a su afiliación al RPM sin solución de continuidad, a imputar las semanas cotizadas en la historia laboral de **COLPENSIONES** y a la devolución de todas las sumas existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino al RPM.

Para resolver, indicó que de las pruebas documentales no hay ninguna información que permita establecer claramente la información suministrada a la demandante el 02 de mayo de 1995 cuando realizó su traslado de régimen pensional y ni siquiera se tiene la aducida declaración preimpresa que señala la Corte Suprema de Justicia de Sala Casación Laboral en sus precedentes, tampoco se allegó el formulario de afiliación de la demandada AFP **PROTECCIÓN**, por lo que no se tiene esa declaración de voluntariedad libre y espontánea por parte de la demandante. Agregó, que en el interrogatorio de parte, la demandante no informó al despacho con precisión en qué fecha se trasladó de régimen pensional, pero sí se logró determinar que se trasladó a la AFP **PROTECCIÓN** y que cuando se trasladó se le informó por el asesor que el ISS se iba acabar, que se podía pensionar antes de los 40 años, sin hablarse de los rendimientos financieros, ni de los aportes voluntarios al fondo para poder incrementar el capital y tampoco se le informó sobre sus beneficiarios, ni sobre los aspectos importantes respecto a las diferencias de régimen en cuanto a los requisitos para adquirir el derecho pensional, tampoco se le informó que en el régimen de prima media debe tener una cantidad de semanas y una edad y por ello se establece la tasa de reemplazo de conformidad en lo establecido en la Ley 100 de 1993, no se le informó que en los fondos privados dependía del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual que corresponde a las cotizaciones, rendimientos e intereses que surgieran de las inversiones que hiciera el fondo con esas cotizaciones y que podría incrementar ese capital con aportes voluntarios, no se le informó sobre las modalidades pensionales y que había una incidencia de la existencia de beneficiarios para la proyecciones de la mesada pensional y su expectativa de vida. Concluyó, que el fondo pensional no demostró haber cumplido con la entrega de la información necesaria, pues si bien allegó unas políticas de asesorar y vincular personas naturales, no se pueden validar que éstas estuvieran vigentes para el año 1995, porque en dichas instrucciones de asesoría se alude a normas posteriores al año 1995.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia, argumentando que para la fecha del traslado, la normatividad vigente señalaba que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado que deseaba trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma del formulario, y aunque el documento no fue aportado, el mismo se suscribió y fue registrado por la demandante con el respectivo asesor, adicionando, que para la época no existía la obligación de la doble asesoría a los afiliados, además, que la entidad no participó en el acto o el trámite de traslado, siendo solo un tercero, pero resultando lesionada por la decisión en cuanto al equilibrio y estabilidad financiera del sistema. Solicitó, que en caso que se confirme la decisión, se mantenga la condena impuesta a la AFP en el entendido de que debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió a lo largo de la vida laboral, asimismo, solicitó adicionar la condena impuesta a **COLPENSIONES** con una obligación de hacer a favor de la demandante y se condicione al previo cumplimiento de todas las obligaciones que se le impongan a la AFP. (min. 1:44:05 archivo “31AudioSentenciaPrimeraInstancia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia de primer grado y de manera subsidiaria, revocar la condena en costas.

A su turno, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

PROTECCIÓN guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y

69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **LUZ STELLA CASTIBLANCO CENTENO** estuvo afiliada y cotizó al ISS (pág. 24 a 26 archivo “12ContestacionColpensiones”); *ii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** a partir del 01 de junio de 1995, AFP en la cual permanece vinculada (pág. 42 a 43 archivo “14ContestacionProteccion”); *iii)* el 21 de septiembre de 2021 la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 20 a 30 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, ordenó la actualización de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque ni siquiera allegó el formulario de afiliación, y aun cuando así hubiese sido, la firma de este por la afiliada no exime a la AFP de tal carga probatoria: por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que se afilió a **PROTECCIÓN** porque le informaron que el Seguro Social se terminaría, que un asesor de ese fondo llegó a su lugar de trabajo, en donde se realizó una charla colectiva, en la cual recibió información sobre los beneficios del fondo y la posibilidad de pensionarse aproximadamente a los 40 años, además, que el asesor le ayudó a diligenciar el formulario de vinculación, sin suministrarle información acerca de las semanas cotizadas en el ISS, sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual, del bono pensional, ni de los abonos voluntarios que podía hacer, tampoco sobre los requisitos para pensionarse en cualquiera de los dos regímenes, ni de la opción de pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, ni de la garantía de pensión mínima o de las modalidades pensionales; por otro lado, negó haberse acercado a algún canal de información de la AFP o de **COLPENSIONES** para resolver sus dudas (min. 24:15 archivo “31AudioSentenciaPrimeraInstancia”). Manifestaciones que no benefician a la demandada, puesto que, si bien la actora aceptó haber firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de

exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró *la ineficacia de la afiliación* sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia

y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

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

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

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

Por último, frente a la inconformidad expuesta por **COLPENSIONES** en sus alegatos por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la demandante **LUZ STELLA CASTIBLANCO CENTENO** con la AFP **PROTECCIÓN S.A.** el 01 de junio de 1995, conforme la parte motiva de esta sentencia.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 10-2021-00542-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de la **DEMANDANTE**, contra la sentencia del 24 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas a la demandante (min. 1:31:33 archivo "18AudioAudiencia").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 2 a 6 archivo "01Demanda").**

MIRYAM HERNÁNDEZ ALARCÓN llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, con el fin de que se condene al pago de la pensión de vejez desde el 16 de marzo d 2021, fecha en la cual realizó la solicitud formal de reconocimiento pensional, junto con el pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 15 de marzo de 1964, por lo que cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2021, que cotizó durante toda su vida laboral al RPM un total de 1778 semanas, solicitando el reconocimiento y pago de su pensión de vejez ante **COLPENSIONES** el 16 de marzo de 2021, entidad que emitió Resolución No. SUB 165087 ordenando el pago de la prestación en cuantía de \$6.661.448 a partir del 01 de agosto de 2021, acto administrativo contra el

cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, sin que hayan sido resueltos.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (pág. 2 a 12 archivo “09ContestacionColpensiones”).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, la densidad de semanas cotizadas en el RPM, la solicitud de reconocimiento pensional elevada el 16 de marzo de 2021, el reconocimiento de la pensión de vejez, la cuantía inicial y la fecha de status pensional definida. Expresó no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, principio de buena fe y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 57:51 archivo “18AudioAudiencia”).

El 24 de octubre de 2023, el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(...) PRIMERO: ABSOLVER A COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por la señora MIRYAM HERNÁNDEZ ALARCÓN identificada con cédula de ciudadanía No. 46.358.001, y para ello se declara probada a favor de COLPENSIONES la excepción denominada Inexistencia Del Derecho Y De La Obligación, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO: Se condena en costas de esta instancia a la parte demandante a favor de COLPENSIONES, deben ser tasadas por secretaría del despacho y en consecuencia incluir como agencias en derecho la suma de \$500.000. TERCERO: en caso de no ser apelada la presente providencia, debe surtirse en grado jurisdiccional de consulta ante la sala laboral del Honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá, por haber sido adversa a la parte demandante. (...)”

El Juzgado fijó como problema jurídico, establecer si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez a partir del 16 de marzo de 2021, por haber cumplido los requisitos pensionales y haber presentado la reclamación de la pensión ante **COLPENSIONES** y por ende el pago del retroactivo pensional a partir de dicha data, en tal caso,

establecer si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 10 de 1993 e indexación de las mesadas pensionales que se reclaman.

Para resolver, la Juez indicó que con las pruebas allegadas se evidencia que no existe discusión en cuanto a la condición de pensionada a la actora, en razón a que mediante Resolución SUB 165087 se le reconoció una pensión a la demandante por haber acreditado los requisitos de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, normatividad que establece como requisitos para adquirir el derecho a la pensión de vejez el haber cumplido 57 años de edad y haber cotizado 1.300 semanas, así como que se presenta un incremento el porcentaje en la tasa de remplaza a partir del año 2005 en 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, llegando a un tope máximo de 75% a 80% de dicho ingreso en forma decreciente, con base en la fórmula establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Consideró, que se debe dar aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que hace acudir a los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, los cuales exigen la desafiliación del sistema para el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que remitiéndose a la historia laboral de la demandante aportada al proceso, advirtió que la demandante cuenta con 1778 semanas cotizadas, cumpliendo ampliamente con el requisito de densidad de semanas, lo que precisamente condujo al reconocimiento pensional; sin embargo, como la última cotización va hasta el 30 de junio de 2021, no existe novedad de retiro y la demandante siguió cotizando, la *a quo* concluyó que no hay lugar a la reliquidación pensional solicitada en la demanda a partir del 16 de marzo del 2021 y al pago del retroactivo pensional causado desde esta fecha y hasta el 30 de julio de 2021 y, por ende, tampoco al reconocimiento de intereses moratorios ni indexación.

