



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.25-2021-00463-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 15 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la demandada al reconocimiento del retroactivo pensional desde el 1° de septiembre de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021, junto con indexación, intereses moratorios y costas procesales (*min. 27:57, enlace archivo “17AudienciaJuzgamiento”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

DIEGO ZULETA LLERAS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de septiembre de 2020, teniendo en cuenta el salario devengado en moneda extranjera durante su periodo de vinculación en el Ministerio

de Relaciones Exteriores; en consecuencia, se condene a la reliquidación de la mesada pensional, al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 2020 al 28 de febrero de 2021, junto con intereses moratorios, facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 24 de junio de 1958, cotizó al Sistema General de Pensiones un total de 1.620 semanas hasta el 31 de agosto de 2020; que laboró para el servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores en el cargo de tercer secretario desde el 24 de enero de 1978 hasta el 13 de enero de 1985 en la Embajada de Colombia ante los Estados Unidos de América; posteriormente, entre el 16 de diciembre de 2016 y el 31 de mayo de 1997 y entre el 1° de junio de 1997 y el 13 de enero de 1998, estuvo vinculado en la Embajada de Colombia ante el Reino Unido como Primer Secretario Grado Ocupacional 3x devengando su salario inicialmente en marcos alemanes y luego en libras esterlinas, periodos en los cuales el referido Ministerio cotizó al ISS tomando como ingreso base de cotización el salario equivalente en planta interna pero no el realmente devengado.

Manifestó que el 13 de agosto de 2020 solicitó a **COLPENSIONES** la pensión de vejez, la cual fue reconocida por medio de la Resolución SUB65475 del 12 de marzo de 2021, en cuantía de \$5.850.735 a partir del 1° de marzo de 2021, decisión contra la cual interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación reclamando la reliquidación pensional y el pago de mesadas desde el 1° de septiembre de 2020; con ocasión de dicho recurso la mesada fue reliquidada en la suma de \$5.860.376 a través de la Resolución SUB152807 del 30 de junio de 2021, sin que a la presentación de la demanda se haya resuelto la apelación (*pág. 3 a 8, archivo “01Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de

nacimiento del demandante, las semanas cotizadas, la solicitud y reconocimiento pensional, los recursos interpuestos y la reliquidación de mesada. Formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y cobro de lo no debido*; prescripción y caducidad; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (pág. 3 a 10, archivo “07Contestacion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Min. 27:57, enlace archivo “17AudienciaJuzgamiento”)

El 15 de septiembre de 2023, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO:** Declarar y condenar al demandado Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y cancelar a favor del demandante señor Diego Zuleta Lleras, identificado con cédula 19’222.736, por concepto de retroactivo pensional, causado desde el 1° de septiembre de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021, que asciende a la suma de \$40’558.347, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago, por lo motivado. **SEGUNDO:** Condenar al demandado Colpensiones a reconocer y cancelar a favor del demandante señor Diego Zuleta Lleras, ya identificado, por concepto de intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor del retroactivo reconocido en la presente sentencia, que a la fecha ascienden a la suma de \$36’993.269. Como quiera que la norma es clara, los intereses se liquidarán con la tasa vigente al momento del pago. **TERCERO:** Se declara no probada la excepción de prescripción, por lo motivado. Las demás excepciones por las resultas del proceso no se analizan. **CUARTO:** Condenar en costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante por un valor de \$1’400.000. **QUINTO:** Absolver a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por lo motivado. **SEXTO:** En caso de no ser apelada, consúltese con el superior en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (...)

Como sustento de la decisión el Juez, al resolver lo relacionado con la reliquidación teniendo en cuenta los salarios devengados en moneda extranjera, advirtió que en el periodo de vinculación al Ministerio de Relaciones Exteriores los mismos fueron cotizados a CAJANAL hoy UGPP, entidad que no es parte en el presente litigio y es

quien eventualmente debe dar cuenta por los valores solicitados y perseguidos por el actor, no siendo posible imponer esa carga a **COLPENSIONES**.

Respecto del retroactivo pensional expresó que **COLPENSIONES** no tuvo en cuenta las particularidades del presente caso como quiera que no era necesario el retiro del sistema, pues el demandante cumplió cabalmente los requisitos para obtener su derecho pensional a la fecha en que elevó dicha petición y así se reportó por parte del empleador con la novedad “P”, por lo que continuó laborando, pero sin cotizar al sistema pensional. Por tal motivo, dedujo que se debía entender que operó el retiro tácito del sistema pensional pues el afiliado al momento de solicitar su derecho pensional consumó los requisitos legales para acceder a su pensión de vejez, debiéndose aplicar como fecha de efectividad de dicha pensión al día siguiente de la última cotización al sistema pensional, sobre 13 mesadas anuales, siendo procedente el retroactivo pensional junto con los intereses moratorios ante el no pago de estas mesada, a partir del 29 de febrero de 2021 (sic).

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada del demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el fin de que se modifique la sentencia y en su lugar se accedan a las pretensiones segunda y quinta de la demanda relacionadas con la reliquidación de la mesada confirme con los salarios devengados en moneda extranjera por los periodos de vinculación con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Como sustento de la alzada señaló que **COLPENSIONES** al momento de reconocer la pensión contaba con los certificados CETIL para validar estos tiempos y hacer la consulta de la cuota parte pensional; que la UGPP conoce los términos en que fue reconocida la pensión, por lo que **COLPENSIONES** debió hacer la consulta directamente a dicha entidad o llamarla al proceso como litisconsorte necesario. Por otra parte, solicita se tenga en cuenta el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 que le da la

facultad de cobro coactivo al fondo de pensiones demandado, por lo que en el evento de considerarse disminuidos los aportes que se realizaron y trasladaron por parte de la UGPP sería procedente hacerlo a través de esta figura; finalmente, que se debe atender lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-173 de 2004 y C-535 de 2005 donde se hizo un análisis sobre la situación discriminatoria de aquellos trabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que devengan en moneda extranjera pero que se le cotiza sobre el equivalente a un salario de funcionario de planta interna, donde se concluyó que la cotización debe realizarse conforme con la asignación que corresponde al cargo realmente desempeñado (*min. 30:00, enlace archivo “17AudienciaJuzgamiento”*)

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que la entidad ha dado cabal cumplimiento a todas las leyes preexistentes para el reconocimiento de la pensión de vejez (*min. 35:42, enlace archivo “17AudienciaJuzgamiento”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte actora solicitó la modificación de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del 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 66^a 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 **DIEGO ZULETA LLERAS** tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional atendiendo los salarios realmente devengados al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, la procedencia del retroactivo pensional, junto con intereses moratorios e indexación.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) DIEGO ZULETA LLERAS** nació el 24 de junio de 1958 y durante toda su vida laboral cotizó al sistema pensional un total de 1.619 semanas (*pág. 16 y 50, archivo “01Demanda”*); **ii)** el afiliado presentó solicitud de reconocimiento pensional el 13 de agosto de 2020 (*pág. 40 a 47, archivo “01Demanda”*); **iii) COLPENSIONES** mediante Resolución SUB65475 del 12 de marzo de 2021 le reconoció al demandante la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2021, en cuantía mensual de \$5.850.735 (*pág. 49 a 56, archivo “01Demanda”*); **iv)** contra el citado acto administrativo el accionante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación el 08 de abril de 2021 (*pág. 57 a 66, archivo “01.Demanda”*); **v)** y a través de la Resolución SUB152807 del 30 de junio de 2021 la demandada resolvió el recurso de reposición y reliquidó la mesada pensional en la suma de \$5.860.376 (*pág. 68 a 76, archivo “01Demanda”*).

- **Sobre la reliquidación de la mesada pensional por mayores salarios devengados.**

Reclama la parte actora se tenga en cuenta para liquidar su mesada pensional los salarios devengados en moneda extranjera durante los vínculos contractuales que sostuvo con el Ministerio de Relaciones Exteriores, atendiendo que los ingresos base de cotización que se utilizaron para efectuar los aportes pensionales no son acordes con estos montos.

Al respecto, reposa certificación laboral que da cuenta los periodos laborados por **DIEGO ZULETA LLERAS** al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, los ingresos recibidos y los salarios que se tuvieron en cuenta para cotizar aportes pensionales (*pág. 32 a 39, archivo “01Demanda”*), donde fácilmente puede deducirse que existe una diferencia entre el salario devengado y el cotizado a favor del servidor público.

Ahora, para el caso del periodo del 1° de febrero de 1978 al 13 de enero de 1985 las cotizaciones fueron realizadas a CAJANAL, hoy obligaciones asumidas por la UGPP. Respecto del periodo transcurrido entre el 16 de diciembre de 1996 al 13 de enero de 1998, los aportes pensionales se hicieron al Instituto de Seguros Sociales, conforme se verifica en la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** (*pág. 17, archivo “01Demanda”*).

De las referidas piezas procesales y de las intenciones del demandante, claramente se puede determinar que lo realmente reclamado es la reliquidación de los aportes pensionales y luego una reliquidación de mesada, para cuyos efectos se requiere no sólo de la participación del fondo de pensiones donde se realizaron las cotizaciones, sino del empleador obligado, a quien se le debe garantizar el derecho de defensa y contradicción para que acredite las razones de su proceder. En este caso, únicamente fue llamada a juicio **COLPENSIONES**, pero no la Unidad Administrativa Especial de Gestión

Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP ni el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por tal razón, el hecho de que el empleador haya cotizado por unos salarios diferentes a los realmente devengados, es una circunstancia que no se le puede atribuir de forma directa a **COLPENSIONES**, como erróneamente lo sostiene la parte actora, en la medida en que en virtud el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 para liquidar la pensión de vejez es deber del fondo administrador tener en cuenta el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado, tal y como ocurrió en el presente asunto, donde fue el empleador quien reportó las bases salariales en el momento en que realizó el respectivo aporte pensional.

No obstante, haber sido cotizado al ISS el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 1996 al 13 de enero de 1998, tan sólo con la reclamación de la pensión la demandada se enteró de la diferencia que se presenta entre los salarios devengados y los ingresos bases de cotización, aspecto que en este caso no puede estudiarse dado que el Ministerio de Relaciones Exteriores no hace parte del presente litigio, sin que dicha circunstancia constituya una falta de integración del contradictorio dado que, pudiendo hacerlo, el demandante únicamente accionó a **COLPENSIONES**, aspecto que no impide el estudio del reconocimiento pensional, quedando facultado el pensionado de acudir vía administrativa o judicial para reclamar el ajuste de los aportes pensionales y luego la correspondiente reliquidación, de ser procedente.

En todo caso, si bien **COLPENSIONES** cuenta con las acciones pertinentes para determinar si el Ministerio de Relaciones Exteriores incurrió en conductas de elusión parafiscal, dicha competencia se encuentra limitada respecto de los periodos cotizados al Instituto de Seguros Sociales y no de todos los reclamados en este proceso, aspecto que de ninguna manera posibilita el estudio que pretende la parte actora sin la citación del empleador.

Bajo este escenario, se confirmará la absolución de esta pretensión.

- **Sobre la fecha de disfrute del derecho pensional**

Por regla general la pensión de vejez debe pagarse a partir del día siguiente a la fecha del último periodo cotizado al sistema, en cumplimiento del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ante situaciones especiales y excepcionales, que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema, esto es, que se pueda reconocer a partir de la calenda en que se cumplió con los requisitos que la ley exige para acceder a esta, aunque no se hubiera reportado la desafiliación, como cuando se demuestra que la verdadera voluntad del trabajador era la de retirarse 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 (*SL2662 de 2020, SL 2607 de 2021, SL2061-2021 y SL 414 de 2022*).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio y conforme con la documental incorporada en el expediente, se tiene que **CARLOS EDUARDO GARCIA ROZO** adquirió su estatus pensional el 24 de junio de 2020, en virtud de la Ley 797 de 2003, fecha para la cual cumplió 62 años de edad y reunió más de 1.300 semanas cotizadas al sistema pensional (*pág. 16 y 50, archivo “01Demanda”*).

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 2020 (24 de junio) tan solo su disfrute podía materializarse desde el momento de la

desafiliación de dicho Sistema, caso en el cual no se podía disponer cuestión diferente.

Al revisar la historia laboral expedida el 1° de abril de 2022 (*pág. 468 a 476, archivo “08ExpedienteAdministrativo”*), se observa que la última cotización es la correspondiente al periodo agosto de 2020, pagada por el empleador Caja de Compensación Familiar Cafam el 16 de septiembre de 2020, donde se reportó con novedad “P”, esto es, aportante retira al cotizante únicamente del Sistema General de Pensiones por haber cumplido los requisitos para obtener la pensión de vejez, pero continúa vinculado laboralmente (Resolución 2388 de 2016).

Además, la solicitud de reconocimiento pensional presentada por **DIEGO ZULETA LLERAS** lo fue para el 13 de agosto de 2020, fecha para la cual ya tenía cumplido los requisitos para ser beneficiario de la prestación por vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que en este caso estaban dados los presupuestos para que el fondo de pensiones aplicara el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, reconociendo la prestación a partir del día siguiente del último aporte, situación que no cumplió, sin que se exija al afiliado el retiro de todos los subsistemas.

Por tal motivo, en este caso al haberse acreditado la novedad de retiro, es evidente que se configuró el derecho al pago de mesadas pensionales a partir del 1° de septiembre de 2020, como acertadamente lo dispuso el Juzgado de instancia, motivo suficiente para confirmar dicho reconocimiento.

Partiendo de la base que el monto de la mesada pensional se fijó en un salario de \$5.860.376 para el año 2021, se obtiene como retroactivo:

AÑO	VALOR MESADA PENSIONAL	NÚMERO DE MESADAS	TOTAL
2020	\$ 5.767.519,00	5	\$ 28.837.595,00
2021	\$ 5.860.376,00	2	\$ 11.720.752,00
TOTAL			\$ 40.558.347,00

El anterior monto corresponde al mismo calculado por el *a quo*. Se advierte que la entidad de seguridad social deberá descontar de dicho retroactivo 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, por lo que se adicionara la sentencia.

- 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).

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.

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 Artículo 19.- 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.

Para el efecto, se advierte que el demandante solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la pensión desde el 13 de agosto de 2013, fecha para la cual tenía causado el derecho como se dijo en precedencia, por ello los intereses proceden a partir del 13 de diciembre de 2020 (cuatro meses después de presentada la solicitud), por cada una de las mesadas en mora y hasta cuando se efectúe su pago. Sin embargo, al concederse en primera instancia los intereses a partir del 29 de febrero de 2021 (sic), se confirmará la sentencia, 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.

Sin embargo, no es posible determinar el monto previamente, por lo que en este aspecto se modificará la sentencia.

Al resarcir los intereses moratorios la pérdida del poder adquisitivo del dinero por los movimientos inflacionarios resulta improcedente impartir condena por indexación, por lo que la decisión sobre esta materia ha de ser de tipo absolutorio.

- **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, y teniendo en cuenta que entre la Resolución SUB65475 del 12 de marzo de 2021, por medio de la cual **COLPENSIONES** reconoció la pensión de vejez (*pág. 49 a 56, archivo*

“01Demanda”), y la presentación de la demanda, 13 de agosto de 2021 (*archivo “02Secuencia”*), no trascurrieron los tres años aludidos, las mesadas 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 remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a **DIEGO ZULETA LLERAS** la suma de \$40.558.347 por concepto del retroactivo pensional causado entre el 1° de septiembre de 2020 y el 28 de febrero de 2021, autorizando a dicha entidad a descontar del monto del retroactivo el valor correspondiente por aportes a salud a cargo del pensionado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar los intereses moratorios a partir del 29 de febrero de 2021 (sic), fecha fijada por el *a quo*, y hasta cuando se produzca el pago de las mesadas pensionales generadas entre el 1° de septiembre de 2020 al

28 de febrero de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ABSOLVER a **COLPENSIONES** de la indexación, conforme lo expuesto.

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

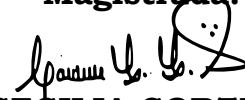
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.27-2019-00001-02

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2023 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a **COLPENSIONES** a pagar a la demandante **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** la pensión de invalidez a partir del 1° de noviembre de 2019, junto con el retroactivo pensional y costas (*min. 36:18, archivo “35Audienciaarticulo80”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se le reconozca y pague la pensión de invalidez a partir del 1° de septiembre de 2017, junto con las condenas por facultades ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 27 de agosto de 1987, que el 1° de junio de 2009 ingreso a la empresa Seguridad Burns iniciando sus cotizaciones en pensiones en el RAIS en la AFP Porvenir; que el día 26 de febrero de 2015, **COLPENSIONES** aceptó el traslado de régimen pensional sin objeción alguna haciéndose efectivo a partir del 1° de marzo de 2015; que el 22 de julio de 2017, la EPS Famisanar emitió concepto de rehabilitación desfavorable, el 17 de agosto de 2017 Asalud Ltda expidió dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral determinando una PCL del 56.6% de origen común con fecha de estructuración del 30 de enero de 2000.