Agregó que, **COLPENSIONES** tuvo en cuenta hasta la última semana cotizada por la demandante, despachando negativamente el alegato de la parte actora relacionado a que las semanas cotizadas desde el 16 de marzo de 2021 al 30 de junio de 2021 no le generaron ningún beneficio a la demandante y se deberían eliminar, pues al eliminar dichas semanas se reduciría el total de semanas cotizadas y por ende, se reduciría el porcentaje al que a partir del 2005 se incrementa por cada 50 semanas cotizadas el

ingreso base de liquidación, además que al seguir cotizando la demandante se infiere que ésta tenía la intención de que tales cotizaciones tuvieran incidencia en el reconocimiento pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 1:32:47 archivo “18AudioAudiencia”).

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que la juez realizó una errónea interpretación, tanto del precedente jurisprudencial como de la norma que regula el caso, pues en la sentencia se indicó que en el proceso se pedía la eliminación de las semanas cotizadas con posterioridad a marzo de 2021, pero ello no fue así, pues lo que ha dicho la CSJ y así fue como se solicitó en la demanda, es que para efectos de la resolución de este tipo de controversias se puede desechar estas semanas cotizadas con posterioridad a la solicitud de pensión, ya que no representan un beneficio para el afiliado. Por otro lado, el profesional del derecho manifestó que la segunda interpretación errónea de la decisión adoptada corresponde a la consideración de la Juez relacionada a que no se benefició a la afiliada, pues la manera en que la Juez indicó que se liquidaba la pensión no es la correcta, ya que no se pueden tomar a prorrata las semanas adicionales por cada 50, lo que indica el inciso último del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, es que por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas el porcentaje se incrementa en 1.5% del ingreso base de liquidación, y en esa medida, las semanas de marzo a julio del 2021 solo representan 12 a 14 semanas aproximadamente, lo que significa que no llegaron a incrementar la mesada pensional porque no incrementan la tasa de reemplazo de la demandante. Solicitó se revoque la sentencia y también se condene a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la representante legal de la firma U.T. DEFENSA PENSIONES, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Humberto Linares Peña, identificado con CC 1.117.534.388 y TP 399.261 del CSJ, a quien se reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó la confirmación del fallo de primer grado, disponiéndose la absolución de su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por

cuanto la demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, en razón a que cotizó hasta el mes de julio de 2021, por lo que la pensión es efectiva a partir del mes de agosto, de conformidad con los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, así como tampoco al pago de intereses moratorios por no presentarse mora en el pago de las mesadas pensionales. Subsidiariamente, pidió la revocatoria de la condena en costas si la hubiere, considerando que la entidad siempre ha actuado de buena fe y cumpliendo todas las actuaciones bajo fundamentos jurídicos.

Por su parte, el apoderado de la **DEMANDANTE** pidió la revocatoria de la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos esbozados en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante a la modificación de la fecha de causación de la pensión vejez reconocida, y en caso afirmativo, si le asiste derecho al pago del retroactivo pensional, junto con intereses moratorios, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: **i)** la demandante **MIRYAM HERNÁNDEZ ALARCÓN** nació el 15 de marzo de 1964 y cumplió la edad de 57 años el mismo día y mes del año 2021 (pág. 11 archivo “01DemandaAnexos”); **ii)** la demandante cotizó en **COLPENSIONES** un total de 1.778 semanas entre el periodo comprendido entre el 02 de noviembre de 1985 al 30 de junio de 2021 (pág. 12 a 25 archivo “01DemandaAnexos”); **iii)** el 16 de marzo de 2021 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, solicitud resuelta mediante Resolución SUB 165087 del 15 de julio de 2021, por cuya virtud **COLPENSIONES** reconoció una pensión de vejez a la demandante a partir

del 01 de agosto de 2021, bajo los parámetros del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$6.661.448 (pág. 26 a 34 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante. Contra la anterior decisión la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la causación y disfrute de la pensión de vejez.**

Por regla general, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el artículo 1º del Decreto 758 del mismo año, expresamente incorporado al sistema de pensiones por el inciso final del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, contiene los requisitos para la causación y disfrute de la pensión de vejez, de la siguiente manera:

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

A su turno, el artículo 35 *ibídem*, contempla la desafiliación del sistema de pensiones, como exigencia para acceder al disfrute de la pensión, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.”*

Así entonces, no siempre el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios o cotizaciones habilitan el pago de la primera mesada pensional, pues para ello el ordenamiento jurídico exige el retiro del afiliado del Sistema de Pensiones, y solo cuando esa diligencia se realiza se

pude entender la renuncia del afiliado al derecho que le otorgan las normas para incrementar el valor de la mesada pensional mediante la realización de cotizaciones adicionales a las que exige la ley como mínimas.

No obstante, según el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el disfrute de la pensión no solo opera desde el momento en que se produce la desafiliación expresa del sistema, sino que éste también se entiende cuando el afiliado deja de efectuar cotizaciones por haber cumplido los requisitos para la pensión y presenta la solicitud correspondiente, pues en este caso se entiende una renuncia al incremento de la mesada por cotizaciones adicionales. (sentencia CSJ SL3245-2019).

Asimismo, la Alta Corte ha establecido que ante situaciones especiales y excepcionales, que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema, esto es, que se pueda reconocer a partir de la calenda en que se cumplió con los requisitos que la ley exige para acceder a esta, aunque no se hubiera reportado la desafiliación, como cuando se demuestra que la verdadera voluntad del trabajador era la de retirarse del sistema, sin que así lo hubiera podido hacer, o porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez, o por la actitud asumida por la administradora de pensiones al no reconocer la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de requisitos (SL163 de 2018, SL1353 de 2019, SL2662 de 2020, SL 2607 de 2021, SL2061-2021 y SL 414 de 2022).

Recuerda la Sala, que el derecho pensional se causa por los aportes que un afiliado realiza durante su vida laboral y para efectos de la fecha a partir de la cual procede su pago, no importa que se haya registrado formalmente en la historia laboral la novedad de retiro, pues las mesadas a cargo del Sistema de pensiones constituyen un derecho del afiliado causado por sus propios aportes y no un beneficio que otorgue el Sistema con cargo a sus recursos.

- **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio y conforme con la documental incorporada en el expediente, se tiene que la demandante **MIRYAM HERNÁNDEZ ALARCÓN** adquirió su estatus pensional en virtud de la Ley

797 de 2003, desde el 15 de marzo de 2021, fecha en que cumplió 57 años de edad (pág. 11 archivo “01DemandaAnexos”) y tenía más de 1.300 semanas cotizadas al sistema pensional. Igualmente, que el último aporte pensional fue el correspondiente al periodo de junio de 2021 (pág. 12 a 25 archivo “01DemandaAnexos”).

Por lo anterior, en aplicación del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, incorporado al Sistema General de Pensiones, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en principio, si bien la pensión se causó en el año 2021 (15 de marzo) y la última cotización fue en junio de 2021, tan sólo su disfrute podía materializarse desde el momento de la desafiliación de dicho Sistema; no obstante, en este caso esa novedad de retiro no fue reportada por el último empleador EMPRESA COLOMBIANA CABLES S.A.

Así entonces, y teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la demandante lo fue para el 16 de marzo de 2021 (pág. 26 a 34 archivo “01DemandaAnexos”), calenda para la cual ya tenía cumplidos los requisitos de edad y tiempo que exige la norma aplicable a su situación pensional, se debe corroborar su situación particular para determinar si se aplica el citado precedente jurisprudencial que le permita acceder a la prestación en una fecha diferente a la establecida en el citado Acuerdo.

Al respecto, la Sala encuentra que la demandante no demostró su voluntad de no seguir vinculada al régimen pensional y tampoco se evidencia algún error de la administración que la privara de acceder a la pensión de vejez con posterioridad al cumplimiento de los requisitos que la hacían beneficiara de la prestación de vejez en el RPM (15 de marzo de 2021), pues por el contrario, la señora **MIRYAM HERNÁNDEZ ALARCÓN** continuó laborando al servicio de la EMPRESA COLOMBIANA CABLES S.A. y cotizando al Sistema hasta el 30 de junio de 2021.

De esta manera, concluye el Tribunal que no obstante haberse causado el derecho a la pensión de vejez en favor de la demandante desde el 15 de marzo de 2021, lo cierto es que su intención de cesar sus cotizaciones ocurrió solo hasta el 30 de junio de 2021, fecha para la cual su empleador le realizó la última cotización.

Por tal motivo, el disfrute de la pensión lo es en este caso a partir del 01 de julio de 2021, día siguiente a la fecha en la cual la demandante cesó sus cotizaciones al sistema de pensiones y ya había exteriorizado su intención de pensionarse.

Aclara la Sala, para responder el argumento del apoderado apelante, que al margen del beneficio que pudo o no generar a la demandante las cotizaciones efectuadas con posterioridad al 15 de marzo de 2021, lo cierto es que en casos como el aquí nos ocupa, lo relevante es determinar la verdadera voluntad del afiliado de retirarse del sistema, situación que como se dijo, quedó en evidencia solo hasta el 30 de junio de 2021, cuando la demandante dejó de cotizar; aun cuando la Juez de primer grado en su decisión hizo alusión a la fórmula prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, que establece la fórmula para calcular el porcentaje del IBL a efectos de liquidar la prestación, lo cierto es que el monto inicial de la mesada pensional no fue objeto de litigio en este asunto, pues el mismo se delimitó en establecer la fecha efectiva de reconocimiento pensional y el consecuente pago del retroactivo pensional, nada más.

Corolario de lo expuesto, y teniéndose en cuenta que la cuantía de la mesada pensional se fijó en la suma de \$6.661.448 a partir del 01 de agosto de 2021, evidentemente surge un retroactivo pensional a favor de la demandante, pero solo el generado entre el 01 al 31 de julio de 2021, por valor de \$6.661.448.

Por tal razón, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar, condenar a la demandada al pago del retroactivo dispuesto en precedencia, autorizando desde ya a **COLPENSIONES** a descontar las sumas correspondientes a los aportes con destino al régimen de salud, que remitirá a la EPS a la que se encuentre afiliada o se afilie la pensionada, acorde con lo previsto en el inciso 3 del artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

- Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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

sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

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

Por su parte, el artículo 9¹ de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994², establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

Descendiendo al caso de autos, la señora **MIRYAM HERNÁNDEZ ALARCÓN** solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la pensión desde el 16 de marzo de 2021 (pág. 26 a 34 archivo “01DemandaAnexos”), fecha para la cual tenía causado el derecho como se dijo en precedencia, por ello, en principio, los intereses moratorios comenzarían a generarse desde el 16 de julio de 2021 (cuatro meses después de presentada la solicitud); no obstante, como en este asunto se reconoce un retroactivo pensional correspondiente a la mesada no pagada del mes de julio de 2021, los intereses se causan a partir del 01 de agosto de 2021 y hasta cuando se efectúe el pago de la mesada en mora, sin que sea posible determinar el monto previamente.

- **Excepción de prescripción.**

Los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez (o reliquidaciones como es el caso) esto ocurre frente a cada mesada. Dice la

¹ “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

² “El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.”

norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Descendiendo al *sub examine*, se tiene que mediante Resolución SUB 1650875 del 15 de julio de 2021, se ordenó el reconocimiento pensional a la actora, quien accionó ante la jurisdicción el 02 de noviembre de 2021 (pág. 46 archivo “01DemandaAnexos”), por lo que entre la fecha en que se hizo exigible el disfrute de la prestación causada y la interposición de la demanda no transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción, y en esa medida, el retroactivo pensional no se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo, por lo que no operó la excepción propuesta por la parte demandada. Tampoco tienen vocación de prosperidad los demás medios de defensa invocados por **COLPENSIONES**, dado el resultado del estudio de la controversia.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por los motivos de apelación, y lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia de primera instancia en los términos anteriormente expuestos.

Las costas de primera instancia a cargo de la demandada. Sin costas en la instancia.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a pagar a la demandante **MIRYAM HERNÁNDEZ ALARCÓN** un retroactivo pensional por valor de \$6.661.448.4, por concepto de la mesada pensional causada y no pagada

entre el 01 y el 31 de julio de 2021, autorizando a la demandada a descontar las sumas correspondientes a los aportes para el sistema de salud, que deberá remitir a la EPS a que se encuentre afiliada o se afilie la demandante, acorde con lo previsto en el inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a pagar a la demandante **MIRYAM HERNÁNDEZ ALARCÓN** los intereses moratorios causados sobre el retroactivo pensional reconocido, liquidados desde el 01 de agosto de 2021 y hasta que se efectúe el respectivo pago.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuesta por la parte demandada.

QUINTO: COSTAS de primera instancia a cargo de la parte demandada. Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.10-2021-00371-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 07 de diciembre de 2023 proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la demandada a reliquidar la mesada pensional del demandante en cuantía de \$1.140.219, a partir del 22 de enero de 2005, declaró probada la excepción de prescripción de las diferencias causadas con anterioridad al 05 de agosto de 2018, ordenó el pago de retroactivo pensional por diferencias por \$19.326.016 desde el 05 de agosto de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2023, indexación, costas procesales y autorizó los descuentos por aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud (*min. 59:18, archivo “28Audiencia20231207Parte2”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MANUEL SALVADOR HERRERA DE LA VEGA, llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se condene al pago de la reliquidación de la pensión de vejez, calculando el IBL con el promedio de lo cotizado

durante los últimos 10 años, aplicando como tasa de reemplazo el 90%, a partir del día 25 de diciembre de 2005 (Sic), retroactivo por diferencias, indexación, extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que al cumplir los 60 años de edad, acreditaba más de 1000 semanas cotizadas; el 24 de enero de 2005, le solicitó al Instituto de Seguros Sociales la pensión de vejez, entidad que mediante Resolución 10686 del 24 de octubre de 2006 le concedió la prestación económica conforme al Acuerdo 049 de 1990, a partir del 22 de enero de 2005, en cuantía de \$691.972, teniendo en cuenta 766 semanas cotizadas; contra ese acto administrativo interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación para obtener la reliquidación pensional; el ISS a través de la Resolución 023359 del 25 de noviembre de 2008 reliquidó la pensión, basada en 1.241 semanas cotizadas, IBL de \$1.154.567, tasa de reemplazo del 87% y una mesada de \$1.004.473; y sostiene que el ISS no calculó en debida forma el IBL con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años y aplicando una tasa de reemplazo del 90% (*pág. 1 a 5, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y edad del demandante, el reconocimiento pensional y su reliquidación, expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y la obligación*; cobro de lo no debido; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios; presunción de legalidad de los actos administrativos; prescripción; buena fe y la innominada o genérica (*pág. 2 a 12, archivo “18ContestacionColpensiones”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 59:18, archivo “28Audiencia20231207Parte2”).