Manifestó que el 13 de septiembre de 2017, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a **COLPENSIONES**, entidad que mediante Resolución SUB219545 negó la petición por existir conflicto de competencia, decisión que una vez recurrida fue confirmada a través de las resoluciones SUB280244 de 2017 y DIR22868 de 2017; finalmente, que acudió a consulta médica de neurología por presencia desencadenante de estrés, fallas amnésicas, bloqueos anímicos y depresión, por lo que fue remitida a psiquiatría (pág. 4 a 29, archivo “01Expediente”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado de régimen pensional, la calificación de pérdida de capacidad laboral, la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez, su negativa y los diferentes actos administrativos. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como previa la excepción de *falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio* y como de mérito las excepciones de *falta de legitimación en la causa*, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de **COLPENSIONES**, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en

instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (pág. 134 a 155, archivo “01Expediente”).

En audiencia celebrada el 16 de marzo de 2021, se declaró probada la excepción previa propuesta por **COLPENSIONES** y se ordenó la vinculación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** (archivo “08AudienciaArticulos85aY77”), fondo de pensiones al cual se le tuvo por no contestada la demanda al no efectuar pronunciamiento alguno en el término concedido (archivo “16Aprehederconocimientotienecontes...”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 36:18, archivo “35Audienciaarticulo80”).

El 26 de junio de 2023, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar la pensión de invalidez a la señora LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ a partir del 1° de noviembre de 2019 en cuantía de \$828.116, junto con los incrementos legales anuales y una mesada adicional anual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la señora LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ la suma de \$44.506.625 que corresponde al retroactivo de las mesadas de la pensión de invalidez causado entre el 01 de noviembre de 2019 y el 31 de mayo de 2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES a descontar de las anteriores sumas, los aportes que deben efectuarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud y **ORDENAR** que los traslade a la EPS a la que se encuentra afiliada la señora LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y prescripción, formuladas por COLPENSIONES. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en la suma de \$5'000.000 como agencias en derecho. **SEXTO: NEGAR** las pretensiones formuladas en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (...).

Como sustento de la decisión la Juez indicó que **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** efectuó cotizaciones a pensión entre el 1° de junio de 2009 y el 31 de octubre de 2019, para un total un total de 533.14 semanas, también registró incapacidades continuas y discontinuas entre el 8 de julio de 2009 y el 21 de diciembre de 2018 y que en dictamen de pérdida de la capacidad laboral se señalaron como antecedentes clínicos de la demandante sufrió un accidente de tránsito automovilístico el 30 de enero de 2000, que le generó luxa fractura y otros diagnósticos, que la salud de la actora empezó a deteriorarse en el año 2017, lo que la llevó a solicitar a **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión y a dejar de cotizar finalmente en el año 2019.

Por tal motivo, concluyó que las 533.14 semanas que se contabilizan en la historia laboral son producto de su capacidad laboral residual y que si bien en el dictamen se señaló que su enfermedad no es congénita, degenerativa ni crónica, la realidad plasmada en el dictamen y en el reporte de semanas de cotización demuestra que todos sus padecimientos se originaron en el año 2000, pero que con el paso del tiempo fueron empeorando, perdiendo definitivamente su capacidad laboral en la fecha de su última cotización.

Así las cosas, el despacho modificó la fecha de estructuración de la invalidez y tomó como fecha para determinar el cumplimiento de los requisitos previsto por el artículo 39 de la ley 100 de 1993, el 30 de octubre de 2019, fecha de la última cotización, periodo en el cual tenía cumplidos los requisitos para causación y disfrute de la pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente. Finalmente, advirtió que la prestación económica estará a cargo de **COLPENSIONES** por ser la entidad a la que se encontraba afiliada la demandante para el 31 de octubre de 2019, fecha en que se estructuró en forma definitiva la invalidez conforme al Decreto 780 de 2016.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que para el momento en que se generó la pérdida de capacidad laboral de la demandante en el año 2000 no existía ningún vínculo de afiliación con dicha entidad por lo que no puede ser condenada en virtud de lo señalado en el artículo 41 del Decreto 1406 del año de 1999; y que por no tratarse de una enfermedad congénita, catastrófica o degenerativa no es posible generar un cambio en la estructuración de la invalidez, ya que el motivo o la circunstancia por la cual se dio la invalidez no genera una capacidad laboral residual. (*min. 38:22, archivo “35Audienciaarticulo80...”*).

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma Tabor Asesores Legales S.A.S. allegó documental que la acredita como apoderada de **COLPENSIONES**, y a su vez sustituyó el poder al doctor Diego Fernando Londoño Cabrera, identificado con C.C. No.1.032.360.658 y T.P. 198.680, motivo por el cual se le reconoce dicha condición para actuar como apoderado de dicho fondo de pensiones, y en el escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR** solicitó la confirmación de la sentencia. No hubo intervención de la parte actora.

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 que fueron planteados en el recurso de apelación y, los que no, en el grado jurisdiccional de consulta.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez y la entidad responsable de su pago, conforme lo planteado en el recurso de apelación y los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existe controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i) LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** nació el 27 de agosto de 1987 (*pág. 32, archivo “01Expediente”*); **ii)** el 27 de julio de 2017, la EPS Famisanar emitió concepto de rehabilitación desfavorable por incapacidad laboral prolongada bajo los diagnósticos de úlcera crónica de la piel, absceso cutáneo, furúnculo y ántrax de glúteo (*pág. 37 y 38, archivo “01Expediente”*). **iii) COLPENSIONES** mediante dictamen del 17 de agosto de 2017 le calificó a la demandante la pérdida de capacidad laboral en un 56.6%, de origen común y con fecha de estructuración 30 de enero de 2000, por los diagnósticos de secuelas de traumatismo de la medula espinal, trastorno de postura y marcha por compromisos de extremidades inferiores y disfunción del intestino, de la vejiga, sexual y respiratoria por causa neurogénica - intestino (*pág. 40 a 44 y 49, archivo “01Expediente”*); **iv)** EPS Famisanar generó certificados de incapacidades del 8 de julio de 2009 a 28 de abril de 2019 de forma

interrumpida (pág. 48, 126 a 128, archivo “01Expediente”); **v)** al 20 de noviembre de 2019 la actora ha cotizado un total de 533.14 semanas al sistema pensional (archivo “02Historialaboral”); **vi)** el 13 de septiembre de 2017, la afiliada reclamó a **COLPENSIONES** la pensión de invalidez, petición negada mediante Resolución SUB219545 del 9 de octubre de 2017 (pág. 51 a 58, archivo “01Expediente”), la cual una vez recurrida fue confirmada en resoluciones SUB280244 del 5 de diciembre de 2017 (pág. 72 a 76, archivo “01Expediente”) y DIR22268 del 13 de diciembre de 2017 (pág. 78 a 82, archivo “01Expediente”).

- **Sobre la pensión de invalidez.**

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de forma pacífica y reiterada ha indicado que la norma aplicable a la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, salvo en los eventos de la condición más beneficiosa, tal y como reafirmó recientemente en las sentencias SL4567-2019, SL4020-2019, SL1010-2020, SL1018-2020, entre otras.

Los artículos 38 y 69 de la Ley 100 de 1993, establecen la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones. Los requisitos para acceder a dicha prestación, que aplican en ambos regímenes pensionales y que están consagrados en el artículo 39 *ibídem*, fueron modificados por la Ley 860 de 2003, la cual establece que el afiliado debe acreditar un 50% de pérdida de capacidad laboral y tener cotizado un mínimo de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. A su vez, el artículo 40 de la misma norma, señala que la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

El artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, incorporado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, establece que cuando el beneficiario de la pensión de invalidez de

origen común estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, aquella comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha señalado que el estado de invalidez generalmente viene precedida de un proceso patológico incapacitante que sufre el trabajador, lo que explica que el reconocimiento pensional deba hacerse una vez se extingue la última incapacidad temporal, quedando prohibida *la alternancia, concurrencia o subsistencia* de estas dos prestaciones dentro de un mismo período, así se declare que el hecho invalidante existe desde una fecha anterior al período en que se pagó la incapacidad temporal. Por tanto, los efectos económicos de la pensión de invalidez, en los supuestos en los que su declaratoria esté precedida de una incapacidad temporal, se producen a partir de la extinción de la última incapacidad y, sino lo está, se producen a partir de la fecha de estructuración del estado de invalidez (CSJ SL5170 y SL3913-2022).

Es importante resaltar que en numerosas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la existencia de una experticia emitida por alguna de las entidades competentes en el procedimiento de determinación de invalidez en el sistema de seguridad social no es vinculante ni ata al juez al momento de resolver en sede jurisdiccional las controversias que se susciten respecto al mismo (SL4571-2019, SL1958-2021 y SL3008-2022).

- Sobre la capacidad laboral residual.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que en tratándose de enfermedades originadas en contingencias relacionadas con enfermedades catalogadas como crónicas, degenerativas, congénitas o progresivas resulta válido contabilizar las semanas en una fecha diferente a la estructuración de la invalidez tales como i) la fecha en que se profiere el dictamen de calificación de la invalidez, ii) la data en que se presenta la reclamación de la pensión de invalidez, o iii) la

calenda del último periodo de cotización; lo anterior, por cuanto resulta razonable entender que, dadas las características especiales de estas patologías, y la manera en que cada una de ellas puede exteriorizarse y tener repercusión en la salud de la persona, la misma puede darse o presentarse en las oportunidades antes anotadas y hacerse notoria su manifestación en la integridad del afiliado (a), impidiéndole o limitándola ser laboralmente productiva, y de contera, generando la condición invalidante (CSJ SL781-2021, SL1172-2021 y SL3480-2022).

Por esta razón, dice la Corte, que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se reitera, sí están reconocidos a los demás individuos (CSJ SL781-2021, SL2332-2021 y SL2830-2021, entre otras).

No obstante, la misma Corporación advierte que dicho análisis no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, refiere la Corte, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas (CSJ SL1741-2023 y SL1424 2023).

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que para que sea procedente el conteo de semanas en una fecha diferente a la estructuración de la invalidez se requiere que las cotizaciones realizadas con posterioridad sean producto de una verdadera capacidad laboral que le permita al afiliado desempeñar una labor y,

en esa medida, trabajar y cotizar (*SL 2332 de 2021 y SL3480-2022*). Idéntico razonamiento se plasmó en la sentencia SU-588 de 2016 por parte de la Corte Constitucional.

- **Sobre la protección de las personas en condición de discapacidad.**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que hace parte del ordenamiento jurídico Colombiano, en virtud de la aprobación realizada mediante la Ley 1346 de 2009, establece a cargo de los Estados el aseguramiento y la promoción del pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna, tomando todas las medidas pertinentes, incluidas, para eliminar aquellas prácticas que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Igualmente, dispone que los estados deben procurar que este grupo poblacional tenga la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y en entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad, asegurando su acceso en igualdad de condiciones a programas y beneficios de jubilación.

La Ley 1618 de 2013, cuyo objetivo es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, incluyó el concepto de enfoque diferencial para asegurar que se adelanten acciones ajustadas a las características particulares de las personas o grupos poblacionales, tendientes a garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos acorde con necesidades de protección propias y específicas. Además, la Ley desarrolló un catálogo de derechos de protección que tienen las personas con discapacidad, entre ellos, el derecho al trabajo.

Por tal razón, la Corte Suprema de Justicia ha destacado que analizar el derecho a una pensión de invalidez teniendo en cuenta las patologías de progresión lenta y crónicas -enfermedades congénitas o degenerativas- implica atender principios constitucionales, así como a instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que velan por la protección de las personas en situación de discapacidad, particularmente, la igualdad, la prohibición de discriminación y la obligación que tiene el Estado de garantizar el pleno ejercicio de cada una de sus prerrogativas fundamentales de manera que puedan gozar de una vida en condiciones de dignidad (CJS SL3779-2019, CSJ SL3275-2019 y SL1741-2023).

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio no existe controversia del estado de invalidez de **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ**. En efecto, **COLPENSIONES** mediante dictamen del 17 de agosto de 2017, le calificó una pérdida de capacidad laboral de 56.6%, de origen común y con fecha de estructuración 30 de enero de 2000, por los diagnósticos de secuelas de traumatismo de la medula espinal (*pág. 40 a 44 y 49, archivo "01Expediente"*). Para la fecha de estructuración, además del estado invalidante, el artículo 39 primigenio de la Ley 100 de 1993 requería acreditar 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produzca dicho estado. Y desde el 1° de febrero de 1999 hasta el 30 de enero de 2000, fecha de su estructuración, **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** no aportó ninguna semana al sistema pensional, administrado en ese tiempo por el Instituto de Seguros Sociales, por la potísima razón que para ese momento la accionante tenían tan sólo 12 años, por lo que si se aplica esta premisa normativa es fácil concluir que no causó derecho pensional alguno.

Precisamente por estas circunstancias, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado el concepto de capacidad laboral residual para de esta manera establecer un punto de partida

diferente para realizar el conteo de semanas que impone la ley, de aquellas personas que pese a su condición médica han podido vincularse laboralmente, criterio plenamente aplicable al presente asunto, como pasa a explicarse.

Conforme con el haz probatorio, se acredita que pese a la invalidez que padece **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** desde el 30 de enero de 2000, su estado de salud no le impidió vincularse al mercado laboral a partir del 1° de junio de 2009 con la empresa Seguridad Burns de Colombia S.A., y con la sociedad Securitas Colombia S.A. a partir del 1° de febrero de 2015 hasta el 31 de octubre de 2019, según da cuenta la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** el 20 de noviembre de 2019 (*archivo “02Historialaboral”*), periodo en el cual cotizó 533.14 semanas. De acuerdo con el concepto de rehabilitación de fecha 22 de julio de 2017, citado en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** estuvo vinculada “*como recepcionista un año, antes guarda de seguridad por 7 años*”.

EPS Famisanar generó certificados de incapacidades a nombre de la demandante desde el 8 de julio de 2009 a 28 de abril de 2019 de forma interrumpida (*pág. 48, 126 a 128, archivo “01Expediente”*). A su vez, el 27 de julio de 2017 la misma entidad de salud emitió concepto de rehabilitación desfavorable por incapacidad laboral prolongada bajo los diagnósticos de úlcera crónica de la piel, absceso cutáneo, furúnculo y ántrax de glúteo, advirtiendo que “*es posible que la incapacidad actual se prolongue más de 180 días*” (*pág. 37 y 38, archivo “01Expediente”*), donde además señaló lo siguiente:

“Usuario de 29 años con diagnóstico ULCERA CRÓNICA DE LA PIEL, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE ABSCESO CUTANEO, FURUNCULO Y ANTRAX DE GLUTEOS-L023. 05/07/2017. Cirugía Plástica. Paciente femenina de 29 de años de edad con CX L984 úlcera crónica de la piel L023 absceso cutáneo, furúnculo y ántrax de glúteos, úlcera por presión isquiática izquierda más bursa, colágeno viable, sin SX de Infección, no presenta dehiscencia de suturas, ni hematomas, POP resección de bursa más colágeno cutáneo compuesto, paciente con antecedente de trauma raquímedular hace 14 años en accidente automovilístico, por lo cual presenta paraplejia de MMIIS y requiere silla de ruedas, de varios meses de evolución presenta úlcera de presión en región glúteo izquierdo.. Usuario

semidependiente en el desempeño de las actividades básicas cotidianas y semidependiente en actividades de la vida diaria de tipo avanzado. Rol laboral Cesante. Orientación en actividades de tiempo libre. Se emite concepto Desfavorable, en espera de evolución de la patología. Se sugiere tratamiento de rehabilitación integral”. Sic.

Ahora, como antecedentes clínicos, en el dictamen de calificación expedido por **COLPENSIONES** se advirtió que la paciente presenta paraplejia de miembros inferiores sin posibilidad de marcha, no controla esfínteres, vejiga neurológica que requiere cateterismo intermitente, y como antecedentes adicionales padece de osteoporosis asociada y fractura de cadera izquierda desde el año 2011.

De lo anterior es evidente que las patologías que aquejan a la accionante han venido aumentando en el tiempo y han deteriorado su estado de salud, al punto que restringieron su desempeño laboral.

Y aunque en el referido dictamen se señaló que las enfermedades calificadas no corresponden a aquellas de tipo congénito, degenerativo y progresivo, lo que en principio le daría la razón a la apoderada de **COLPENSIONES** según los argumentos expuesto en la alzada, esa sola circunstancia no impide que se aplique el criterio desarrollado por el máximo órgano de cierre de Jurisdicción Ordinaria (CSJ SL781-2021, SL1172-2021 y SL3480-2022) puesto que, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legales, lo que se pretende es verificar las condiciones de especial protección que merecen determinadas personas, pero no limita su estudio y aplicación únicamente a las enfermedades con las citadas condiciones, pues éstas tienen el carácter meramente enunciativo.

Bajo ese escenario, dada la situación médica que presenta **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ**, que la hace un sujeto de especial protección constitucional, para la Sala se produjo una capacidad laboral residual que le permite a la afiliada estudiar la prestación pensional con un conteo de semanas en una fecha diferente a la estructuración de la invalidez.

Sobre el particular, al revisar el certificado expedido por EPS Famisanar (*pág. 48, 126 a 128, archivo “01Expediente”*) se observa que **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** presentó incapacidades de forma prolongada e ininterrumpida a partir del 21 de marzo de 2017, fecha a partir de la cual no volvió a prestar servicio laboral alguno.

Ahora, para que se tengan en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la estructuración de la invalidez, se requiere que los aportes sufragados sean producto de su capacidad laboral residual, lo que descarta que las semanas cotizadas durante los periodos de incapacidad puedan ser tenidos en cuenta para consolidar la prestación pensional. En tal sentido, el análisis efectuado por el juzgado de instancia resulta errado en la medida en que la invalidez no se estructuró el 30 de octubre de 2019, fecha para la cual la demandante llevaba más de 2 años sin laborar. La última incapacidad acreditada corresponde al 28 de abril de 2019 (*pág. 128, archivo “01Expediente”*).

De ahí que la fecha aplicable en este asunto, para efectos del conteo de semanas, corresponde a la de la expedición del dictamen sobre pérdida de capacidad laboral, esto fue, el 17 de agosto de 2017 (*pág. 40 a 44, archivo “01Expediente”*). Así, desde el 16 de agosto de 2014 hasta el 17 de agosto de 2017 (art. 39 Ley 100 de 1993, modificado artículo 1° Ley 860 de 2003), se acreditan las siguientes semanas cotizadas (*archivo “02Historialaboral”*), excluyendo aquellas donde **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** estuvo incapacitada:

Periodos efectivamente laborados		Total días	Total semanas
Inicio	Final		
26/09/2014	6/01/2015	100	14
8/01/2015	8/03/2015	60	9
26/03/2015	18/05/2015	42	6
13/06/2015	10/01/2017	468	67
15/01/2017	6/03/2017	51	7
17/03/2017	21/03/2017	5	1
Total		726	104

El anterior recuento de periodos laborados es indicativo que **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** acredita los presupuestos de causación de la pensión de invalidez prevista en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 al tener una pérdida de capacidad laboral de 56.6% y más de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la expedición del dictamen de calificación, motivo por el cual en este aspecto se confirmará la sentencia.

Respecto de la entidad responsable en el pago, basta señalar que **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** se encuentra afiliada al sistema pensional desde el 1° de junio de 2009, inicialmente vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y a partir del 2015 se trasladó al Régimen de Prima con Prestación Definida, donde permanece actualmente (*archivo "02Historialaboral"*). Por tanto, al causarse la prestación por invalidez desde el momento en que fue calificada su pérdida de capacidad laboral (2017), es evidente que quien debe asumir los pagos de mesadas es el fondo administrador de este último régimen, en este caso **COLPENSIONES**, razón suficiente para despachar desfavorablemente el punto objeto de apelación.

Frente al disfrute de la prestación, el mismo iniciaría a partir del 29 de abril de 2019, día siguiente a la última incapacidad acreditada. Sin embargo, no se puede pasar por alto que la sentencia de instancia fijó como fecha de disfrute el 1° de noviembre de 2019, día siguiente a la última cotización pensional, por lo que al ser **COLPENSIONES** el único apelante y que la consulta se surte a su favor, no se puede hacer más gravosa su situación, lo que conlleva a confirmar la fecha del goce del derecho determinada por el juez de primer grado.

En todo caso, se advierte que si la demandante después del 1° de noviembre de 2019 recibió subsidios por incapacidades temporales, los mismos resultan incompatibles con el reconocimiento de mesadas, siendo un aspecto que deberá verificar **COLPENSIONES** al momento en que incluya la prestación en nómina de pensionados, sin que dicha

circunstancia exonere a la accionante de informar al fondo de pensiones y al juzgado de primera instancia cualquier novedad que haya surgido después de la citada fecha.

Al no presentarse controversia en cuanto al valor de la mesada pensional fijada en la sentencia que se revisa, y dado que se reconoció en un salario mínimo legal mensual vigente, este aspecto también se confirmará. Sin embargo, se advierte que las mesadas que se generen con ocasión del reconocimiento ordenado 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 el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia.

Además, se modificará la providencia en el sentido de que **COLPENSIONES** puede descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud del actor, 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 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 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.

Teniendo en cuenta que entre la Resolución DIR22868 del 13 de diciembre de 2017, por medio de la cual **COLPENSIONES** resolvió de

forma definitiva la actuación administrativa (*pág. 78 a 82, archivo “01Expediente”*), y la presentación de la demanda, 13 de diciembre de 2018 (*pág. 107, archivo “01Expediente”*), no trascurrieron los tres años aludidos, las mesadas 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 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: MODIFICAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia en el sentido de CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a **LUZ ÁNGELA VARGAS HERNÁNDEZ** el retroactivo debidamente indexado de la pensión de invalidez desde el 1° de noviembre de 2019 y hasta cuando se haga efectiva la inclusión en nómina, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional el porcentaje que corresponda por concepto de aportes a salud a cargo de la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

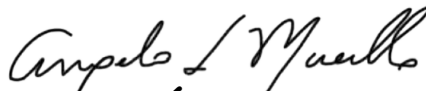
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás, pero atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 31-2021-00557-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada de la **DEMANDANTE**, contra la sentencia del 27 de abril de 2023, que condenó a **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA – ORGANISMO COOPERATIVO** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ** con su respectivo retroactivo pensional liquidado entre el 09 de julio de 2020 al 30 de abril de 2023, condenó en costas a **MARÍA MERCEDES ALARCÓN SUÁREZ** y **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA O.C.** y absolvió a la demandante de las demás pretensiones incoadas en la demanda (min. 59:32 archivo “43AudienciaPruebasFalloParteDos”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 3 a 13 archivo “11SubsanacionDemanda”).

MARÍA MERCEDES ALARCÓN SUÁREZ solicitó declarar que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y, en consecuencia, se reconozca y pague dicha prestación de forma vitalicia, el retroactivo pensional, intereses moratorios sobre las sumas adeudadas y condena ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que el señor **WILMAN YOHANY BENÍTEZ** (q.e.p.d.) falleció el 09 de julio de 2020, a quien **LA EQUIDAD**

SEGUROS DE VIDA O.C., en su actividad secundaria de Administradora de Riesgos Laborales, reconoció una pensión por invalidez desde el día 19 de febrero de 2012, tras sufrir un accidente laboral, prestación que recibió hasta el día de su fallecimiento. Aseguró, que fue la compañera permanente de forma exclusiva del causante desde septiembre de 2007 hasta el 09 de julio de 2020, con quien convivió en los municipios de Sogamoso e Iza, posteriormente en Bogotá y nuevamente en Sogamoso, compartiendo mesa, lecho y techo, razón por la cual solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a su favor, toda vez que cumple con los requisitos para ser beneficiaria de dicha prestación en condición de compañera permanente.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA**

LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO, se opuso a las pretensiones indicando que recibió dos reclamaciones por parte de personas diferentes para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, negándose a la pretensión por cuanto la demanda no comprende a todos los litisconsortes necesarios. Aceptó los hechos relativos a la fecha de fallecimiento del causante; la pensión de invalidez del señor WILMAN YOHANY BENÍTEZ (q.e.p.d.) por causa de accidente laboral y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos; formuló las excepciones de inexistencia de controversia por parte de la aseguradora, cumplimiento de su deber legal, la demandante no cumple con los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez de origen laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, genérica, temeridad y mala fe (Pág. 4 a 12 archivo “17ContestacionDemanda”).

Mediante Auto dictado el 17 de mayo de 2022, se ordenó la vinculación de la señora **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ**, en calidad de *Litis consorte* necesario, quien se opuso a las pretensiones indicando que a la demandante no le asiste el derecho pensional por no tener una comunidad de vida singular y permanente con el causante durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento. Aceptó los hechos relativos a la fecha de fallecimiento del causante, el reconocimiento pensional por invalidez a favor del señor WILMAN YOHANY BENITEZ

(q.e.p.d.) y la reclamación administrativa radicada por la demandante. Expresó no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia del derecho y oficiosa (Pág. 6 a 17 archivo “31SubsanacionContestacionMariaEstherBenitez”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 00:40 archivo “43AudienciaPruebasFalloParteDos”)

El 27 de abril de 2023, el Juzgado (31) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **CONDENAR a LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA – ORGANISMO COOPERATIVO a reconocer y pagar a la señora MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ** pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento de su hijo, **WILMAN YOHANY BENÍTEZ**, a partir del 9 de Julio del año 2020, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente. **CONDENAR a la demandada LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA - ORGANISMO COOPERATIVO a reconocer y pagar a la señora MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ** la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES TRECIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$35.361.371) por concepto de retroactivo pensional, liquidado entre el 9 de Julio del año 2020 al 30 de abril del año 2023. **CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho a la demandante, MARÍA MERCEDES ALARCÓN SUÁREZ y a LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA - ORGANISMO COOPERATIVO en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas a la demandada LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA - ORGANISMO COOPERATIVO. Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de MARÍA MERCEDES ALARCÓN SUAREZ, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada (…)**”*

El Juzgado fijó como problema jurídico, determinar si el señor WILMAN YOHANY BENÍTEZ (q.e.p.d.) en el momento de su fallecimiento dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y sus posibles beneficiarios, limitando el debate probatorio a la totalidad de los hechos planteados en el escrito de demanda y en las contestaciones.

Para resolver, la Juez indicó que en materia de sustitución pensional la normatividad aplicable es la vigente al momento del fallecimiento del causante, afiliado o pensionado y que de acuerdo al artículo 11 de la ley 776 de 2002, si con ocasión al accidente de trabajo sobreviene la muerte del afiliado o del pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las

personas descritas en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 y su reglamentario. Así entonces, la *a quo* dijo que para determinar quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes se debe aplicar el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, norma que rige tanto para la muerte de los pensionados por invalidez de origen común como para los pensionados por origen profesional, resaltando que la H. Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión contenida en el literal d del artículo 13 de la ley 797 de 2003 que exigía una dependencia económica total y absoluta, pues es suficiente que la ayuda que le brindaba el pensionado a los padres fuera necesaria para atender las necesidades básicas.

Consideró, que conforme a las pruebas documentales y testimoniales, en el presente caso se demostró que entre el causante y la demandante existió una relación, pero esa relación no se dio en los términos del artículo 13 de la ley 797 de 2003, en tanto no se demostró una convivencia entre aquellos con una antelación a los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, pues la convivencia había cesado por lo menos tres años atrás.

Por otro lado, manifestó que en este asunto se acreditó que la señora **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ**, en calidad de madre del causante, vivía y dependía económicamente al momento de la muerte, quien le suministraba la alimentación, arriendo y servicios y que aquella no posee bienes ni recursos, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en cuantía de un smlmv a partir del 09 de julio de 2020, retroactivo pensional que liquidado al 30 de abril de 2023 corresponde a \$35.361.371.

Frente a los intereses moratorios, dijo que la negativa de la demandada al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ** se encontraba justificada, como quiera que la señora **MARÍA MERCEDES ALARCÓN** se presentó a reclamar alegando la calidad de compañera permanente, absteniéndose de imponer condena por este concepto.

Finalmente, impuso costas a cargo de la demandante y de la demandada por ser las partes vencidas en el juicio en cuantía de medio smlmv.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 1:01:16 archivo “43AudenciaPruebasFalloParteDos”).

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia para que sea revocada en su totalidad, argumentando que si bien es cierto hay libertad de la apreciación probatoria, también es cierto que la prueba debe ser valorada en conjunto, pues contrario a lo que el despacho indicó, los testimonios aportados por la demandante en condición de compañera, si ofrecen credibilidad, teniendo en cuenta que la señora NATALIA RINCÓN hizo una exposición del conocimiento que tenía del causante y la demandante, así como de su convivencia hasta el año 2019, situación similar que ocurre con las declaraciones de los otros dos testigos de la demandante, que dan cuenta que conocían la relación de la actora con el causante, de lo que se puede establecer la convivencia hasta el momento del fallecimiento, lo que ocurrió en vigencia de la pandemia Covid 19, razón por la cual las visitas y los cuidados de los pacientes se trató de una manera especial. Agregó, que la hermana del causante dijo que recibió el cuerpo del causante y no informó la muerte a la demandante y que no había comunicación de ésta con la familia del causante. Solicita que al momento de resolverse la apelación se revisen las pruebas en conjunto, observándose la documental y las declaraciones, no solo de la demandante, sino también los de la progenitora, quienes informaron la existencia de una compañera, sumado a que la madre del causante no ha realizado reclamación del derecho que se le reconoce, pues se opuso al reconocimiento a favor de la demandante, pero no lo solicitó para ella como progenitora del causante.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó sea revocada la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos de la

apelación. Por su parte, **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA - ORGANISMO COOPERATIVO** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia y revisar la condena en costas en su contra.

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 sustitución pensional en calidad de compañera permanente y demás pretensiones, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

No es motivo de controversia en esta instancia los siguientes hechos jurídicos: **i)** el causante WILMAN YOHANY BENÍTEZ (q.e.p.d.) fue pensionado por invalidez a partir del 19 febrero de 2012, producto de un accidente de trabajo ocurrido el 16 de febrero de 2012 y de la calificación emitida por la ARL que arrojó un 78,70% de PCL (Pág. 12 a 13 archivo “02EscritoDemandaAnexos”); **ii)** el pensionado WILMAN YOHANY BENÍTEZ (q.e.p.d.) falleció el 09 de julio de 2020 (Pág. 9 a 10 archivo “02EscritoDemandaAnexos”); **iii)** la demandante **MARÍA MERCEDES ALARCÓN** solicitó a **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA OC** el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y la misma fue negada mediante oficio de diciembre de 2020 (Pág. 14 archivo “02EscritoDemandaAnexos”); **iv)** la señora **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ** es la progenitora es del causante WILMAN YOHANY BENÍTEZ (q.e.p.d.) (Pág. 20 archivo “29ContestacionLitisconsorteNecesario”).

En la sentencia de primera instancia, se condenó a **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA – ORGANISMO COOPERATIVO** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ**, con ocasión al fallecimiento de su hijo WILMAN YOHANY

BENÍTEZ q.e.p.d.), con su respectivo retroactivo pensional y condenó en costas a **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA – ORGANISMO COOPERATIVO** y 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 para el afiliado a riesgos laborales.**

El artículo 11 de la Ley 776 del 2002, prevé que *“Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario.”*

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

La pensión de sobrevivientes regulada por la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, reconoce como beneficiario de la prestación a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común, entre ellos al cónyuge o compañero permanente supérstite, siempre y cuando acredite mínimo 05 años de convivencia, precisando la H. CSJ que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, por su parte, el compañero permanente debe probar el lapso de forma inmediatamente anterior al

deceso del causante, tal y como se indicó en las sentencias SL2821-2021, SL4318-2021, SL2257-2022, SL2767-2022, SL4093-2022, entre otras.