El 07 de diciembre de 2023, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante Manuel Salvador Herrera de la Vega reliquidación pensional desde el 22 de enero de 2005, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición en 14 mesadas pensionales y se establece como mesada inicial, para el 22 de enero de 2005, la suma de \$1.140.219 y que con los incrementos legales anuales correspondientes se establecen como mesadas pensionales las siguientes 2005 \$1.140.219, 2006 \$1.195.576, 2007 \$1.249.113, 2008 \$1.320.238, 2009 \$1.421.564, 2010 \$1.450.021, 2011 \$1496004, 2012 \$1.551.742, 2013 \$1.589.533, 2014 \$1.620.335, 2015 \$1.679.602, 2016 \$1.793.311, 2017 \$1.896.426, 2018 \$1.973.990, 2019 \$2.036.763, 2020 \$2.114.160, 2021 \$2.148.198, 2022 \$2.268.926 y 2023 \$2.566.609, lo anterior de conformidad a la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción a favor de COLPENSIONES frente a las diferencias en mesadas pensionadas causadas con anterioridad al 05 de agosto de 2018. En consecuencia, se absuelve a COLPENSIONES del pago de las citadas diferencias en mesadas pensionales conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia. **TERCERO:** Se condena a COLPENSIONES a pagar por retroactivo pensional calculado a 30 de noviembre de 2023 las siguientes sumas: desde el 5 de agosto de 2018 por la anualidad de 2018 la suma de \$1.377.255, por 2019 \$3.395.005, por el año 2020 \$3.524.015 por el año 2021 \$3.580.752, por el año 2022 \$3.781.981, por el año 2023 en 12 mesadas hasta el mes de noviembre, el día 30, \$3.667.007, lo que arroja un valor de retroactivo a 30 de noviembre del año 2023 de \$19.326.016, que se establece sin perjuicio de la obligación de COLPENSIONES de pagar las diferencias en mesadas pensionales que se sigan causando hasta la efectiva inclusión en nómina de pensionado del demandante, la reliquidación pensional ordenada en esta sentencia, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia, retroactivo pensional que deberá ser pagado debidamente indexado por COLPENSIONES entre la fecha de causación de cada mesada de cada diferencia pensional y la fecha efectiva de pago, como se estableció en la parte considerativa de esta providencia. Y autoriza el despacho a COLPENSIONES del retroactivo pensional, descontar los aportes correspondientes a salud. **CUARTO:** Se condena en costas de esta instancia a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a pagar a favor del demandante las costas del proceso, deben ser tasadas por secretaría, incluir como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. **QUINTO:** De no ser apelada la presente providencia, debe surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta de conformidad al artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y la Seguridad Social por las condenas expuestas a COLPENSIONES (...). Sic.

Como sustento de la decisión la Juez señaló que el demandante es beneficiario del régimen de transición, conforme lo dispuso el

Instituto de Seguros Sociales en el acto administrativo de reconocimiento pensional, siendo aplicable al Acuerdo 049 de 1990, por lo que al acreditar 1.351 semanas cotizadas es procedente la reliquidación de su mesada en un 90%, dado que el ISS en su momento únicamente le aplicó una tasa de reemplazo del 87%. Afirmó que el ingreso base de liquidación de la pensión debe calcularse a la luz del artículo 21 la Ley 100 de 1993, y al revisar el IBL le resulta más favorable el de los últimos 10 años. Precisó que ese IBL asciende a la suma de \$1.266.911 y al aplicarle el 90%, arroja como primera mesada la suma de \$1.140.219, a partir del 22 de enero de 2005, siendo procedente el pago de las diferencias.

Sin embargo, advirtió que aquellas diferencias causadas con anterioridad al 05 de agosto de 2018 están prescritas, motivo por el cual ordenó el pago del retroactivo a partir de esa fecha, debidamente indexado desde la causación de cada diferencia y a la fecha efectiva de pago, además autorizó los descuentos por aportes a salud.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Manifestó que condenar a esa administradora a otra reliquidación de la pensión de vejez ya liquidada en favor del peticionario vulnera los derechos procesales, puesto que se debe predicar la buena fe de la entidad, que no ha actuado de forma caprichosa, sino con base en los correspondientes lineamientos normativos citados y el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado.

Alega la condena afecta la sostenibilidad del sistema pensional, produciendo un detrimento patrimonial del fondo común al ordenar que al actor que ya ha goza de un reconocimiento y pago de una prestación, se le conceda otra, teniendo como base parte de los mismos requisitos por los cuales se le ha otorgado; finalmente, que condenar al pago de costas y agencias en derecho va en contravía del artículo 48 Constitucional dado que no se pueden utilizar los dineros del sistema

para fines diferentes a este (*min. 01:05:11, archivo “28Audiencia20231207Parte2”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **MANUEL SALVADOR HERRERA DE LA VEGA** tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional y si como consecuencia de ello debe condenarse a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** al pago del retroactivo pensional por diferencias, indexación y la procedencia de costas procesales, conforme con los requisitos estipulados en la ley y la jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) OSCAR OROZCO MAHECHA** nació el 22 de enero de 1945 (*pág. 41, archivo “18ContestacionColpensiones”*); **ii)** durante toda su vida laboral cotizó al sistema pensional un total de 1.351.14 semanas (*pág. 381 a 387, archivo “18ContestacionColpensiones”*); **iii)** el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución 10686 del 24 de octubre de 2006 le reconoció al actor la pensión de vejez a partir del 22 de enero de 2005 en cuantía de \$691.972 (*pág. 15 a 19, archivo “01DemandaAnexos”*); **iv)** contra el citado acto administrativo el accionante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación y a través de la Resolución 23359 del 25 de noviembre de 2008 el ISS modificó al acto administrativo de reconocimiento pensional, reajustando la mesada a la suma de \$1.004.473, aplicando una tasa de reemplazo del 87% por 1241 semanas cotizadas (*pág. 20 a 22, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **Sobre el régimen de transición y la reliquidación de la mesada pensional.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Sala advierte que por regla general las normas que se aplican en materia pensional a una situación concreta son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema.

No obstante, para preservar expectativas legítimas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional a favor de quienes a la entrada en vigencia del actual Sistema General de Pensiones tuvieran una edad de 40 años para los hombres, 35 años para las mujeres o 15 años o más de servicios cotizados. El Acto Legislativo 1° de 2005, limitó la vigencia de dicho régimen ya que estableció que perdería vigencia el 31 de julio de 2010, salvo para

aquellas personas que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo tuvieran 750 o más semanas cotizadas, a quienes la norma extendió el régimen de transición hasta el 2014, siendo la fecha límite el 31 de diciembre de 2014 (CSJ SL4040 de 2019, SL4816 de 2020, SL5114 de 2020, entre otras).

La misma norma establece que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas amparadas con el régimen de transición que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

A su vez, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 establece que el ingreso base de liquidación se obtiene calculando 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 (...) actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE... Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo. (...)”*.

CASO CONCRETO

En el presente asunto no hay controversia en que **MANUEL SALVADOR HERRERA DE LA VEGA** nació el 22 de enero de 1945, por lo que cumplió sus 60 años de edad el mismo día y mes del año 2005, que cotizó un total de 1.351 semanas en toda su vida laboral, que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 22 de enero de 2005, y que para calcular la mesada pensional tuvo en cuenta un total de 1241 y una tasa de reemplazo del 87%.

Siendo ello así, es viable reliquidar la pensión de vejez del demandante conforme al Acuerdo 049 de 1990 (artículo 20 Título II del citado Acuerdo), en un 90% del IBL al acreditar 1.351 semanas cotizadas en el ISS, lo que desvirtúa el argumento de apelación de **COLPENSIONES**, por cuanto al haber cotizado un tiempo superior al reconocido en los actos administrativos, tiene derecho a que se le aplica la mayor tasa de reemplazo prevista en el referido Acuerdo, sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema pensional dado que el afiliado cotizó el número máximo permitido bajo esta modalidad pensional, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Frente al Ingreso Base de Liquidación y dado que no hubo controversia de la parte actora respecto de que corresponde al promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios, se realizarán las operaciones aritméticas del caso para determinar el mismo, se realizarán las operaciones aritméticas del caso para determinar el IBL aplicable a la situación pensional del actor, de acuerdo con lo establecido en los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, así como la tasa de reemplazo. Para ello, la Sala se remite a la historia laboral aportada por el demandante con fecha de expedición el 15 de diciembre de 2022, (pág. 381 a 387, archivo “18ContestacionColpensiones”), liquidación calculada así:

DESDE	HASTA	# DÍAS	IBC	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMU LADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/10/1994	30/12/1994	70	\$234.720,00	55,9900	14,890000	3,76	\$882.603,95	\$61.782.276,43
1/02/1995	28/02/1995	30	\$358.442,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.099.680,42	\$32.990.412,46
1/03/1995	30/03/1995	30	\$447.457,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.372.773,56	\$41.183.206,73
1/04/1995	30/04/1995	30	\$416.233,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.276.980,04	\$38.309.401,10
1/05/1995	30/05/1995	30	\$424.138,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.301.232,14	\$39.036.964,31
1/06/1995	30/06/1995	30	\$627.391,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.924.801,21	\$57.744.036,31
1/07/1995	30/07/1995	30	\$383.022,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.175.090,51	\$35.252.715,25
1/08/1995	30/08/1995	30	\$489.451,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.501.608,85	\$45.048.265,46
1/09/1995	30/09/1995	30	\$341.545,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.047.841,35	\$31.435.240,36
1/10/1995	30/10/1995	30	\$406.721,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.247.797,74	\$37.433.932,26
1/11/1995	30/11/1995	30	\$545.681,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.674.119,41	\$50.223.582,23
1/12/1995	30/12/1995	30	\$465.527,00	55,9900	18,250000	3,07	\$1.428.211,33	\$42.846.339,83
1/01/1996	30/01/1996	30	\$480.725,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.234.669,39	\$37.040.081,77