En relación con 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, advirtiendo 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 WILMAN YOHANY BENÍTEZ (q.e.p.d.) falleció el 09 de julio de 2020 (Pág. 9 a 10 archivo *“02EscritoDemandaAnexos”*), 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 la demandante **MARÍA MERCEDES ALARCÓN SUÁREZ** nació el 06 de mayo de 1969, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante, contaba con 51 años de edad (Pág. 22 archivo *“11SubsanacionDemanda”*); 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 demandante manifestó que convivió con el causante desde septiembre de 2007 hasta su deceso; para sustentar su dicho, allegó como pruebas: la declaración extra proceso rendida por WILMAN YOHANY BENÍTEZ y **MARÍA MERCEDES ALARCÓN SUÁREZ** ante la

Notaría Primera del Círculo de Sogamoso el 21 de julio de 2014, en la cual declararon: *“convivimos bajo el mismo techo como marido y mujer de forma continua y permanente desde hace siete (07) años. Yo WILMAN YOHANY declaro que hace dos años sufrí un accidente dejándose en silla de ruedas, limitado físicamente y dependiendo ente otros de mi compañera para mi movilidad, aseo personal. Igualmente manifiesto que debido a mi limitación física mi compañera MARÍA MERCEDES ha tenido que dejar de labor permanentemente y tiempo completo, lo hace ocasionalmente y en horarios cortos...”* (Pág. 20 a 21 archivo “11SubsanacionDemanda”); certificación expedida por la señora BERENICE ESTUPIÑAN CASTAÑEDA el 09 de octubre de 2020, en representación de la señora MARÍA LIBRADA CASTAÑEDA, sobre la calidad de arrendatarios de la demandante y del causante sobre el apartamento ubicado en la Calle 19 No. 19-78 Barrio Jorge Eliecer Gaitán de la ciudad de Sogamoso, desde el 14 de marzo de 2016 al 30 de julio de 2020 (Pág. 27 archivo “11SubsanacionDemanda”); tres registros fotográficos (Pág. 28 a 30 archivo “11SubsanacionDemanda”) y el auto expedido por la Comisaría Primera de Familia de Sogamoso el 06 de octubre de 2016, mediante el cual otorga medida de protección provisional a la señora **MARÍA MERCEDES ALARCÓN** contra el señor WILMAN YOHANY BENÍTEZ (Pág. 81 archivo “11SubsanacionDemanda”).

Del análisis de los anteriores elementos de prueba, en verdad no se logra acreditar, de forma contundente, que la unión marital de hecho entre la señora **MARÍA MERCEDES ALARCÓN** y el causante estuviera vigente al momento de su deceso, pues tan solo se pudo entrever una convivencia anterior al año 2014, acotándose que el hecho de que la pareja presuntamente hubiese tomado una vivienda en arriendo en el año 2016, no demuestra su efectiva convivencia, menos aún que la misma hubiese perdurado durante los últimos cinco años de vida del pensionado fallecido.

Por su parte, vistas las pruebas documentales allegadas por la demandada **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.**, se limitan a las declaraciones rendidas en septiembre de 2020 por los señores **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ**, BLANCA LILIA DAZA PESCA, DEISY VIVIANA ÁLVAREZ, YENIFER SEPÚLVEDA, PABLO ANTONIO GÓMEZ CHAPARRO, JAIME

DÍAZ PÉREZ y ANA MILENA SEPÚLVEDA BENÍTEZ (Pág. 13 a 23 archivo “17ContestacionDemanda”), en donde si bien se reconoce la convivencia que existió entre WILMAN YOHANY BENÍTEZ (q.e.p.d.) y **MARÍA MERCEDES ALARCÓN SUÁREZ**, lo cierto es que se coincide en señalar que dicha relación sentimental se dio de manera discontinua y solo hasta mediados del año 2018 y que para la fecha del fallecimiento el causante no tenía pareja, no tenía hijos y vivía permanentemente en la ciudad de Sogamoso en compañía de su señora madre **MARÍA ESTHER BENÍTEZ**.

Circunstancias anteriores que corroboran las declaraciones extra proceso dadas por **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ**, LUIS JAIME DÍAZ PÉREZ y RICARDO COGUA ante la Notaría Primera del Círculo de Sogamoso el 04 de agosto de 2020, aportadas por la *Litis consorte*, en las que dijeron que WILMAN YOHANY BENÍTEZ “falleció en su estado civil soltero, no llevaba vida marital con nadie, no tuvo hijos...” (Pág. 23 a 24 archivo “29ContestacionLitisconsorteNecesario”).

Asimismo, militan en el expediente tres fotografías allegadas por la progenitora (Pág. 31 a 33 archivo “29ContestacionLitisconsorteNecesario”), respuesta negativa suscrita por la demandada en diciembre de 2020 a la solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes elevada por el apoderado de la señora **MARÍA ESTHER BENÍTEZ** (Pág. 34 archivo “29ContestacionLitisconsorteNecesario”) y certificación de afiliación en el régimen subsidiado de la señora **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ** expedida por COOSALUD (Pág. 4 archivo “39CertificacionEPSrequerimiento”); documentos que poco o nada demeritan tales probanzas.

Ahora, en el devenir probatorio se escuchó en interrogatorio de parte a **MARÍA MERCEDES ALARCÓN** (min. 7:49 archivo “40GrabacionAudienciaPracticaPruebas”) y **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ** (min. 25:51 archivo “40GrabacionAudienciaPracticaPruebas”), y se recibieron los testimonios de MARÍA NATALIA RINCÓN (min. 36:30 archivo “40GrabacionAudienciaPracticaPruebas”), JARLON ALBERTO LUNA PORTELA (min. 59:35 archivo “40GrabacionAudienciaPracticaPruebas”) JUAN SANTOS LEAL NIÑO

(min. 1:15:45 archivo *“40GrabacionAudienciaPracticaPruebas”*), RICARDO COGUA DÍAZ, (min. 1:36:50 archivo *“40GrabacionAudienciaPracticaPruebas”*), LUIS JAIME DÍAZ PÉREZ (min. 1:55:00 archivo *“40GrabacionAudienciaPracticaPruebas”*) y YENIFER YAZMÍN SEPÚLVEDA BENÍTEZ (min. 2:01:03 archivo *“40GrabacionAudienciaPracticaPruebas”*); declaraciones que no son suficientes ni dan convicción a la Sala para probar los supuestos de hecho en que se basan los pedimentos de la actora; por el contrario, crean serios motivos de duda acerca de la convivencia real y efectiva de la accionante con el causante durante sus últimos cinco años de vida, pues ciertamente en el caso de marras se evidenciaron notorias contradicciones entre las declaraciones de la señora **MARÍA MERCEDES ALARCÓN**, así como de sus testigos, de cara a las documentales que reposan en el proceso.

Cobra relevancia en este aspecto lo expuesto por la demandante en su declaración, quien inicialmente señaló que fue la compañera del causante del año 2016 al 2020 y posteriormente dijo que comenzó una relación con al señor WILMAN BENÍTEZ en el año 2011; sin embargo, en el libelo de la demanda manifestó que lo fue desde septiembre de 2007; adicionalmente, mencionó que desde el año 2016 convivió con el causante en el barrio Jorge Eliecer Gaitán de la ciudad de Sogamoso, en un apartamento que constaba de sala comedor, cocina, baño, patio de ropas y dos habitaciones, señalando que en una de ellas pernoctó su hijo, de nombre JORGE ORLANDO CHAPARRO, quien vivió con la pareja en el año 2012; denotándose con ello una evidente contradicción en las calendas durante las cuales eventualmente se mantuvo la convivencia entre la pareja.

Igualmente se evidencia discrepancia sobre las circunstancias que rodearon la muerte del causante; nótese como la demandante en la declaración rendida manifestó que el causante se encontraba hospitalizado desde el año 2018, mientras que la mayoría de los testigos informaron haber visto por última vez al causante en el año 2019, con anterioridad a la pandemia Covid 19.

Además, desconoce o por lo menos vacila la demandante frente a aspectos que de acuerdo con las reglas de la experiencia, resultarían de fácil recordación entre una pareja de compañeros permanentes, tal como lo es la fecha de nacimiento y/o edad del causante, pues al ser interrogada la accionante sobre la edad del señor WILMAN BENÍTEZ para el momento en que quedó en silla de ruedas manifestó que contaba con 23 años y para su muerte con aproximadamente 39 años, no obstante, verificada su cédula de ciudadanía, se advierte que el causante nació el 02 de junio de 1982, por lo que para la fecha del accidente laboral (febrero de 2012) contaba con 29 años y para el deceso (julio de 2020) con 38 años (Pág. archivo “11SubsanacionDemanda”).

También existen incertidumbres insuperables frente al lugar de habitación de la señora **MARÍA MERCEDES ALARCÓN**, por lo menos durante los últimos cinco años de vida del causante, en razón a que fue la misma demandante quien informó que por motivos de trabajo desde el año 2012 se fue a vivir sola a la ciudad de Sogamoso “*por la carrera novena*”, que en julio de 2012 consiguió junto al señor WILMAN BENÍTEZ un apartamento en el barrio La Liberia, que luego se trasladaron al barrio Olaya y por último, que desde el año 2016 vivieron en el barrio Jorge Eliecer Gaitán; sin embargo, la dirección de notificaciones que suministra, por lo menos desde el año 2020 cuando eleva reclamación ante la demandada, corresponde a la Calle 6 No. 10-21 barrio Olaya de Sogamoso (Pág. 19, 25 archivo “11SubsanacionDemanda”), mientras que la dirección del apartamento presuntamente tomado en arriendo entre el 14 marzo de 2016 al 30 de julio de 2020, de propiedad de la señora BERENICE ESTUPIÑAN, se ubica en la Calle 19 No. 19-78 barrio Jorge Eliecer Gaitán (Pág. 27 archivo “11SubsanacionDemanda”).

Luego entonces, no hay prueba en el diligenciamiento que demuestre con certeza que la señora **MERCEDES ALARCÓN** permaneció viviendo en el mismo lugar del causante hasta el mes de julio de 2020, fecha del deceso, pues lo que sí quedó claro, conforme a las declaraciones, es que para el año 2020 la demandante ya vivía en el barrio Olaya y quienes habitaban el apartamento del barrio Jorge Eliecer Gaitán, por lo menos desde el año 2017, eran el señor WILMAN BENÍTEZ y su progenitora **MARÍA ESTHER BENÍTEZ**, quien se mudó junto a su hijo para apoyarlo en sus cuidados,

sin que en el *sub lite* se haya probado que la demandante lo acompañara en sus últimos meses de vida, acotándose que a ninguno de los testigos les consta la convivencia de la pareja hasta la anualidad en que ocurrió el óbito (2020).

La señora MARÍA NATALIA RINCÓN refirió que fue vecina durante los años 2014 a 2019, el señor JARLON ALBERTO LUNA indicó que solo durante los años 2014 a 2018 compartió con la pareja y el señor JUAN SANTOS LUNA informó que desde hace seis años atrás trabaja en Socha; ninguno de ellos asistió al funeral, ni mantuvo una relación de amistad con el causante y/o con la demandante. Mientras que los testigos RICARDO COGUA DÍAZ y JENNIFER YAZMÍN SEPÚLVEDA BENÍTEZ se mostraron espontáneos y coincidieron en señalar que inicialmente el pensionado fallecido vivía solo en el barrio Jorge Eliecer Gaitán y luego en compañía de su señora madre desde el año 2017, asimismo, señalaron que asistieron al funeral del causante, en donde nadie se presentó como la esposa o compañera del causante.

En suma, en el presente asunto la demandante **MARÍA MERCEDES ALARCÓN** no acreditó por ningún medio probatorio el requisito de convivencia establecido en el art. 13 de la ley 797 de 2003, como quiera que no logró demostrar que compartiera lecho, techo y mesa con el señor WILMAN YOHANY BENÍTEZ dentro de los cinco años anteriores a su deceso y, por tanto, no cumple el presupuesto de convivencia exigido por la norma.

En otro giro, la Sala debe aclarar que, contrario a lo alegado por la apelante, la progenitora del señor WILMAN YOHANY BENÍTEZ (q.e.p.d.) sí elevó solicitud de reconocimiento pensional ante la entidad encartada, la cual fue despachada desfavorablemente en diciembre de 2020 (Pág. 34 archivo “29ContestacionLitisconsorteNecesario”); adicionalmente, pese a que la señora **MARÍA ESTHER BENÍTEZ DÍAZ** no intervino en este asunto formalmente en condición de interviniente excluyente, sino como *Litis consorte* necesaria, lo cierto es que de la interpretación armónica que debe realizar la *a quo* tanto a los hechos de la demanda como a los de la contestación, notoriamente puede advertirse que la intención real de aquella no era otra que obtener a su favor el reconocimiento de la

sustitución pensional que aquí se discute, con ocasión al fallecimiento de su hijo. Tan solo obsérvese como en el escrito de réplica su apoderado dijo:

“Mi prohijada, quien es madre del causante dependía económicamente del causante y es a mi prohijada quien le asiste el derecho realmente de sustitución pensional” ... “La demandante en este proceso NO es beneficiaria de la sustitución pensional, al contrario es mi prohijada la beneficiaria de dicha prestación económica, por ser madre del causante y que dependía económicamente del causante”

Por lo que acertadamente el juez de primera instancia, circunscribió el litigio a establecer el o los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, de acuerdo con la totalidad de los hechos expuestos en los escritos de demanda y contestaciones (min. 5:38 archivo “34GrabacionAudienciaDeDecretoPruebas”), decisión contra la cual no hubo reproche por ninguna de las partes, por lo que en el proceso se ventiló y controvirtió de manera oportuna la procedencia o no del reconocimiento del derecho pensional a favor de la madre del causante.

Por lo anterior, y resaltándose que no fue motivo de apelación la dependencia económica de la señora **MARÍA ESTHER BENÍTEZ** para con su hijo, en definitiva le asiste a aquella la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes rogada, en su condición de madre del causante.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 32-2022-00116-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 14 de agosto de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (min. 1:34:49 archivo “23ActaAudienciaTramiteJuzgamiento”).

I. ANTECEDENTES

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

CARLOS MANUEL ARRAZOLA ARRAZOLA solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 30 de mayo de 1954, que cotizó al RPM administrado por el ISS desde el 22 de septiembre de 1980, acumulando 189 semanas de cotización y que en el mes de enero de 1995 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no acreditó la idoneidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado del asesor comercial y que no le informó las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, ni de cada uno de los regímenes, recibiendo una

asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Comentó, que fue trasladado entre administradoras privadas el 26 de noviembre de 1998 a **PORVENIR S.A.** y que el monto pensional entre uno y otro régimen varía notoriamente, por lo que el 15 de febrero de 2022 solicitó ante **COLPENSIONES** y **PORVENIR** su retorno al RPM, peticiones denegadas.

- **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. Formuló las excepciones de falta de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Pág. 2 a 25 archivo “*10ContestacionDemandaPorvenir*”).

A su vez, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relacionado a la fecha de nacimiento del demandante. Propuso las excepciones de falta 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 derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Pág. 2 a 23 archivo “*11ContestacionDemandaProteccion*”).

Por último, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas en el RPM y la presentación de la reclamación administrativa. 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 la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de

sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el raís, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Pág. 3 a 41 archivo “13AlcanceContestacionDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:00:55 archivo “23ActaAudienciaTramiteJuzgamiento”).

El 14 de agosto de 2023, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO. - DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante CARLOS MANUEL ARRAZOLA ARRAZOLA a través de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., de fecha 03 de enero de 1995, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos. CUARTO. - CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen. QUINTO. - ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante CARLOS MANUEL ARRAZOLA ARRAZOLA como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del

*traslado de régimen que se declara ineficaz. **SEXTO. - CONDENAR** en costas a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A. SÉPTIMO.** - En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada **COLPENSIONES**, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta. (...)*”.

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante por incumplimiento al deber de información, así como sus traslados entre administradoras del RAIS, y en consecuencia, si debe tenerse como afiliado al RPM sin solución de continuidad.

Para resolver, inicialmente realizó un recuento normativo y jurisprudencial aplicable al caso, concluyendo, de acuerdo a las pruebas recaudadas, que en el presente caso debe declararse la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues más allá de las diferencias señaladas por el actor en su interrogatorio de parte, de cara a lo narrado en el libelo de demanda, lo cierto es que señala que no recibió ningún tipo de información, ratificando en su declaración que al momento de su vinculación laboral con la Registraduría no consintió de manera libre su traslado, por lo que las AFP COLMENA y **PORVENIR** no acreditaron el cumplimiento del deber de información en los términos señalados por la CSJ, esto es, haber suministrado una información clara, comprensible y oportuna de las características, ya que no hay prueba de ello y no se puede extraer una confesión emitida al respecto del interrogatorio de parte.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación de manera parcial en contra del fallo de primera instancia, únicamente en lo concerniente a la indexación de las sumas a retornar a **COLPENSIONES**, en razón a que dentro de las obligaciones a cargo de las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima, lo que es incompatible con la indexación, sin que el saldo del demandante se haya visto afectado por el fenómeno inflacionario, por el contrario generó rendimientos muy superiores a los que se causan en el RPM. (min. 1:37:46 archivo “23ActaAudienciaTramiteJuzgamiento”).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, señalando que esa entidad no tuvo participación en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y las AFP demandadas, no existió injerencia de su representada en el traslado de régimen y el actor nunca se acercó a las oficinas de la administradora de pensiones pública con el fin de asesorarse sobre el traslado, por lo que la entidad es un tercero de buena fe, sin que le sean imputables las consecuencias del traslado al RAIS; agregó, que el demandante ha permanecido afiliado en el RAIS por más de 27 años y su retorno causaría un detrimento para la entidad que afectaría el principio de sostenibilidad fiscal. Por otra parte, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de su representada a la devolución total de las sumas por parte de las AFP, sin que se autorice el descuento por concepto de primas de seguros previsionales y se abstenga de imponer condena en costas (min. 1:40:28 archivo “23ActaAudienciaTramiteJuzgamiento”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

Por su parte, el apoderado de **PORVENIR S.A.** pidió la revocatoria de la sentencia, para en su lugar absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, reiterando los argumentos esbozados en la alzada.

Las demás partes se abstuvieron 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 que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, y de su posterior traslado horizontal, así como la procedencia de la indexación de los conceptos que se deben trasladar y de la condena en costas a cargo de **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **CARLOS MANUEL ARRAZOLA ARRAZOLA** nació el 30 de mayo de 1954 (Pág. 15 archivo “01Demanda”); **ii)** el demandante cotizó al extinto ISS desde el 22 de septiembre de 1980 (Carpeta “16ExpedienteAdministrativo” - archivo “GRP-SCH-HL-6655444...”); **iii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de vinculación, efectivo a partir del 03 de enero de 1995 (Pág. 24 a 32 archivo “11ContestacionDemandaProteccion”), luego se trasladó a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de vinculación No. 01112795 del 26 de noviembre de 1998, efectivo a partir del 01 de enero de 1999, AFP donde permanece vinculado (Pág. 68 a 70 archivo “10ContestacionDemandaPorvenir”); **iv)** el demandante radicó solicitud ante **COLPENSIONES** y **PORVENIR** para retornar al RPM, peticiones que fueron negadas (Pág. 34 a 41 archivo “01Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, el Juez *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, reactivó la afiliación en el

RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** 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, 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 porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado 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 o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **PORVENIR S.A.**, que no probó el cumplimiento al deber de información al demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó que su traslado a COLMENA se realizó en el año 1995 sin su conocimiento cuando se vinculó a la Registraduría como supernumerario en provisionalidad, sin haber recibido ninguna asesoría de la AFP y sin haber leído el formulario de afiliación, que posteriormente en el año 1998 se afilió a **PORVENIR**, momento en el cual recibió los documentos de afiliación por parte de un asesor mediante una reunión grupal que tuvo una duración de media hora aproximadamente, manifestando que tomó la decisión de afiliarse a dicho fondo porque le dijeron que el ISS desaparecería y que recibiría mejores condiciones si se afiliaba al fondo privado, asimismo, expresó que desea retornar a **COLPENSIONES** porque considera que recibiría mejor pensión allí; manifestaciones que no benefician a las AFP accionadas, puesto que ni de la demanda, ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del 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 deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, 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.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, 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 la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

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

En consecuencia, 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.

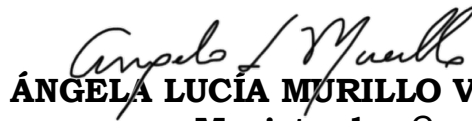
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOS MANUEL ARRAZOLA ARRAZOLA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

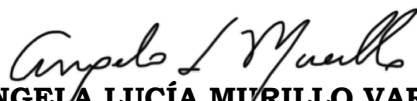
RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2022 00116 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 34-2017-00586-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 29 de agosto de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **SKANDIA S.A.** (min 59:21 archivo “46Audiencia29082023”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 1 a 14 archivo “07LibeloDemandaNulidadTraslado”).

JUDITH CONSUELO GONZÁLEZ URREGO solicitó declarar nula o inválida su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 26 de julio de 1961, que cotizó al ISS hasta el 01 de agosto de 1997, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **SKANDIA** para mediados del año 1997, AFP que no suministró información clara y completa de las características, beneficios y requisitos de cada régimen pensional, posteriormente realizó traslado horizontal a la AFP **COLFONDOS**, donde permanece actualmente; finalmente dijo que elevó solicitud a las demandadas, peticiones que fueron negadas.

● **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó que la demandante realizó solicitud administrativa, indicó que no son ciertos y no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y genérica (Pág. 193 a 217 archivo “02DemandaAnexos”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación, indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica y pago (Pág. 245 a 261 archivo “02DemandaAnexos”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación y la radicación de la reclamación administrativa, indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción e innominada o genérica (Pág. 136 a 146 archivo “02DemandaAnexos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 59:21 archivo “46Audiencia29082023”).

El 29 de agosto de 2023, el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **Primero:** Declarar la ineficacia del traslado realizado por JUDITH CONSUELO GONZÁLEZ URREGO el 26 de mayo de 1997, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la afiliación a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PENSIONAR S.A, actualmente SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A y con el traslado posterior realizado ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. **Segundo: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante JUDITH CONSUELO GONZÁLEZ URREGO, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora*

con todos sus frutos, intereses o rendimientos que se hubiesen causado sin lugar a descontar valores por concepto de cuotas de administración o primas de seguro previsional. Tercero: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva por las razones analizadas en la parte motiva de la presente providencia. Cuarto: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a recibir todos los valores que reintegre la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS, con motivo de la afiliación de la demandante JUDITH CONSUELO GONZÁLEZ URREGO, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos y rendimientos que se hubiesen causado sin lugar a descontar valores por concepto de cuotas de administración o primas de seguro previsional. Quinto: CONDENAR en costas procesales a la demandada AFP SKANDIA S.A, líquidense por secretaria incluyendo la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho. Sexto: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T y la S.S. (...)”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar 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 tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, la Juez indicó que en el presente caso no se respetó la libertad de escogencia de la actora, ni el deber de información, que las administradoras de pensiones tienen un rol fundamental en el correcto manejo de los aportes y deben realizar una adecuada asesoría a sus afiliados, como el de garantizar la existencia de una decisión informada, voluntaria, libre y consciente y dicha información debe ser verificable. Para la *a quo* no se acredita que las AFP hubieran satisfecho a la accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte de la demandante, no se puede deducir una confesión.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLFONDOS S.A.** interpone recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando que la afiliación realizada por la parte actora es totalmente válida, libre y consciente, asimismo, que actuó como un tercero de buena fe al recibir los recursos y aplicando los descuentos de ley a sus aportes a la hora del traslado, por lo que sería injusto el tener que restituir la totalidad de los dineros. (min. 54:26 archivo “46Audiencia29082023”).

A su vez, la demanda **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, considerando que se debe revocar el fallo en razón a que la parte actora no podría retornar al RPM, pues de acuerdo a la normatividad vigente no cumple las condiciones necesarias. (min. 53:34 archivo “46Audiencia29082023”).

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**, solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia. 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 que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a PENSIONAR S.A. hoy **SKANDIA**, y de su posterior traslado horizontal, así como la procedencia de la devolución de los valores descontados durante su permanencia en **COLFONDOS**, 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 **JUDITH CONSUELO GONZÁLEZ URREGO** nació el 16 de mayo de 1961

(Pág. 1 archivo “03AnexosDemandaNulidadTraslado...”); **ii)** la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a PENSIONAR S.A. hoy **SKANDIA S.A.** a través de formulario de afiliación No. 052532, del 26 de mayo de 1997, efectivo a partir del 01 de agosto de 1997 (Pág. 15 archivo “03AnexosDemandaNulidadTraslado...”); luego se trasladó a **COLFONDOS S.A.** el 01 de mayo de 2012, AFP en la cual permanece vinculada; **iii)** la demandante elevó solicitud a las demandadas para retornar al RPM, peticiones que fueron negadas (Pág. 5 a 21 archivo “03AnexosDemandaNulidadTraslado...”).

En la sentencia de primera instancia, La Juez *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **SKANDIA**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **COLFONDOS 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 *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 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, **SKANDIA** 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 o con posterioridad; situación

similar ocurrió con la AFP **COLFONDOS S.A.**, que no probó el cumplimiento al deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS por que se le informó que el ISS iba a desaparecer y que si no se trasladaba sus aportes se perderían, que no recuerda haberse trasladado de fondo, ni tampoco haber firmado el formulario y que no se le brindó ningún tipo de información al momento de su afiliación; manifestaciones que no benefician a las AFP 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 señalados 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 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 las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, 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 y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

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

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.

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 el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA S.A.** y **COLFONDOS 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, así como 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, sin lugar a descuento alguno y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada una de dichas AFP. Al momento en que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: 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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUDITH CONSUELO GONZALEZ URREGO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

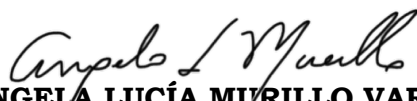
RADICACIÓN: 11001 31 05 034 2017 00586 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 34-2019-00537-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del **DEMANDANTE** contra la sentencia del 11 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se absolvió a las demandadas de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora (min. 46:45 archivo “71GrabacionAudiencia”).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

LUIS MIGUEL MAYORGA PACHON llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación y, en consecuencia, se ordene a **COLFONDOS** a trasladar el total de los aportes a **COLPENSIONES** y a esta última a actualizar su historia laboral.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 20 de abril de 1961, inició su vida laboral el 18 de enero de 1979, afiliándose a **COLPENSIONES** a partir de 18 de enero de 1979 hasta el 16 de enero de 2002, posteriormente, el 16 de enero del 2002 se trasladó a

COLFONDOS S.A., que los promotores del fondo privado lo convencieron para que se afiliara, manifestándole que el ISS iba a ser liquidado y que en el fondo privado obtendría mejores beneficios, del mismo modo, presento reclamación administrativa a las demandadas. (Pág. 61 a 87, archivo “03Demanda”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación, el capital acumulado en la CAI del demandante, la proyección de la mesada pensional realizada y la presentación de la reclamación administrativa, señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (Pág. 1 a 17, archivo “19CdFolio85”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la presentación de la solicitud de traslado. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al 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 de orden público e innominada o genérica. (pág. 1 a 36, archivo “21ContestacionDemanda”).

La **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 fondo, prescripción, compensación y genérica. (Pág. 2 a 9, archivo “32ContestacionPorvenirPosterior”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 46:45, enlace archivo “71GrabacionAudiencia”)

El 11 de septiembre, el Juzgado cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por LUIS MIGUEL MAYORGA PACHÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, al demandante y a favor de cada una de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS en la suma de \$1.160.000. TERCERO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021. CUARTO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante”.

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si es viable declarar la ineficacia de la afiliación o nulidad del actor desde el RPM al RAIS, asimismo, analizar la procedencia de las demás pretensiones declarativa y condenatorias elevadas en la demanda o, contrario sensu, se debe dar viabilidad a las excepciones invocadas por las demandadas.

Para resolver, el Juez indicó que inicialmente se debe verificar si el demandante se encontró alguna vez afiliado al RPM, indicando que el formulario de afiliación aportado por la parte actora no es suficiente para establecer la afiliación en el RPM, pues aun cuando no fue desconocido por la pasiva, no cuenta con información y sellos de recibido por parte de la entidad, al igual que en el SIAF registra como vinculación inicial la de **COLFONDOS** en el año 2002, y solo aparecen unos traslados horizontales, lo que se ratificó por **COLPENSIONES**, en respuestas dadas al requerimiento efectuado por el Juzgado y no existe una prueba que ratifique o valide la afiliación en el RPM, como un testimonio, incluso una certificación por la que en su momento fue la empleadora del demandante, INELSO LTDA., en donde se logre certificar que efectivamente laboró para esa organización desde el 18 de enero de 1979 o que eventualmente la inscripción y registro ante **COLPENSIONES**. En consecuencia, resulta inviable el análisis de la ineficacia de traslado en

aplicación de la jurisprudencia reiterativa de la CSJ, por cuanto dichas providencias se han edificado en la teoría de la información exclusivamente en los traslados de afiliación del RPM al RAIS.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado y se accedan a las pretensiones, declarándose la ineficacia de la afiliación. Adujo, que se debe tener en cuenta la primacía de la realidad sobre las formas, así como el que no prevalezca el derecho sustancial o la verdad procesal sobre la verdad verdadera, asimismo, que la solicitud de certificación a **COLPENSIONES** se realizó en audiencia, posterior a haberse surtido todas las etapas del artículo 77 y la mayoría del artículo 80 CPTSS, sin que el Juez de instancia hubiese hecho uso de sus facultades ultra y extra *petita*, favoreciendo a los fondos privados. Por otra parte, dijo que puede conseguir, como prueba sobreviniente, todas las certificaciones que demuestren que su poderdante cotizó al ISS, además, que el formulario aportado no fue tachado de falso y que la carga de la prueba de se invierte, correspondiéndole a **COLPENSIONES** demostrar que el demandante nunca estuvo afiliado (min. 33:35, enlace archivo “71GrabacionAudiencia”).

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 confirmar en su integridad el fallo de primera instancia.

Por su parte, la firma GÓMEZ MEZA Y ASOCIADOS S.A.S. apoderada de **COLFONDOS S.A.**, sustituyó poder a la doctora Paola Andrea Orozco Arias, identificada con CC 1.047.464.620 y TP 288.433 del CSJ, a quien se reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó confirmar el fallo de primera instancia.

Las demás partes guardaron silencio.

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 si la vinculación que realizó el demandante al Sistema General de Pensiones, a través del RAIS, es válida o ineficaz por faltarse al deber de información, 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 hay controversia de que: *i)* el demandante **LUIS MIGUEL MAYORGA PACHÓN** nació el 20 de abril de 1961 (pág. 1, archivo “03Demanda”); *ii)* el demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, a través de **COLFONDOS S.A.**, mediante formulario de vinculación No. 7848799 del 16 de enero de 2002, AFP en la cual permanece actualmente vinculado (archivo “10.1AnexosContestacionColfondos” - “03.6FA”); *iii)* el demandante presentó solicitud administrativa a las demandadas (pág. 4 a 14, archivo “03Demanda”)

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora. Contra la anterior decisión, el **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

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

- Sobre la afiliación al Sistema General de Pensiones.

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 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 la afiliación al Sistema General de Pensiones, 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 escogencia del 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.

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

CASO CONCRETO.

En el presente asunto la ineficacia de la afiliación fue negada por el *a quo* bajo el argumento de que la primera y única vinculación del demandante al Sistema General de Pensiones se hizo al RAIS en el año 2002, cuando expresó su voluntad de afiliarse a **COLFONDOS S.A.** El apoderado del demandante presentó recurso de apelación aduciendo que no se auscultó la verdad, pues el demandante si se afilió y cotizó al ISS.

Pues bien, para poder determinar la ineficacia de la afiliación o traslado al RAIS, como se reclama en la alzada, se requiere previamente establecer si esa afiliación ocurrió con ocasión de un traslado de régimen

pensional o, si como lo sostuvo el *a quo*, se trató de la vinculación inicial al sistema de seguridad social, pues de eso dependen las consecuencias jurídicas que comporta un desconocimiento al derecho del afiliado de seleccionar de forma libre y voluntaria los regímenes pensionales (artículo 13 Ley 100 de 1993).

En efecto, resulta necesario aclarar que la **afiliación** al Sistema General de Pensiones, dado su carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción, tal y como señala el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016.

Así también lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia al señalar que la afiliación al sistema de seguridad social, dado su carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo (CSJ SL rad. 39.772 de 2010).

Atendiendo los precitados antecedentes normativos y jurisprudenciales, en el caso bajo estudio, el señor **LUIS MIGUEL MAYORGA PACHÓN** efectuó la primera y única afiliación al Sistema General de Pensiones el 16 de enero de 2002, a través de su vinculación con **COLFONDOS S.A.**, por lo que no queda duda alguna de que se trata de un afiliado que quedó vinculado a dicho Sistema, a través del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista prueba que de convicción a esta Sala sobre un vínculo precedente, por lo que no puede generarse una conclusión diferente. Nótese, como en efecto el Aviso de entrada del trabajador aportado por el demandante junto a su demanda, si bien consigna los datos del demandante como empleado de INELSO LTDA, carece de fecha de suscripción y/o de recibido por parte del extinto ISS; aunado en la consulta SIAFP no registra ninguna vinculación con **COLPENSIONES**.

Siendo ello así, el acto jurídico realizado por el demandante el 16 de enero de 2002 ante **COLFONDOS S.A.**, no comporta un traslado sino la afiliación al Sistema General de Pensiones, lo que descarta las consecuencias de la ineficacia señaladas por la Sala de Casación Laboral

de la Corte Suprema de Justicia en 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.