DESDE	HASTA	# DÍAS	IBC	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMU LADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/02/1996	28/02/1996	30	\$515.280,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.323.418,68	\$39.702.560,37
1/03/1996	30/03/1996	30	\$452.499,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.162.175,18	\$34.865.255,52
1/04/1996	30/04/1996	30	\$502.435,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.290.428,24	\$38.712.847,22
1/05/1996	30/05/1996	30	\$605.540,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.555.237,83	\$46.657.134,77
1/06/1996	30/06/1996	30	\$614.542,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.578.358,10	\$47.350.743,00
1/07/1996	30/07/1996	30	\$654.020,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.679.751,37	\$50.392.541,01
1/08/1996	30/08/1996	30	\$705.452,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.811.846,67	\$54.355.400,20
1/09/1996	30/09/1996	30	\$680.741,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.748.380,21	\$52.451.406,32
1/10/1996	30/10/1996	30	\$753.304,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.934.747,29	\$58.042.418,75
1/11/1996	30/11/1996	30	\$531.822,00	55,9900	21,800000	2,57	\$1.365.904,30	\$40.977.129,06
1/01/1997	30/01/1997	30	\$343.289,00	55,9900	26,520000	2,11	\$724.764,37	\$21.742.931,12
1/02/1997	28/02/1997	30	\$457.719,00	55,9900	26,520000	2,11	\$966.353,20	\$28.990.595,94
1/03/1997	30/03/1997	30	\$578.104,00	55,9900	26,520000	2,11	\$1.220.514,44	\$36.615.433,21
1/04/1997	30/04/1997	30	\$462.815,00	55,9900	26,520000	2,11	\$977.112,06	\$29.313.361,82
1/05/1997	30/05/1997	30	\$573.126,00	55,9900	26,520000	2,11	\$1.210.004,70	\$36.300.141,11
1/06/1997	30/06/1997	30	\$552.444,00	55,9900	26,520000	2,11	\$1.166.340,10	\$34.990.203,12
1/07/1997	30/07/1997	30	\$542.341,00	55,9900	26,520000	2,11	\$1.145.010,28	\$34.350.308,36
1/08/1997	30/08/1997	30	\$660.741,00	55,9900	26,520000	2,11	\$1.394.980,72	\$41.849.421,48
1/09/1997	30/09/1997	30	\$542.341,00	55,9900	26,520000	2,11	\$1.145.010,28	\$34.350.308,36
1/10/1997	30/10/1997	30	\$552.000,00	55,9900	26,520000	2,11	\$1.165.402,71	\$34.962.081,45
1/11/1997	30/11/1997	30	\$705.185,00	55,9900	26,520000	2,11	\$1.488.812,52	\$44.664.375,74
1/12/1997	30/12/1997	30	\$542.341,00	55,9900	26,520000	2,11	\$1.145.010,28	\$34.350.308,36
1/01/1998	30/01/1998	30	\$677.926,00	55,9900	31,210000	1,79	\$1.216.183,17	\$36.485.495,10
1/05/1998	30/05/1998	120	\$552.341,00	55,9900	31,210000	1,79	\$990.886,66	\$118.906.398,94
1/06/1998	30/06/1998	30	\$644.474,00	55,9900	31,210000	1,79	\$1.156.171,08	\$34.685.132,26
1/07/1998	30/07/1998	30	\$704.859,00	55,9900	31,210000	1,79	\$1.264.500,33	\$37.935.010,01
1/08/1998	30/08/1998	30	\$773.867,00	55,9900	31,210000	1,79	\$1.388.299,05	\$41.648.971,48
1/09/1998	30/09/1998	30	\$639.378,00	55,9900	31,210000	1,79	\$1.147.028,97	\$34.410.869,16
1/10/1998	30/10/1998	30	\$800.000,00	55,9900	31,210000	1,79	\$1.435.181,03	\$43.055.430,95
1/11/1998	30/11/1998	30	\$640.000,00	55,9900	31,210000	1,79	\$1.148.144,83	\$34.444.344,76
1/12/1998	30/12/1998	30	\$800.000,00	55,9900	31,210000	1,79	\$1.435.181,03	\$43.055.430,95
1/01/1999	30/04/1999	120	\$640.000,00	55,9900	36,420000	1,54	\$983.898,96	\$118.067.874,79
1/05/1999	30/05/1999	30	\$843.585,00	55,9900	36,420000	1,54	\$1.296.878,75	\$38.906.362,56
1/06/1999	30/06/1999	30	\$798.963,00	55,9900	36,420000	1,54	\$1.228.279,47	\$36.848.384,16
1/07/1999	30/07/1999	30	\$936.000,00	55,9900	36,420000	1,54	\$1.438.952,22	\$43.168.566,72
1/08/1999	30/08/1999	30	\$746.667,00	55,9900	36,420000	1,54	\$1.147.882,63	\$34.436.478,86
1/09/1999	30/09/1999	30	\$844.089,00	55,9900	36,420000	1,54	\$1.297.653,57	\$38.929.607,17
1/10/1999	30/10/1999	30	\$936.000,00	55,9900	36,420000	1,54	\$1.438.952,22	\$43.168.566,72
1/11/1999	30/11/1999	30	\$784.119,00	55,9900	36,420000	1,54	\$1.205.459,17	\$36.163.774,97
1/12/1999	30/12/1999	30	\$936.000,00	55,9900	36,420000	1,54	\$1.438.952,22	\$43.168.566,72
1/01/2000	30/01/2000	30	\$725.481,00	55,9900	39,790000	1,41	\$1.020.851,50	\$30.625.545,00
1/02/2000	30/03/2000	60	\$748.800,00	55,9900	39,790000	1,41	\$1.053.664,54	\$63.219.872,33
1/04/2000	30/04/2000	30	\$984.889,00	55,9900	39,790000	1,41	\$1.385.874,22	\$41.576.226,52
1/05/2000	30/06/2000	60	\$748.800,00	55,9900	39,790000	1,41	\$1.053.664,54	\$63.219.872,33
1/07/2000	30/07/2000	30	\$967.941,00	55,9900	39,790000	1,41	\$1.362.026,05	\$40.860.781,55
1/08/2000	30/09/2000	58	\$936.000,00	55,9900	39,790000	1,41	\$1.317.080,67	\$76.390.679,07
1/10/2000	30/10/2000	30	\$757.156,00	55,9900	39,790000	1,41	\$1.065.422,58	\$31.962.677,39