Teniendo claro lo anterior, y como en el presente asunto el demandante elevó la pretensión de declarar ineficaz su afiliación al RAIS por vulneración del deber de información, a continuación la Sala resolverá dicho aspecto.

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.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento de la afiliación **COLFONDOS S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de la afiliación, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación no lo exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento de la selección del régimen pensional. Y aunque el fondo de pensiones no podía rechazar de forma preliminar la afiliación de un usuario del sistema general de la seguridad social en pensiones, si tenía la obligación de cumplir los citados presupuestos.

Y, el demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que el asesor le insinuó que en ese fondo tendría mayores beneficios y garantías en comparación al ISS, entidad que se iba a desaparecer, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que esa afiliación se

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

En consecuencia, en principio le asistiría razón a la parte actora, puesto que la falta al deber de información está plenamente demostrada. Sin embargo, se reitera que la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente y vitalicia del trabajador al Sistema General de Pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), por lo que declarar su ineficacia ocasionaría la exclusión del trabajador de dicho Sistema, en los términos señalados en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Y pese a que la referida norma prevé la realización de una nueva afiliación, de forma libre y voluntaria, los efectos de la ineficacia dejarían en el limbo no solo los aportes pensionales, pues en estricto sentido conllevaría la devolución de las sumas de dinero el trabajador y al empleador, sino la protección misma que le otorga el sistema pensional, la cual en todo caso es irrenunciable.

Además, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, en un caso similar al analizado en esta instancia, estableció que la ineficacia de la afiliación al RAIS no puede derivar como consecuencia en el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, dado que ordenar la afiliación a dicha entidad, correspondería a un traslado llano y simple, lo que desconocería las restricciones del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 (CSJ STL9388-2022).

Igualmente, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó que *“declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema”*. Igualmente, que si la persona *“nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (...), eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni*

reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema” (SL4211-2021 y SL1806-2022, reiterada en sentencias SL SL4059-2022 y SL3624-2022).

Por tal motivo, al no existir vinculación pensional anterior a la realizada por el demandante en el RAIS y pese a que **COLFONDOS S.A.** no cumplió con la carga de demostrar el acatamiento del deber de información, exigencia que se predica de las afiliaciones y traslados, la ineficacia de la afiliación resulta improcedente, lo que descarta los planteamientos elevados por el recurrente.

Y si lo que pretendía el accionante era trasladarse al RPM, por ser más favorable, debió ejercer dicho derecho en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del cumplimiento de los 47 años de edad.

Bajo el anterior análisis, resulta acertada la decisión adoptada por el *a quo*, motivo por el cual se dispondrá su confirmación.

Sin costas en ambas instancias.

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 conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

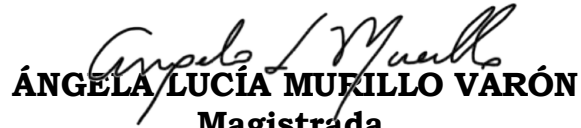
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.35-2023-00114-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 07 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante y ordenó a la AFP demandada trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos por cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y condenó en costas a **PORVENIR** (*min. 01:20:25, archivo "16Audiencia"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

ZULLAY ARANGO GONZALEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad – RAIS, realizado a **PORVENIR** y, en consecuencia, se condene a **PORVENIR** a restituir a **COLPENSIONES** los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, a **COLPENSIONES** a recibir los dineros y a actualizar la historia laboral, junto con las condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales donde realizó cotizaciones desde mayo de 1992 hasta julio de 1994; que fue trasladada al Régimen Ahorro Individual con Solidaridad por parte de PORVENIR en octubre de 1994, sin que fuera asesorada e informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones y las prestaciones económicas que obtendría, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes; que el 1° de febrero de 2023 solicitó a **COLPENSIONES** el traslado de régimen pensional petición que fue negada en la misma fecha (*pág. 1 a 25, archivo “01EscritoDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante en el Instituto de Seguros Sociales, la presentación de la reclamación administrativa 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 42, archivo “06ContestacionColpensiones”*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la edad que tenía la demandante al momento del traslado de régimen pensional y la vinculación actual en ese fondo de pensiones 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 “09Contestacionporvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:20:25, archivo “16Audiencia”)

El 07 de septiembre de 2023, el Juzgado Treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación 26 de julio de 1994, efectiva desde el 1° de agosto de 1994, por ZULLAY ARANGO GONZÁLEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la AFP PORVENIR S.A. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A. a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ZULLAY ARANGO GONZÁLEZ, a trasladar los aportes de la cuenta individual de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado. **TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A con motivo de la afiliación de ZULLAY ARANGO GONZÁLEZ. **QUINTO: CONDENAR** en costas procesales a cargo de la demandada sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A; liquídense por secretaría incluyendo la suma de \$1.000.000 por concepto de agencias en derecho. Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta”.

Como sustento de la decisión, la Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente

jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar la información que se le dio al afiliado al momento del traslado le correspondía al fondo de pensiones, y en este caso no hay prueba que la AFP diera esa información completa, necesaria y oportuna a la demandante, por lo que concluyó que era viable la declaratoria de ineficacia de dicho traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a esa entidad. Como sustento de la alzada señaló que no se dio aplicación integral al artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de las personas que no han contribuido al fondo común, estando a menos de 10 años para cumplir la edad pensional, afecta el derecho de los demás afiliados de este esquema, sin que **COLPENSIONES** tenga en sus áreas prestacionales la forma de asumir la obligación pensional de la demandante; igualmente, afecta la capitalización del sistema pensional, por lo que solicita se autorice a esa entidad a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin; que se ordene a la AFP **PORVENIR** no realizar deducciones por conceptos de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y que no se condene a **COLPENSIONES** en costas en ninguna de las instancias (*min. 01:22:14, archivo "16Audiencia"*).

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** en sus alegatos, pese a que dicha entidad no presentó recurso de apelación contra la decisión adoptada en primera instancia, solicitó su revocatoria.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** del RPM al RAIS mediante su vinculación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, y la devolución de los gastos de administración, 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 facticos **i) ZULLAY ARANGO GONZALEZ** nació el 26 de diciembre de 1966 (*pág. 28, archivo “01EscritoDemanda”*) y se afilió al ISS a partir de mayo de 1992 (*pág. 40, archivo “09Contestacionporvenir”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante

formulario de afiliación con COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** el 26 de julio de 1994, con efectividad del 1° de agosto de 1994 (*pág. 28 y 60, archivo “09Contestacionporvenir”*); **iii)** posteriormente retornó al RPM a partir del febrero de 1998, donde continuó realizando aportes hasta agosto de 2001 (*pág. 28 y 42, archivo “09Contestacionporvenir”*), luego le aparecen cotizaciones efectuadas a través de **PORVENIR** desde junio de 2002 hasta julio de 2010 y en el Instituto de Seguros Sociales desde octubre de 2010; **iv)** finalmente, realizó traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 1° de agosto de 2011, con efectividad a partir del 1° de octubre siguiente, donde permanece vinculada actualmente (*pág. 28 y 61, archivo “09Contestacionporvenir”*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **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 la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los representantes de la AFP le dijeron que el ISS se iba a acabar, que en el nuevo fondo se podía pensionar antes de la edad reglamentaria y que la pensión se podía heredar sin límites, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación formulado por **COLPENSIONES**, 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 afiliada 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.

Además, y aunque no fue objeto de controversia en segunda instancia, conforme con lo demostrado en el expediente, para el traslado de régimen pensional realizado al RAIS el 1° de agosto de 2011, no había transcurrido el término de 5 años previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por lo que para ese momento la vinculación válida eran con **PORVENIR** (art. 17 Decreto 692 de 1994), la que en todo caso queda sin efecto en virtud de la declaratoria de ineficacia adoptada en este proceso.

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, 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, 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 y debidamente indexados los gastos de administración, 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 ordenó la devolución total de los conceptos referidos en precedencia y tampoco la indexación, se modificará y adicionará la parte resolutive de la sentencia.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los dineros que reintegre la AFP, obliga a dicho fondo a incorporarlos como aportes pensionales y validarlos como semanas cotizadas, 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 adicionará esta parte de la sentencia.

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR a PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, 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 y también los referidos a la vinculación con COLPATRIA y HORIZONTE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos,

ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el **ORDINAL CUARTO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a actualizar la historia laboral de la **DEMANDANTE**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ZULLAY ARAINGO GONZALEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2023 00114 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 36-2022-00306-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 02 de octubre de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **ERNESTO EUDORO MARTINEZ VELASQUEZ** 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, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y a **COLPENSIONES** a recibir las sumas trasladadas y a actualizar la historia laboral (*min. 53:44, archivo “25Audienciaart7780sentencia”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

ERNESTO EUDORO MARTINEZ VELASQUEZ 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 ineficacia del traslado de régimen pensional realizado a **PROTECCIÓN** y, en consecuencia, que se ordene a esa AFP devolver a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero obrantes en su cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos, intereses, gastos de administración y demás rubros, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte inicialmente al Instituto de Seguros Sociales; a partir de abril de 1998 fue trasladado sin formación libre del consentimiento desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, sin brindársele las respectivas ilustraciones; que el 25 de abril de 2022, radicó ante **PROTECCIÓN** solicitud de información y ante **COLPENSIONES** la nulidad del traslado, esta última negada el 29 de abril siguiente (*pág. 6 a 16, archivo “01Demanda” y archivo “03Subsanaciondemanda”*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la radicación de la solicitud en el año 2022, 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; la innominada o genérica; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y la

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 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. 3 a 24, archivo “07ContestacionProteccion” y “13Subsanacióncontestación”).

Mediante providencia del 06 de diciembre de 2022, el Juzgado de instancia tuvo por no contestada la demanda por parte de La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** (archivo “11Autocalificacontestacion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 53:44, archivo “25Audienciaart7780sentencia”)

El 02 de octubre de 2023, el Juzgado Treinta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el señor ERNESTO EUDORO MARTINEZ VELASQUEZ del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1o. de mayo de 1998, a través de PROTECCIÓN. **SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCIÓN 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 actor, 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, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Así como, el archivo y el detalle de aportes realizados durante su permanencia en el RAIS. **TERCERO:** Se Ordenará a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante. **CUARTO:** Se declara no probada la excepción de prescripción. **QUINTO:** Se condena en costas a PROTECCIÓN. Líquidense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. **SEXTO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES, siguiendo las reglas del artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social...”. Sic.*

Como sustento de su 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, la carga de la prueba de demostrar el deber de información recae en los fondos de pensiones, y que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que efectivamente **PROTECCIÓN** al momento de acoger como afiliado al actor le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se absuelva a esa entidad. Como sustento de la alzada señaló que el demandante se encuentra una prohibición legal para retornar al RPM, por edad; que para el momento del traslado no se exigía nada diferente a la suscripción del formulario de afiliación donde se podía constatar la plena intención del afiliado a permanecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; solicita se tenga en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional C-789 de 2002, C-625 de 2007 y SU062-2010; que en caso de que no se acojan sus argumentos, que se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP devuelva la totalidad de las sumas ordenadas (*min. 55:15, archivo “25Audienciaart7780sentencia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada. Por su parte, la apoderada del actor refiere que se debe confirmar la decisión.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de **ERNESTO EUDORO MARTINEZ VELASQUEZ** 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 la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) ERNESTO EUDORO MARTINEZ VELASQUEZ** nació el 27 de septiembre de 1961 y se afilió al RPM a partir del 30 julio de 1981 (*pág. 86, archivo “09Contestacionproteccion” y pág. 25, archivo “15Contestacioncolpensiones”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PROTECCIÓN** el 02 de marzo de 1998, con efectividad a partir del 1° de mayo siguiente, donde

permanece afiliado actualmente (pág. 34 y 78, archivo “09Contestacionproteccion”).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

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

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

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de*

cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre 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 SL2279-2021).

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **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 y la sola firma del formulario de

afiliación no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio sostuvo que la asesora de la AFP le indicó que si se trasladaba al régimen privado iba a tener más beneficios que en el fondo público, que quedaría con mejor pensión y le informó sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el 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 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 o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la

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

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

Y la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral del accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que 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 esta parte 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, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ERNESTO EUDORO MARTINEZ VELASQUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

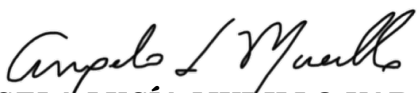
RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2022 00306 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38-2018-00558-02

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la **demandante** contra el fallo **absolutorio** del 24 de enero de 2022 (archivo 16).

I. ANTECEDENTES

1. Cuestión preliminar. El expediente por reparto se asignó al Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., quien por Auto del 11 de octubre de 2018 declaró su falta de jurisdicción y lo remitió, siendo asignado al Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. Sección Tercera, quien por proveído del 15 de noviembre de 2018 se abstuvo de avocar conocimiento y planteó el conflicto negativo de competencia (pp. 209-214 pdf 1 carpeta 1). La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 13 de marzo de 2019, dirimió el conflicto asignando el conocimiento del proceso al Juzgado Laboral (pdf 2 carpeta 1), razón por la cual este Tribunal, acogiendo los considerados 76 a 78 de la providencia A-1943 de 2023 de la Corte Constitucional, procederá a resolver el recurso, toda vez que las reglas jurisprudenciales adoptadas por esa Alta Corte en cuanto la competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa para resolver los litigios por recobros NO PBS no aplican a los casos donde ya

se dirimió el conflicto de competencia por el Consejo Superior de la Judicatura, como ocurre en el caso bajo estudio.

2. Demanda. La **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A.S.** presentó demanda contra la **Nación - Ministerio de Salud y de la Protección Social** y contra la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES**, a fin de condenar al pago de 368 recobros equivalentes a 399 ítems, al pago del 10% de capital adeudado a título de gastos administrativos, intereses moratorios del artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 o en subsidio la indexación, costas y agencias en derecho (pp. 218-311 pdf 1 carpeta 1).

Como fundamento fáctico de lo pretendido, señaló que autorizó el suministro de tecnologías no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud - POS, hoy Plan de Beneficios en Salud - PBS, ya sea en cumplimiento de fallos de tutela o autorizaciones del Comité Técnico Científico - CTC, tras lo cual las IPS que prestaron dicho servicio radicaron ante la EPS la factura de cobro, acompañadas de los soportes que acreditaron su suministro efectivo, motivo por el cual la demandante canceló lo reclamado y procedió a solicitar el recobro ante la **ADRES**, en atención a que se trataba de servicios NO PBS, sin embargo, los recobros fueron glosados de manera infundada, razón por la cual la actora, a través del formato MYT04 objetó 197 glosas con las aclaraciones y/o correcciones respectivas, las cuales no fueron tenidas en cuenta, siendo radicadas las glosas, con lo cual se puso fin a la actuación administrativa correspondiente; posteriormente, el 29 de diciembre de 2017 se agotó la respectiva reclamación administrativa. Afirma que el suministro de las tecnologías NO PBS implicó un desgaste económico para la EPS, por tratarse de gastos no previstos ni costeados con la Unidad de Pago por Capitación UPC, lo que generó gastos administrativos por el despliegue de personal y recursos logísticos, tecnocientíficos y locativos.

3. Con auto del 5 de septiembre de 2019 el juzgado de conocimiento rechazó la demanda, decisión contra la cual se formuló el recurso de reposición y apelación por la activa. Remitido el proceso ante el superior, con ponencia del suscrito magistrado, se revocó el auto recurrido y se ordenó la juez a quo resolver sobre la admisibilidad de la

subsanción de la demanda. Finalmente, con Auto del 18 de febrero de 2020, se admitió el proceso (pp. 387-398, 408-414 pdf 1 carpeta 1).

4. Contestaciones de la demanda.

4.1. Contestación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES se opuso a las pretensiones. No aceptó como cierto ningún hecho de la demanda. En primera medida, señala que no le constan que los servicios de salud hayan sido prestados, que la EPS los haya pagado y que correspondan a tecnologías en salud NO PBS, en segundo lugar, indicó que los recobros demandados no cumplieron los requisitos normativos para su reembolso a la EPS, ya que no basta con acreditar la prestación del servicio sino que además se deben allegar los anexos y cumplir los términos, procesos y condiciones del trámite de auditoría general, que incluye una valoración jurídica, médica y financiera, para obtener la aprobación del desembolso con cargo a recursos públicos. Así las cosas, es a través de MYT01, para el caso de servicios ordenados por Comité Técnico Científico y del MYT02, en caso de que fueran ordenados mediante fallo de tutela, se inicia el trámite de radicación y en ocasiones los recobros *“no alcanzan siquiera a superar la primera etapa de pre-radicación y por ende no agotan un estudio exhaustivo, en la medida en que carecen de requisitos de la esencia que deben ser subsanados por la EPS en el proceso de presentación (es decir por formato MYT04)”*. En todo caso, no proceden los moratorios, ya que las Resoluciones 3099 de 2008 y 3754 de 2008 no establecieron un plazo para el pago de los recobros aprobados en el proceso de auditoría (carpeta 2).