DESDE	HASTA	# DÍAS	IBC	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMU LADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/11/2000	30/11/2000	30	\$748.800,00	55,9900	39,790000	1,41	\$1.053.664,54	\$31.609.936,16
1/12/2000	30/12/2000	30	\$1.021.333,00	55,9900	39,790000	1,41	\$1.437.155,94	\$43.114.678,06
1/01/2001	30/01/2001	30	\$1.225.185,00	55,9900	43,270000	1,29	\$1.585.350,32	\$47.560.509,46
1/02/2001	28/02/2001	30	\$822.459,00	55,9900	43,270000	1,29	\$1.064.235,72	\$31.927.071,47
1/03/2001	30/03/2001	30	\$1.022.370,00	55,9900	43,270000	1,29	\$1.322.914,17	\$39.687.425,21
1/04/2001	30/05/2001	60	\$817.896,00	55,9900	43,270000	1,29	\$1.058.331,34	\$63.499.880,34
1/06/2001	30/07/2001	60	\$947.704,00	55,9900	43,270000	1,29	\$1.226.298,75	\$73.577.925,07
1/08/2001	30/08/2001	30	\$1.116.059,00	55,9900	43,270000	1,29	\$1.444.144,75	\$43.324.342,55
1/09/2001	30/09/2001	30	\$1.106.519,00	55,9900	43,270000	1,29	\$1.431.800,30	\$42.954.008,88
1/10/2001	30/10/2001	30	\$885.215,00	55,9900	43,270000	1,29	\$1.145.439,98	\$34.363.199,34
1/11/2001	30/11/2001	30	\$891.111,00	55,9900	43,270000	1,29	\$1.153.069,21	\$34.592.076,42
1/12/2001	30/12/2001	30	\$1.116.415,00	55,9900	43,270000	1,29	\$1.444.605,40	\$43.338.162,13
1/01/2002	28/02/2002	60	\$885.215,00	55,9900	46,580000	1,20	\$1.064.044,39	\$63.842.663,61
1/03/2002	30/03/2002	30	\$1.106.519,00	55,9900	46,580000	1,20	\$1.330.055,79	\$39.901.673,77
1/04/2002	30/04/2002	30	\$890.163,00	55,9900	46,580000	1,20	\$1.069.991,98	\$32.099.759,36
1/06/2002	30/06/2002	30	\$1.187.822,00	55,9900	46,580000	1,20	\$1.427.783,46	\$42.833.503,94
1/07/2002	30/07/2002	30	\$953.007,00	55,9900	46,580000	1,20	\$1.145.531,60	\$34.365.948,00
1/08/2002	30/08/2002	30	\$1.291.289,00	55,9900	46,580000	1,20	\$1.552.152,66	\$46.564.579,93
1/09/2002	30/10/2002	60	\$953.007,00	55,9900	46,580000	1,20	\$1.145.531,60	\$68.731.896,00
1/11/2002	30/11/2002	30	\$1.191.259,00	55,9900	46,580000	1,20	\$1.431.914,80	\$42.957.444,02
1/12/2002	30/12/2002	30	\$953.007,00	55,9900	46,580000	1,20	\$1.145.531,60	\$34.365.948,00
1/01/2003	01/02/2003	60	\$953.007,00	55,9900	49,830000	1,12	\$1.070.818,02	\$64.249.081,19
1/03/2003	30/03/2003	30	\$1.191.259,00	55,9900	49,830000	1,12	\$1.338.522,81	\$40.155.684,17
1/04/2003	30/04/2003	30	\$953.007,00	55,9900	49,830000	1,12	\$1.070.818,02	\$32.124.540,60
1/05/2003	30/05/2003	22	\$850.904,00	55,9900	49,830000	1,12	\$956.093,02	\$21.034.046,34
1/06/2003	30/12/2003	210	\$1.028.191,00	55,9900	49,830000	1,12	\$1.155.296,29	\$242.612.220,73
1/01/2004	30/12/2004	360	\$1.094.921,00	55,9900	53,070000	1,06	\$1.155.165,38	\$415.859.537,30
1/01/2005	30/01/2005	30	\$1.155.141,00	55,9900	55,990000	1,00	\$1.155.141,00	\$34.654.230,00
TOTAL DIAS		3600						\$4.417.556.253,33

IBL	\$1.227.098,96
TASA DE REPLAZO	90%
VALOR PRIMERA MESADA	\$1.104.389,06

Por tanto, el valor de la primera mesada pensional es superior a la reconocida por el ISS hoy **COLPENSIONES**, pero inferior a la calculada por el *a quo* (\$1.140.219), razón por la cual se modificará la sentencia para establecer que el valor de la mesada reajustada a partir del 22 de enero de 2005 corresponde a la suma de \$1.104.389.06, teniendo el demandante derecho al pago de las diferencias que se causen entre la pensión otorgada por el ISS y el monto establecido en la presente acción.

Para los demás años, la mesada ajustada conforme al IPC se fija en las siguientes cantidades:

AÑO	VALOR MESADA AJUSTADA	IPC
2005	\$ 1.104.389	
2006	\$ 1.158.006	4,85
2007	\$ 1.209.860	4,48
2008	\$ 1.278.751	5,69
2009	\$ 1.376.893	7,67
2010	\$ 1.404.455	2,00
2011	\$ 1.448.994	3,17
2012	\$ 1.503.041	3,73
2013	\$ 1.539.715	2,44
2014	\$ 1.569.586	1,94
2015	\$ 1.627.033	3,66
2016	\$ 1.737.183	6,77
2017	\$ 1.837.071	5,75
2018	\$ 1.912.207	4,09
2019	\$ 1.973.015	3,18
2020	\$ 2.047.990	3,8
2021	\$ 2.080.963	1,61
2022	\$ 2.197.913	5,62
2023	\$ 2.497.268	13,62
2024	\$2.729.015	9,28

- **Sobre la excepción de prescripción:**

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

Así las cosas, el derecho a reclamar las diferencias pensionales objeto de esta acción nació a partir del reconocimiento pensional, pues en ese momento **MANUEL SALVADOR HERRERA DE LA VEGA** estaba plenamente facultado para demandar ese acto administrativo y obtener el pago de las diferencias no canceladas oportunamente. En este caso, la primera petición donde se reclamó de forma concreta el reajuste del monto pensional fue el recurso de reposición y en subsidio

de apelación interpuesto contra la resolución de reconocimiento, el cual fue desatado por medio de la Resolución 23359 del 25 de noviembre de 2008 (*pág. 20 a 22, archivo “01DemandaAnexos”*).

Por tal motivo, al interrumpirse válidamente la prescripción, a partir de 2008 el demandante contaba con tres años para radicar la acción para no sufrir los efectos de este fenómeno, circunstancia que solo ocurrió el 05 de agosto de 2021 (*archivo “02Secuencia12461”*), es decir, más allá de los 3 años que establece la norma, por lo que resultan prescritas las diferencias por mesadas pensionales causadas entre el 22 de enero de 2005 hasta el 04 de agosto de 2018, por lo que este aparte de la sentencia se confirmará.

Sin embargo, se advierte que el retroactivo que se genere por las diferencias causadas entre el 05 de agosto de 2018 hasta su inclusión en nómina las deberá efectuar **COLPENSIONES** o el *a quo* en su oportunidad procesal, ya que se desconoce la fecha en que se pagará la prestación económica, indexada, por lo que se modificará el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia.

Por otra parte, se confirmará la providencia en cuanto se autorizó a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2425 de 2019, SL4964 de 2020, SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1781 de 2022, entre otras.

Y frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del Código General del Proceso - CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción

promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia para establecer que el valor de la mesada ajustada por efectos de la reliquidación asciende a la suma de \$1.104.389,06, a partir del 22 de enero de 2005, mesada que para el año 2024 corresponde a \$2.729.015, conforme lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante las diferencias en mesadas pensionales que se generen desde el 05 de agosto de 2018 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago y su inclusión en nómina, debidamente indexadas, teniendo como mesada para el año 2018 la suma de \$1.912.207, tomando como IPC inicial el del mes en que se generó cada diferencia y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago, autorizando a dicha entidad a descontar del retroactivo el valor correspondiente por aportes a salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.11-2018-00221-01

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por el **RUBEN BAYONA FORERO** contra la sentencia del 29 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones (*min. 1:03:35*, archivo “22Audiencia2023069”).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

RUBEN BAYONA FORERO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a la sociedad **EXPRESO PAZ DEL RIO S.A.** con el fin de que se declare que existió una relación laboral con esta última empresa desde julio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1995, que **EXPRESO PAZ DEL RIO** dejó de pagar los aportes a pensión del 1° de enero al 31 de diciembre de 1995 y, en consecuencia, que se condene a dicha sociedad a liquidar y pagar los aportes que adeuda, y a

COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición, a partir del 11 de julio de 2011, junto con intereses moratorios o indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 20 de julio de 1951, cotizó 534,86 semanas en los últimos 20 años antes de cumplir la edad de 60 años, para el año 1994 había cumplió 40 años de edad y siempre permaneció afiliado al ISS hoy **COLPENSIONES**; prestó servicios a la empresa **EXPRESO PAZ DEL RIO** desde agosto de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1995, fecha en la cual presentó carta de renuncia, pero al revisar su historia laboral se dio cuenta que dicha empresa no realizó los aportes correspondientes al año 1995, por lo que en comunicación radicada el 05 de agosto de 1996 requirió a su empleador para el pago de esos aportes, también requirió a la propietaria del vehículo Betty González Osorio, quien en certificación del 5 de diciembre de 1997 dejó constancia que laboró para la empresa de transporte, como conductor de su vehículo de agosto de 1994 a septiembre de 1996.

Manifestó que laboró para la empresa Restrepo y Uribe Ltda del año 1969 a 1971, sin que aparezcan los periodos en la historia laboral, además que para los empleadores Puentes Iza Otoniel y Líneas Uniturs no obran completos los reportes; ante las referidas inconsistencias presentó diferentes peticiones al ISS y **COLPENSIONES** sin obtener respuesta efectiva; y debido a que venía realizando cotizaciones con Colombia Mayor, le informaron que a partir de agosto de 2016 no le reciben más aportes; finalmente, que presentó solicitud de pensión de vejez ante **COLPENSIONES**, entidad que le negó la prestación ante el déficit de semanas (pág. 4 a 21, archivo "01ProcesoEscaneadoSustitucionPoderColpensiones").

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y edad del demandante, las cotizaciones y los empleadores que las efectuaron, la afiliación a pensión por parte de la empresa PAZ DEL RIO quien reportó la novedad de retiro para enero de 1995, las peticiones presentadas y sus respuestas, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*; prescripción; buena fe; cobro de lo no debido; no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica (pág. 88 a 103, archivo “01ProcesoEscaneadoSustitucionPoderColpensiones”).”

EXPRESO PAZ DEL RIO S.A. se opuso a las pretensiones, señaló que los hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *inexistencia de la relación laboral*; falta a la verdad y mala fe por parte del demandante y responsabilidad endilgada a Colpensiones (pág. 2 a 9, archivo “08ConetstacionDemandaExpresoPaz”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 1:03:35, archivo “22Audiencia2023069”)

El 29 de junio de 2023, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **“PRIMERO: DECLARAR** que en el presente proceso el demandante RUBÉN BAYONA FORERO no logró acreditar la existencia de una relación laboral con la sociedad EXPRESO PAZ DEL RÍO S.A hasta el 31 de diciembre de 1997. **SEGUNDO: DECLARAR** que al demandante RUBÉN BAYONA FORERO le feneció su derecho al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el 31 de julio del 2010, como consecuencia de la

*entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 por no contar para la fecha de entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo con 750 semanas de cotización. **TERCERO:** Como consecuencia de lo de lo anterior, se absuelve a la sociedad EXPRESO PAZ DEL RÍO y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por el señor RUBÉN BAYONA FORERO. **CUARTO: CONDENAR** en costas de primera instancia a la parte demandante, fijando como agencias en Derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente. **QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión y por ser la misma totalmente adversa a las pretensiones del señor demandante se concederá el grado jurisdiccional de consulta ante la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social (...). Sic.*

Como sustento de la decisión el Juez indicó que el demandante no acreditó la prestación personal del servicio a favor de **EXPRESO PAZ DEL RIO** durante el año 1995, pues si bien existe un certificado este no basta para probar una relación laboral, dado que se limita a señalar la aceptación de una renuncia para el 31 de diciembre de 1995; además, que la historia laboral de **COLPENSIONES** da cuenta que la relación laboral que existió entre las partes lo fue entre el 3 de agosto de 1994 y el 31 de diciembre de 1994; y en la constancia suscrita por Betty González Osorio se informa que el demandante laboró para ella desde agosto de 1994 a septiembre de 1995 o 1996, persona que no fue vinculada al proceso, por lo que se desconoce la condiciones de tiempo, modo y lugar en que se dio la vinculación con **EXPRESO PAZ DEL RIO** por el periodo reclamado, y al no estar demostrada la prestación del servicio no es posible aplicar la presunción del artículo 24 del CST.

Respecto de la pensión de vejez, precisó que el accionante no cumple 750 semanas cotizadas a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, de lo que dedujo que este perdió el régimen de transición a partir del 31 de julio de 2010, no siendo viable aplicar los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 y que tampoco cumple los requisitos de la pensión de vejez de la Ley 797 de 2003 al contar con tan sólo 1.042 semanas cotizadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **RUBEN BAYONA FORERO** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y en su lugar se reconozca la pensión. Adujo que la renuncia presentada por parte del actor y aceptada por la empresa es prueba de una relación laboral, toda vez que si esta no existía no era posible admitirla; además que no se puede desconocer que **RUBEN BAYONA** trabajó con la empresa si fue la misma Betty González, propietaria del vehículo, quien señala que estuvo vinculado por su vehículo afiliado a PAZ DEL RIO hasta el año 1996; que las empresas de transporte vinculan a los trabajadores y vinculan a los dueños de vehículos, eso no es desconocido en el ámbito del transporte; afirmó que sumando las semanas no solo de **PAZ DEL RIO** sino de las otras empresas que no se tienen en cuenta en la historia laboral, el demandante completa las 750 semanas para ser beneficiario de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados a favor de la demandada **EXPRESO PAZ DEL RIO** para el año 1995 y, de ser así, verificar los demás elementos de la existencia del contrato de trabajo y

la procedencia de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, conforme con lo alegado en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes aspectos fácticos: **i) RUBEN BAYONA FORERO** nació el 20 de julio de 1951 (*pág. 23 a 25, archivo “01ProcesoEscaneadoSustitucionPoderColpensiones”*); **ii)** y en la más reciente historia laboral, al afiliado le reportan un total de 1.042,57 semanas cotizadas (*archivo “12MemorialRespuestaRequerimientoCOLPENSIONES20230124”*).

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

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

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

SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

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

A su vez, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que los jueces del trabajo deben procurar desentrañar de los medios probatorios los extremos temporales de la relación laboral, que se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular o conceder los derechos laborales o sociales que legalmente le correspondan al trabajador (CSJ SL rad. 25580 de 2006, SL42167 de 2012, SL905 de 2013 y SL14032 de 2016, entre otras).

CASO EN CONCRETO

Bajo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmara la decisión de primera instancia que absolvió de la declaratoria de existencia del contrato de trabajo con la demandada **EXPRESO PAZ DEL RIO** para el año 1995. En efecto, al revisar el material probatorio allegado y recaudado en el juicio, se concluye que el demandante no demostró haber prestado servicios personales a favor de **EXPRESO PAZ DEL RIO** del 1° de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1995, como se alega en la demanda y se reitera en la apelación, razón por la cual no opera la presunción legal del elemento

subordinación, como indiciario de la existencia de un contrato de trabajo.

Para llegar a la anterior conclusión, se observa que en la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** el 24 de enero de 2023 (*archivo “12MemorialRespuestaRequerimientoCOLPENSIONES20230124”*), **EXPRESO PAZ DEL RIO** le cotizó al demandante aportes pensionales como empleador entre el 23 de agosto de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1994, reportando la novedad de retiro para enero de 1995, según respuesta expedida por el Instituto de Seguros Sociales en el año 2010 (*pág. 36, archivo “01ProcesoEscaneadoSustitucionPoderColpensiones”*), de lo que se deduce que hubo una relación laboral entre las partes hasta el 31 de diciembre de 1994. Posteriormente a esa fecha, no aparece medio persuasivo que confirme si quiera la prestación del servicio a favor del mismo empleador por el tiempo reclamado.

Y aunque en comunicación del 31 de diciembre de 1995, el gerente general de Transportes **EXPRESO PAZ DEL RIO** aceptó la renuncia presentada por **RUBEN BAYONA FORERO** en la misma fecha, como conductor del Bus No.2105 (*pág. 27, archivo “01ProcesoEscaneadoSustitucionPoderColpensiones”*), de esta no se desprende el tiempo en que se haya prestado el referido servicio, aspecto que resultaba relevante en este juicio en la medida en que fue la empresa quien para enero de 1995 reportó la novedad de retiro del trabajador. Luego este documento, y contrario a lo afirmado por el recurrente, únicamente puede dar fe de la existencia de un vínculo subordinado para el 31 de diciembre de 1995.

Aunque el artículo 15 de la Ley 15 de 1959, vigente para la época de los hechos, establece que el contrato de trabajo verbal o escrito de los choferes asalariados del servicio público se entenderá celebrado con la empresa respectiva, siendo el propietario y la empresa solidariamente responsables del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, esa norma no se puede aplicar en el presente asunto puesto que el documento expedido por Betty González Osorio, quien manifestó ser la propietaria del vehículo, calidad que no está

acreditada, conducido por el demandante y adscrito a la empresa de transporte demandada (pág. 27, archivo “01ProcesoEscaneadoSustitucionPoderColpensiones”), contiene extremos temporales diferentes a los reclamados en esta acción y presenta una enmendadura que le resta validez y certeza a la información contenida en este documento, pues al parecer allí lo que se certifica es una presunta prestación del servicio hasta agosto de 1995, pero se alteró para hacerlo parecer que fue hasta el año 1996.