Informó que la EPS presentó 375 recobros, de los cuales 343 se presentaron con formato MYT01 y 18 con el MYT02, además presentó 14 a través de glosa administrativa. Tras la auditoría, 166 recobros fueron aprobados, 208 no aprobados y 1 rechazado, tras lo cual la demandante radicó 190 objeciones mediante formato MYT04, siendo 140 aprobadas, 49 no aprobadas y 1 rechazada. Finalmente, hay 57 solicitudes de glosa transversal en auditoría, conforme la Resolución 4244 de 2015.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, culpa exclusiva de la EPS recobrante como causal exonerativa de responsabilidad e improcedencia del pago de intereses moratorios.

Por último, solicitó el llamamiento en garantía de las sociedades que conformaron la Unión Temporal Nuevo Fosyga 2014 (carpeta 2).

4.2. Contestación de la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social. Solicitó como primera medida declarar la sucesión procesal del ministerio hacia la **ADRES** y en consecuencia ordenar su desvinculación. En subsidio, contestó con oposición a las pretensiones, no aceptó como cierto ningún hecho, formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada (carpeta 5).

5. Con Auto del 13 de enero de 2021, el juez reconoció a la **ADRES** como sucesora procesal de la **Nación - Ministerio de Salud y Protección Social** en virtud del artículo 27 del Decreto 1429 de 2016, a su vez, negó el llamamiento en garantía que solicitó la **ADRES** (pdf 3).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:26:46 archivo 16).

El 24 de enero de 2022, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:“(…) PRIMERO: Absolver a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, en su condición de sucesora del Ministerio de salud y de la Protección Social, como administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la por EPS Sanitas, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: Excepciones, dadas las resultas del juicio el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: costas, lo serán a cargo de la entidad demandante, en firme la presente providencia por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a favor de la accionada. (...)”.

El juez a quo fijó que el problema jurídico versaría sobre todos los hechos de la demanda no aceptados y la viabilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que la mayoría de las glosas impuestas refieren a que no se aportó el acta del CTC o aquella no cumple los requisitos exigidos normativamente, siendo ello una negación indefinida que debe desvirtuar la EPS demostrando que sí los radicó y que contienen la información requerida. A su vez, los recobros derivan de servicios prestados del 20 de agosto de 2013 al 26 de septiembre de 2016, los MYT01 o MYT02 se radicaron del 30 de diciembre de 2015 al 19 de octubre de 2016, las glosas se notificaron del 7 de diciembre de 2016 al 28 de diciembre de 2016 y la demanda se radicó el 13 de noviembre de 2018. Frente al dictamen pericial, se indica que hay 368 recobros NO POS y que 25 no tienen imágenes, mientras que la pasiva desistió de 6 de ellos, por tanto, concluyó que no consideró los que no tienen imagen porque el mismo perito afirmó que no puede conceptuar sobre su completitud. No impartió condena por los recobros que el perito conceptuó como NO POS, ya que el Acuerdo 008 de 2009 de la CRES consagró el principio de integralidad, por el cual los medicamentos esenciales, suministros y tecnologías de salud indispensables para prestar servicios cobijados en el plan se entienden cobijados por el POS, aspecto reiterado en el Acuerdo 2554 de 2013, por tanto, concluye que los servicios recobrados ya se financiaron con la UPC y no puede ordenar que sean cancelado porque implicaría un doble pago. En todo caso, aún si fueran recobros NO POS, ya transcurrieron más de 2 años para reclamar y la reclamación administrativa no interrumpe la caducidad, la cual aplica porque el recobro es un tema administrativo, según la Corte Constitucional.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

Para mejor proveer y en atención a que se hará mención expresa de los temas elevados en la alzada que formuló la **demandante**, procede la Sala a transcribir el recurso de apelación presentado por dicha parte: *“Muchas gracias, señor Juez, respecto a la parte de la sentencia en la cual se negaron las pretensiones de la demanda, me permito interponer recurso de apelación, teniendo en cuenta los siguientes argumentos y debido a la complejidad del proceso, pretendo agotarlos en 5 ítems: **primero**, respecto de la prescripción; **segundo**, gastos de administración; **tercero**, frente a los intereses; **cuarto**, frente a que se omite hablar en forma ya residual de la indexación de las sumas reconocidas; **y por último**, frente a las costas. Bueno, entonces primero frente a la prescripción, se considera que el término prescripción adoptado por el Despacho no se ajusta lo dispuesto por la ley, porque se*

habla de un término de 2 años, el cual se encuentra incluido en el artículo 122 del Decreto 019 de 2012. En este punto, es preciso resaltar que dicha disposición normativa fue derogada por el artículo 158 del Decreto Ley 2106 del año 2019, específicamente del 22 de noviembre de 2019, norma mediante la cual se dictan disposiciones para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública, dicho artículo reza lo siguiente: “Artículo 122. Procedimiento para estacionamiento de cuentas por recursos, artículo derogado por el artículo 158 del Decreto Ley 2106 de 2019 del 22 de noviembre de 2019, por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública”; ahora, en cuanto al análisis que efectúa el Despacho, se destaca que el referido artículo hace parte del capítulo VII, que se denomina trámites, procedimientos y regulaciones del sector administrativo de salud y protección social, siendo claro que se refiere a trámites y procedimientos del sector administrativo, lo cual de ninguna forma se puede trasladar a un proceso judicial, más aún cuando la norma no hace alusión alguna en términos incluidos en los códigos procesales, por lo anterior, es claro que la norma aplicable en materia prescripciones es el artículo 151 CPTSS, puesto que estamos en un proceso ordinario laboral, dicho artículo hace referencia al fenómeno de la prescripción extintiva de las acciones judiciales y esta disposición señala un término de 3 años para que los titulares de los derechos acudan ante la jurisdicción para reclamar su reconocimiento; de igual manera, el citado precepto establece que dicho lapso prescriptivo empieza a contabilizarse desde el momento en el cual la obligación ya es exigible y que la prescripción se interrumpe, por el lapso igual a 3 años, con el simple reclamo escrito a trabajador o interesado, recibido por el empleador u opositor; al respecto, se destaca que la aludida disposición, además de ser sustancial por cuanto crea o extingue acciones, derechos u obligaciones, resulta aplicable a todas las acciones judiciales que deriven de las normas mencionadas, esto es, de derechos sociales, frente lo cual, a propósito, ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL4439 del 22 de marzo de 2017, Radicado número 48.368, abro comillas: “Indudablemente, la referencia a las leyes sociales evoca contenidos de derecho social que involucra no solo las normas relativas a la protección de la persona que trabaja, sino la legislación de protección social o seguridad social dirigida a las personas y a la comunidad frente a las contingencias que las afecten. De ahí que esta Sala de la Corte pacíficamente ha sostenido que este precepto, salvo derechos que por su naturaleza sean imprescriptibles, también cobija los derechos derivados del sistema de seguridad social, como de ello da cuenta la sentencia CSJ SL 24204, 9 ag. 2005, reiterada en CSJ SL 37864, 7 feb. 2012, en la que señaló: Aunque es cierto que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, hace referencia a los derechos regulados por ese ordenamiento, también lo es que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se refiere a “Las acciones que emanen de las leyes sociales...” para definir que prescriben en tres años, lo cual incluye aquellas que se originan en las normas de seguridad social”, en ese orden de ideas, sin lugar a duda la acción judicial adelantada por mi representada se originó en las leyes sociales, puntualmente en normas de la Seguridad Social, puesto que los derechos cuyo reconocimiento y pago se pretende a través de la misma se derivan de los preceptos de la ley 100 de 1993, compilado

normativo que en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, crea un sistema de Seguridad Social Integral. Es claro que el artículo 151 CPTSS debe aplicarse todas las acciones judiciales que emanen de las leyes sociales, entendidas estas como aquellas que garantizan determinada clase de prerrogativas y que teniendo en cuenta que los derechos cuyo reconocimiento se pretendió a través de la acción ordinaria laboral incoada en este asunto, tienen su fuente en la norma de mayor trascendencia en el ámbito de la Seguridad Social en Colombia, esto es, la ley 100 del 93. Resulta evidente que el citado precepto acusado en este cargo como inaplicado, era el llamado regir este asunto en concreto. Ahora bien, como resulta apenas lógico, las acciones judiciales que emanan de la salud son conocidas por la jurisdicción ordinaria laboral y de la Seguridad Social, razón por la cual, no resulta del caso explicar por qué el conocimiento de la demanda que originó la sentencia atacada se asignó dicha especialidad y no a otra diferencia. Es igualmente importante resaltar el numeral 5° del artículo 2 del CPTSS, el cual señala que es de competencia también de la especialidad laboral conocer de la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y el Sistema de Seguridad Social Integral que no corresponden a otra autoridad, puesto que, como se ha insistido, en la legislación actual le reconoce a la EPS la facultad de acudir ante la ADRES, ambos actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para recobrar los valores que aquellos sufragaron por concepto de las prestaciones asistenciales que no les correspondía asumir con cargo a su patrimonio, por no haber estado costeadas a través de la UPC. Con todo, como la acción ordinaria a través de la cual se pretende el reconocimiento y pago de los derechos cuya fuente son las obligaciones impuestas en el marco del Sistema de Seguridad Social a sus diferentes actores y cuyo conocimiento corresponde a los funcionarios competentes para tal fin, según las reglas procesales previstas en el ordenamiento jurídico, no existe duda alguna de que la prescripción de que trata el artículo 151 CPTSS era la llamada a ser la aplicada en el paso concreto, pero de manera contraria a lo que correspondía, las tecnologías fueron declaradas caducadas, sin embargo, como el Juzgado inaplicó dicha disposición en el caso concreto, para en su lugar aplicar indebidamente el artículo 122 del Decreto 019 de 2012, el cual, como enseguida se verá, lejos de ser compatible con el asunto en particular, resulta evidente el error de juzgamiento. Existe indebida aplicación del artículo 122 del Decreto 019 de 2012, como se ha señalado, el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012 no es aplicable a los procesos ordinario laborales, como el caso que nos convoca, pues para las acciones nacidas de las leyes sociales existe norma clara y expresa que regula la prescripción, además, la norma denunciada como directamente transgredida e indebidamente aplicada por el Despacho, no estaba llamada disciplinar el caso concreto, pues lo establecido en el artículo 122 del decreto Ley 019 de 2012, se trata del procedimiento para saneamiento de cuentas por recobro, la cual se encuentra contenida en el Capítulo VIII de dicho compilado normativo, que a su vez se tituló por el mismo legislador como trámites, procedimientos y regulaciones del sector administrativo de salud y protección social. Esta norma detalla en su inciso 1° claramente cómo deben proceder las entidades recobrantes EPS y el Ministerio de Salud y Protección Social, ante un aspecto especial del procedimiento, trámite o actuación administrativa de recobro, como lo es la existencia de divergencias recurrentes entre los señalados actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en torno a las

glosas impuestas a las peticiones de recobro, aspecto este que según la parte normativa del momento, debe solucionarse de conformidad con los lineamientos que para tal fin establezca el Ministerio de Salud y Protección Social o a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos ya previstos en la ley, dentro del término de 2 años o so pena de que la entidad recobrante esté obligada a sufragar los costos de una nueva auditoría; a su turno, el inciso 2° de la mencionada norma, versa aún más específicamente sobre la imposición de la glosa que se refiere a la inclusión en el POS de las tecnologías en salud recobradas, para destacar que en este caso, la diferencia recurrente se solucionará teniendo en cuenta el concepto de la CREE o quien haga sus veces y de ser este favorable a la entidad recobrante y una vez efectuada la auditoría integral, se procederá al pago del recobro; finalmente el inciso 3° hace referencia nuevamente de la glosa referida a la inclusión en el POS de las tecnologías de salud recobradas para el supuesto según el cual ya se surtió la auditoría integral, con el fin de señalar que en este caso se podrá aplicar el mecanismo que establecerá el Ministerio de Salud y Protección Social para la solicitud de divergencias recurrentes, dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del Decreto 019 de 2012 y siempre cuando no hayan transcurrido 2 años contados a partir de que se surtió la auditoría integral. Pues bien, conforme a lo descrito en las razones por las cuales el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012 resulta inaplicable en este asunto en particular, son las siguientes; en primer lugar, el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012, en el cual se apoyó el Despacho para emitir la sentencia en el sentido de declarar la caducidad de 368 servicios en salud, cuyo reconocimiento y pago se solicitó en la demanda, hace referencia al procedimiento, trámite o actuación administrativa a través de la cual se persigue el reconocimiento y pago de los recobros por la vía administrativa, con la simple solicitud de la entidad recobrante ante el Ministerio de Salud y la Protección Social, esto siempre y cuando se susciten divergencias recurrentes entre ellos, originadas en las glosas impuestas, lo que significa que esta norma no resulta aplicable en ningún caso en los procesos judiciales y mucho menos en el ordinario laboral que aquí se adelantó y en el que se emitió el fallo objeto del presente recurso. En segundo término, de la lectura de la norma en que se fundamenta el Despacho, se puede concluir que en ningún momento dicho precepto hace mención a un término de caducidad o prescripción del derecho y/o de la acción judicial, encaminada a recobrar los dineros pagados con la ocasión de las tecnologías prestadas a los usuarios y no incluidas en el POS, sino que simplemente hace alusión a un término máximo para solucionar las divergencias recurrentes suscitadas en los procedimientos, trámite o actuación administrativa de recobro, a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos ya existentes o del instrumento que en virtud de la misma norma, llegue a establecer el Ministerio de Salud y Protección Social, termino aquel que coincide con el mismo de caducidad establecida para el medio de control de reparación directa, es decir, 2 años, pero no puede pensarse, como equivocadamente lo hizo el Despacho, que la remisión normativa al término de caducidad del control de reparación directa implica que se esté consagrando en la norma un tiempo, en virtud del cual se extinga el derecho al recobro y/o a la acción judicial, mediante la cual se busca hacerlo efectivo, sino que lo que en verdad establece el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012 es que de no acudir a los mecanismos fijados por la ley para solucionar las divergencias recurrentes en un

plazo de 2 años, le correspondería a la entidad recobrante, en el supuesto del inciso 1° de dicha norma, pagar de nuevo una auditoria integral y en la hipótesis del 3° inciso, perder la posibilidad de acudir al mecanismo de solución administrativa de las de las divergencias recurrentes a través del instrumento a que se ha llamado a crear el Ministerio de Salud y Protección Social. En ese orden de ideas, como la finalidad de la norma indebidamente aplicada era establecer un término máximo para que se efectuara la conciliación de las divergencias recurrentes que se presentasen en el trámite, actuación o procedimiento administrativo de recobro, por unas consecuencias bien específicas, fijadas tanto en el inciso 1° como en el 3° del artículo bajo análisis, daba lo mismo que el artículo 122 del Decreto 019 de 2012 se indicará que el término legal para los efectos ya escritos era 2 años o que se dijera como en últimas ocurrió, que el término era el establecido para el medio de control de reparación directa; en tercer lugar, la pluricitada norma se anunció como un procedimiento para el saneamiento de cuentas por recobro y está contenido en el capítulo VIII del Decreto Ley 019 de 2012, el cual se titula trámites, procedimientos y regulaciones del sector administrativo de salud y protección social, el mismo nombre que legislador le otorgó al capítulo VIII del artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012, evidencia que este último únicamente es aplicable en el trámite de procedimiento o actuación de carácter administrativo, que se adelanta con el fin de que se paguen los recobros, pero no lo es al interior una reclamación judicial en ejercicio de una acción que percibe el reconocimiento y pago dicho de recobros, lo que pone una vez más de manifiesto que el artículo 122 del Decreto 019 de 2012 resultaba inaplicable a propósito del proceso ordinario laboral que aquí se adelanta y finalmente, pero no por ello menos importante es que el Decreto Ley 019 de 2012, donde se encuentra la norma indebidamente aplicada, entró en vigencia a partir de la fecha de su publicación, esto es, desde el 10 de enero de 2012, razón por la cual no podría aplicarse a los recobros derivados de la prestaciones de tecnologías de salud que fueron anteriores a la citada fecha. En conclusión, como el artículo 122 del Decreto Ley 019 reguló una materia netamente administrativa y diferente al proceso judicial, resulta absolutamente inaplicable en este asunto, pues como ya se ha demostrado, la norma que le es aplicable al término de prescripción era el artículo 151 CPTSS. Ahora, frente a la prestación del servicio como fecha para determinar desde cuándo se empieza a contar el término, si bien es cierto, los servicios fueron prestados entre los años 2013 y 2016, debe tenerse en cuenta que no es esta la fecha inicial para contar la prescripción por la siguiente razón, la IPS presta su servicio y la EPS solo puede exigir el derecho al recobro una vez conoce la existencia de dicha prestación, lo cual se hace a través del cobro que realiza la IPS ante nosotros por la prestación de un servicio, interpretarlo de otra manera es ilógico, porque si revisamos el artículo 2530 CC, como regla general de la prescripción, encontramos en su párrafo quinto el siguiente texto: “no se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista”, para esta EPS es imposible hacer exigible un derecho, al no tener conocimiento del momento exacto de la prestación del servicio y del cual solo se entera a través del cobro que realiza la empresa a la EPS; en la base de datos que fue presentada con la demanda, tenemos que las prestaciones de los servicios médicos asistenciales datan de los años 2013 a 2016, que la fecha de la radicación y de la ratificación del MYT04 y el MYT01 y MYT02 data de