Precisa la Sala que, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, le correspondía a la parte demandante probar de manera clara y sin dubitación alguna, por lo menos la prestación personal del servicio a favor de la empresa de transportes demandada, único elemento para que operara la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Si el demandante **RUBEN BAYONA FORERO** pretendía que se declarara la existencia de un contrato de trabajo con **EXPRESO PAZ DE RIO S.A.**, por lo menos ha debido aportar las pruebas documentales o testimoniales adicionales que sustentaran su dicho, no obstante, ninguna prueba útil aportó para probar este presupuesto, lo que descarta los argumentos expuestos por el recurrente.

Así las cosas, y dado que con las pruebas aportadas al expediente no se establece que **RUBEN BAYONA FORERO** prestó servicios a favor de la demandada **EXPRESO PAZ DE RIO S.A.** durante todo el año 1995, no le queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión de primera instancia.

- Sobre la mora del empleador y la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones.

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones

que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realicé su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley, faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ sostiene, de forma pacífica y reiterada, que el trabajador dependiente no debe asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque sólo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL5607 de 2019, SL 4295 de 2021, SL1116 de 2022, SL4282-2022, entre otras.

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

Además, la Corte Constitucional en sentencia SU068 de 2022, reiteró que existe libertad probatoria para demostrar la configuración de la mora patronal, pero que, por regla general, la afiliación activa del trabajador y la inexistencia de una novedad de retiro en la historia laboral permiten inferir que: (i) el vínculo laboral se mantuvo durante los periodos acusados de estar en mora; (ii) el empleador tenía el deber de hacer el traslado de los aportes, pero lo incumplió; y, (iii) la administradora de pensiones no adelantó las gestiones pertinentes para obtener el pago de esos aportes. Y que, en algunos casos, es posible que existan dudas serias y fundadas sobre la existencia de la relación laboral que dio lugar a las cotizaciones al sistema de

pensiones, no siendo posible establecer que el fondo de pensiones debía adelantar acciones de cobro en favor del trabajador.

- Sobre el régimen de transición y la pensión de vejez.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Sala advierte que por regla general las normas que se aplican en materia pensional a una situación concreta son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema.

No obstante, para preservar expectativas legítimas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional a favor de quienes a la entrada en vigencia del actual Sistema General de Pensiones tuvieran una edad de 40 años para los hombres, 35 años para las mujeres o 15 años o más de servicios cotizados. El Acto Legislativo 1° de 2005, limitó la vigencia de dicho régimen ya que estableció que perdería vigencia el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo tuvieran 750 o más semanas cotizadas, a quienes la norma extendió el régimen de transición hasta el 2014, siendo la fecha límite el 31 de diciembre de 2014 (CSJ SL4040 de 2019, SL4816 de 2020, SL5114 de 2020, entre otras).

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el cumplimiento de los requisitos para beneficiarse del régimen de transición pensional no constituye un derecho adquirido para el afiliado, ya que esa situación corresponde a una probabilidad cierta pero eventual de consolidar un derecho bajo las condiciones que establezca determinada ley, y siempre que no se produzcan cambios en el sistema, puesto que los regímenes de transición tienen un límite temporal, sin que el legislador esté obligado a mantener en el tiempo tales expectativas (CSJ SL7039-2017 SL2387-2020 SL2665-2020 SL2547-2020 SL059-2021 SL969-2023 SL337-2023).

CASO CONCRETO

En este asunto se duele el demandante que no se le está teniendo en cuenta todos los tiempos laborados como cotizados, los cuales le permitirían acceder a la prestación pensional reclamada.

Sobre el particular, se consignó en la demanda que el actor laboró para RESTREPO Y URIBE LTDA desde 1969 a 1971, sin que aparezcan todos los periodos cotizados, así como no aparecen los reportes completos con los empleadores PUENTES IZA OTONIEL y LINEAS UNITURS.

Frente a la mora su análisis no se supedita únicamente en establecer si el fondo de pensiones se allanó a la misma por no ejercer las acciones de cobro oportunamente, sino que se requiere de la participación del afiliado quien deberá demostrar la efectiva prestación del servicio en esos periodos.

Al revisar la última historia laboral reportada no aparece ningún periodo en mora que pudiera ser imputable al fondo de pensiones por la omisión de ejercer las acciones de cobro coactivo (*archivo "12MemorialRespuestaRequerimientoCOLPENSIONES20230124"*). Para el caso del empleador RESTREPO Y URIBE LTDA le aparecen cotizaciones desde el 26 de octubre de 1970 al 30 de enero de 1972, sin que los restantes tiempos reclamados se reflejen en el recuento de semanas y **RUBEN BAYONA FORERO** no acreditó la prestación efectiva del servicio a favor de este empleador. Respecto de PUENTES IZA OTONIEL le reportan cotizaciones desde el 1° de mayo de 1998 al 30 de septiembre de 1998, sin que haya certeza de tiempo de servicios prestados con posterioridad. Y respecto de LINEAS UNITURS presenta semanas cotizadas desde el ciclo octubre de 2006 hasta el 05 de mayo de 2008, con el correspondiente reporte de novedad de retiro.

Bajo ese análisis es evidente que no existe semana adicional que se deba reconocer diferente a las reportadas por **COLPENSIONES** en la historia laboral.

En esa medida, con base en las 1.042.57 semanas cotizadas es que se debe resolver la situación pensional del demandante.

En el presente asunto **RUBEN BAYONA FORERO** pretende el reconocimiento de la pensión de vejez al considerar que se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al verificar los requisitos previstos en la referida norma se constata que para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el actor contaba con 42 años de edad, por haber nacido el 20 de julio de 1951 (*pág. 25 archivo “01ProcesoEscaneadoSustitucionPoderColpensiones”*), por lo que es beneficiario del régimen de transición por edad, de suerte que conservó la expectativa de pensionarse con un régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993, que no es otro que el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, hasta el 31 de julio de 2010, fecha en que expiró esa prerrogativa, pues en cumplimiento Acto Legislativo 01 de 2005, este no se le extendió al demandante hasta el año 2014, por cuanto no cumplió con el requisito de contar con 750 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia de esta reforma pensional, pues a esa data únicamente tenía reunidas 678.71 semanas, así:

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008204884	RESTREPO URIBE LTDA	26/10/1970	30/01/1972	\$660	66,00	0,00	0,00	66,00
1007102243	AEROVIAS NALES DE CO	06/04/1972	31/03/1981	\$14.610	468,86	0,00	0,00	468,86
1007101504	COOP TRANSP DEL TEQU	09/11/1992	07/07/1994	\$98.700	86,57	0,00	0,00	86,57
1007103195	TRANSP EXPRESO PAZ D	23/08/1994	31/12/1994	\$98.700	18,71	0,00	0,00	18,71
860030080	TRANSP. EXPRESO PAZ	01/01/1995	31/01/1995	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
14780014	PUENTES IZA OTONIEL	01/05/1998	31/05/1998	\$68.000	1,43	0,00	0,00	1,43
14780014	PUENTES IZA OTONIEL	01/06/1998	30/09/1998	\$204.000	17,14	0,00	0,00	17,14
800151556	LINEAS UNITURS LTDA	01/10/2006	31/10/2006	\$340.000	3,71	0,00	0,00	3,71

Ahora, para el caso de los hombres, el Acuerdo 049 de 1990 exige como requisitos para la causación de la pensión de vejez el cumplimiento de 60 años de edad y 500 semanas cotizadas en los

últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1.000 cotizadas en cualquier tiempo. En este caso, **RUBEN BAYONA FORERO** cumplió 60 años el 20 de julio de 2011 (*pág. 23 a 25, archivo “01ProcesoEscaneadoSustitucionPoderColpensiones”*), es decir, con posterioridad a la expiración del régimen de transición, lo que descarta uno de los presupuestos de causación prestacional, siendo suficiente para despachar desfavorablemente este punto de la controversia.

Siendo ello así, la norma que regula la situación pensional del demandante es la prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que requiere para acceder a dicha prestación, para el caso de los hombres, tener 62 o más años y un mínimo de 1.300 semanas a partir del año 2015. **RUBEN BAYONA FORERO** cumplió los 62 años el 20 de julio de 2013, por lo que para ese momento el mínimo de semanas requerido correspondía a 1250, y tan sólo cuenta con 1.042,57 semanas cotizadas (*archivo “12MemorialRespuestaRequerimientoCOLPENSIONES20230124”*), es decir, no acredita los requisitos exigidos actualmente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Bajo el anterior análisis es acertada la decisión adoptada por el *a quo*, motivo suficiente para disponer su confirmación.

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

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.