diciembre de 2015 a agosto 2017, la fecha de la reclamación es del 29 de diciembre de 2017 y la demanda se radicó el 13 de noviembre de 2018, por lo que es claro que no transcurrieron más de 3 años. Por otro lado, téngase en cuenta que la simple reclamación escrita hace que los términos se interrumpan por otros 3 años, si bien es cierto que el artículo 6 CPTSS indican que la misma sólo le es aplicable a los trabajadores públicos, también lo es que el Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, ha señalado en diferentes autos que esta norma debe ser interpretada en forma extensa y esa reclamación se exige como requisito de procedibilidad, entonces, si estamos obligados a presentar una reclamación, también estamos en nuestro derecho legal de exigir los beneficios que se deberían de la misma, como lo es la interrupción de la prescripción, por tanto, en esta línea argumentativa tenemos que hay una fecha de radicación y de prestación que no superaron los 3 años, entonces se entenderá que no ha operado el fenómeno prescriptivo, razón por la cual consideramos debe haber una revocatoria de la sentencia que se dicta en primer instancia. Frente a los gastos de administración, esta pretensión tiene un carácter netamente indemnizatorio y resarcitorio para efecto de intentar restablecer los derechos conculcados de quien solicita la indemnización, no debe haber una limitación, máxime si se demuestra que hubo un daño o hay indicios de que existió un daño con sus consecuentes perjuicios que deben ser indemnizados, si EPS sanitas tiene la política de sugerir el 10% del costo del recobro es en atención a la cantidad de recobros que están reclamando, pues esto genera una carga administrativa muy pesada, como lo es tener que contar con una planta de personal superior para que atienda estas reclamaciones NO POS, personal que se encargue de contratación y de hacer reclamaciones ante el ente administrador, personal que lo represente judicialmente y extrajudicialmente, todo ello implica un costo que realmente conlleva un detrimento patrimonial y no es absurdo solicitar el 10%, primero porque como lo ha indicado el mismo profesor Jairo Parra Quijano, en algunos casos debe haber cierta flexibilidad con la prueba de muchas situaciones, cuando es expresamente que adquiere tintes de imposible, demostrar la operatividad en cada uno de los recobros sería un trámite indefinido que tal vez atosigaría el Poder Judicial. Entonces es evidente que existe un daño que ha sido tasado, por ejemplo, en temas de riesgos laborales por el artículo 6 del Decreto 1295 del 94, cuando dice que después de suministrado un servicio o tecnológico en salud por parte de la IPS, esta procede a cobrarlo a la EPS a la cual está afiliado el usuario y la cual a su vez tiene la potestad de reclamarla a través del procedimiento de reembolso a la ARL a la cual se encuentra afiliado el usuario en las siguientes condiciones, la tarifa del medicamento, prestación, etcétera, será la convenida entre la EPS y la IPS y se liquida una comisión del 10%, pero incluso el mismo Ministerio de la Protección Social ha hecho reconocimiento de Indemnizaciones tarifadas, la Circular 07 de 2013 y 001 de 2014 definieron que cuando se dé la prestación de un medicamento, la EPS tiene derecho a recobrar el precio de este incrementado en un porcentaje, erogación económica que se le reconoce por esa operatividad. En ese sentido, consideramos que debe haber una un reconocimiento económico por esta gestión, máxime si tuvo que llegar a instancia judicial. Ahora frente a los intereses moratorios, es importante precisar que este artículo 4 en decreto 1281 de 2002, goza de cierta amplitud al señalar de manera abierta que el interés de mora se generará por el incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de recursos,

entonces, conforme a ello, bastara entonces que se trate de un pago o un giro de recursos del sistema de salud regulado en el mismo decreto para que se aplique la tasa de interés moratorio allí prevista, en cuanto su finalidad, el artículo 4 cumple una función disuasiva de retrasos injustificados, que es una anomalía que afecta la prestación del servicio, como retributiva por la movilización de los recursos de capital pagados por fuera de tiempo a los actores del Sistema de Salud, de esta forma, refuerza el derecho de todos los actores a recibir oportunamente los pagos a su favor de cualquier entidad, institución o persona obligada a ello dentro del propio Sistema de Salud, de acuerdo con los mandatos de eficiencia y oportunidad. Fuerza concluir al tenor del artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, en concordancia con los artículos 1 y 3 del mismo, que los recobros a los ADRES por prestaciones NO POS quedaron sujetos a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. La amplitud de esta norma nos permite inferir que la tasa de mora debe ser aplicada a todos los participantes del Sistema, téngase en cuenta que ellos están obligados a facilitar el flujo de recursos de la salud y respecto de todas ellas, el interés de mora de la tasa señalada en el artículo 4 deberá cumplir su función de apremio de los pagos y giros debidos por los diversos actores del Sistema, inclusive cuando el deudor es el propio Estado. Nótese además que no existe norma alguna o regla de favor o de exclusión para que ADRES, respecto a la generación de intereses moratorios en los casos de retardo, como los que aquí se estudian, no pueda ser condenada al pago de intereses. Así las cosas, se evidencia que el pago tardío de los recobros presentados al ADRES por servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud da lugar al pago de intereses de mora en la tasa establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales, no solo porque así se deriva la lectura sistemática de los artículos 1, 4 y 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, sino porque ello se adecua a las finalidades y objetivos mismos del Decreto y del Sistema de Salud en General. Estos intereses, en la forma como lo han sido solicitados por EPS Sanitas, fueron reconocidos por el Alto Tribunal mediante los pronunciamientos de las sentencias expuestas en párrafos anteriores. Finalmente, frente a este tema, el Ministerio de Salud y Protección Social elevó consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado, Consejero Ponente William Zambrano Cetina, Radicación Número 2010-00086 de fecha 19 de agosto de 2010, donde después de un estudio juicioso al tema, se pronunció señalando su procedencia: “con fundamento en lo anterior, la Sala responde: ¿Es aplicable el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 al pago de recobros por prestaciones de salud no previstas en el Plan Obligatorio de Salud efectuado con posterioridad a los dos (2) meses previstos en las Resoluciones 3797 de 2004, 2933 de 2006 y 3099 de 2008? Respuesta: Si, el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 es aplicable al pago de recobros por prestaciones de salud no previstas en el Plan Obligatorio de Salud efectuado con posterioridad a los dos (2) meses, previsto actualmente en la Resolución 3099 de 2008 y, en su momento, en las Resoluciones 3797 de 2004 y 2933 de 2006”. Ahora bien, el honorable Tribunal Superior de Bogotá, providencia del honorable magistrado Hugo Alexander Ríos Garay, radicado 2016-00649 del 31 de agosto de 2021: “En cuanto los intereses moratorios, los ítems cuyo pago se ordena, fueron recobrados por la EPS en vigencia de la Resolución 458 de 2013, norma que en su artículo 11 estableció la etapa de auditoría integral sin consagrar un

plazo determinado para resolver la misma, sin embargo, en su artículo 14 indicó que una vez comunica el resultado a la entidad recobrante y este lo objeta, tendrá un (1) mes para resolver dicha inconformidad. Por su parte, el artículo 4° del Decreto Ley 1281 de 2002, consagró que el incumplimiento de los plazos para el pago o giro de los recursos del sector salud previstos en ese Decreto, entre los cuales fueron incluidos los recursos administrados por el extinto FOSYGA (artículo 13 ibídem), genera intereses liquidados a la tasa de intereses moratorio de los tributos administrados por la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, a partir de las dos normas antes citadas, concluyó en la sentencia SL1227 de 2021 que sí procede la condena a los intereses moratorios por partes del FOSYGA hoy ADRES, respecto de los recobros por servicios y tecnologías NO POS, criterio que comparte esta Sala, liquidados a partir del día siguiente del vencimiento del término de un (1) mes desde la radicación del MYT04, cuya tasa corresponde a la señalada en el artículo 635 ET. Advierte el suscrito magistrado sustanciador que en la sentencia S03-00121-2021 del 30 de junio de 2021 Rad. 15-2013-00648-02, adoptó el criterio de contar los intereses moratorios desde el vencimiento del segundo mes de la radicación del MYT01/02, posición que no aplica en el presente asunto por cuanto opera para los recobros reclamados en la Resolución 3099 de 2008, que no es el caso bajo estudio. Adicional a lo ya expuesto, el artículo 7° del Decreto Ley 1281 de 2002, consagró que hay lugar al pago de intereses moratorios cuando las glosas formuladas resultan infundadas, no obstante, la misma norma indica que no habrá lugar al reconocimiento de éstos cuando si en los seis (6) meses siguientes a la fecha de prestación del servicio no se ha radicado la cuenta de cobro ante el FOSYGA hoy ADRES”. Frente la indexación, como se ha resaltado anteriormente, este es un derecho que surge por el solo hecho del pasar del tiempo sin el reconocimiento oportuno de sumas dinerarios, entonces, pues aquí sí estamos hablando y reforzando los intereses moratorios de obligaciones de género, frente a los cuales incluso el mismo Código Civil no cabe ninguna especie de exoneración, entonces, en ese sentido, la indexación debe operar para esa suma que fue destinada por la EPS Sanitas para el pago de las IPS y para que esta se retrotraiga al valor que tiene hoy en día, la actualización del IPC es importante para no seguir generando daño. Ahora, frente a la imposición de costas, pues se le solicita de manera respetuosa al Juez pues que se revoquen las mismas, al Juez de segunda instancia. Bueno, entonces en estos términos y evacuando esos puntos queda sustentado el recurso apelación, primero la prescripción, consideramos que no es de 2 años sino de 3 y que se empieza a contar desde que se hace la reclamación a la EPS por parte de la IPS y tiene que tenerse en cuenta que hay un procedimiento especial de recobro que puede generar una interrupción, que también hubo una reclamación administrativa que interrumpe este tema. Frente a los gastos de administración, consideramos pueden ser tasados en el 10% y los intereses como forma de indemnización automática que fue fijada vía reglamentaria y también deberán ser reconocidos. Muchas gracias, señor Juez” (01:27:43 archivo 16).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la **demandante** otorgó poder al doctor Andrés Felipe Betancur Murillo, identificado con CC 4.372.335 y TP 168.458 CSJ, a quien se reconoce como apoderado de dicha parte, sin perjuicio de las eventuales acciones del caso conforme el numeral 20 del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, ya que no se aportó el paz y salvo de la antigua apoderada de la **EPS Sanitas S.A.S.**, quien solicitó acceder al recurso, revocar el fallo y reconoce las pretensiones, pues de manera injustificada no se han efectuado el pago de los recobros de los servicios NO POS reclamados, ni de los demás pedimentos elevados en la demanda.

La apoderada de la **demandada** solicitó que se confirme el fallo de primer grado, cuestionando en primer lugar que no es claro si la EPS solicita una indemnización de perjuicios o el pago de recobros y en caso de que sea lo primero, deberá acudir a lo contencioso administrativo. De otra parte, señala que conforme el artículo 111 del Decreto 109 de 2012 y el Decreto 1377 de 2012 se fijó el procedimiento para reclamar la glosa de extemporaneidad, siendo negligencia de la EPS no haber acogido al mismo. Finaliza señalando que las actas de CTC aportadas no reúnen los requisitos dispuestos en las resoluciones que regentan el trámite de recobro, lo que impide acceder al recobro al no cumplir con las condiciones normativas requeridas.

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

De conformidad con lo planteado en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver, según los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello, son: **1)** determinar si le asiste derecho

a la **demandante** al reconocimiento y pago del reembolso de los gastos de las tecnologías en salud no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación – UPC reclamado en la demanda. Sí y solo sí se resuelve de manera favorable lo anterior, la Sala deberá: **2)** establecer la procedencia de condenar al pago de gastos administrativos, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandada **EPS Sanitas S.A.S.** reclamó el pago de 368 recobros, correspondientes a 399 ítems, por servicios de salud ordenado en fallos de tutela o actas de Comité Técnico Científico CTC (pp. 222-238 pdf 1 carpeta 1); **ii)** a través de sus alegatos de primera instancia, la apoderada de la accionante desistió de 6 ítems, contenidos en los recobros identificados con los números 123489895 por valor de \$11.331.035, 123489946 por \$5.326.712, 123490121 por \$11.339.538, 123540718 por dos ítems de \$133.228 y \$58.228 respectivamente y 123552127 por \$139.028 (30:54 archivo 16).

- **Sobre el principio de consonancia como factor que delimita la competencia del Tribunal**

En el proceso laboral y de la seguridad social, el artículo 66A CPTSS consagra el principio de consonancia como límite de la competencia judicial en segunda instancia, en los siguientes términos: “*ARTÍCULO 66-A. PRINCIPIO DE CONSONANCIA. <Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.***” (subrayado y negrilla fuera de texto).

La anterior norma fue declarada condicionalmente exequible en la sentencia C-070 de 2010, en el “*entendido que las materias objeto del recurso de apelación tratándose de autos, incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador*”, de lo que se entiende que tal interpretación opera únicamente a favor del trabajador y solo por aquellos derechos considerados como irrenunciables.

En desarrollo de su actividad, la Corte Suprema de Justicia ha precisado el alcance y naturaleza del principio de consonancia como factor delimitante de la competencia del juez laboral de segunda instancia.

En efecto, en la sentencia CSJ SL440-2021, el órgano de cierre de nuestra jurisdicción efectuó un análisis del principio de consonancia aplicable a las sentencias de segunda instancia y a la decisión de autos apelados, conforme el artículo 66A CPTSS, por el cual concluyó que **“el juez de segundo grado debe estar sujeto a las materias específicas y debidamente sustentadas en la apelación que se haga contra la decisión primigenia. Bajo esta lógica, el juzgador no tiene competencia para resolver otros aspectos ajenos a la relación jurídico procesal, sino estrictamente aquellos controvertidos por las partes en el recurso vertical.”** La Corte ha precisado que con la referida restricción el legislador quiso focalizar la actividad jurisdiccional y materializar el objetivo de simplificación de trámite y celeridad pretendido en la Ley 712 de 2001, por lo que las partes están obligadas a concretar con exactitud los motivos por los que se apartan de la decisión judicial” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

La anterior posición se reafirmó por la Alta Corte en la sentencia CSJ SL3691-2021, providencia en la que se señaló explícitamente que no es exigible al *ad quem* que actúe más allá del ámbito de competencia “fijado por las partes en la apelación”, pues ello afectaría el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS e, inclusive, reiteró lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral en el sentido de que **“no es dable imputarle al juzgador la comisión de unos errores en relación a unos aspectos frente a los cuales no hubo pronunciamiento, precisamente porque no fueron materia de apelación”** (CSJ SL646-2013, CSJ SL13061-2015, CSJ SL13431-2016, CSJ SL5873-2016, CSJ SL13431-2016, CSJ SL8653-2016 y CSJ SL8298-2017)” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

- Caso concreto

Descendiendo al caso bajo estudio, como se anunció previamente, la Sala procedió a transcribir textualmente todo el recurso de apelación formulado por la demandante **EPS Sanitas S.A.S.**, para de ese modo poner de presente que dicha parte, al momento de formular los temas objeto de su alzada, no cuestionó el principal argumento que esgrimió el juez de primera instancia para absolver de las pretensiones, que no fue otro que considerar que la totalidad de recobros que el perito señaló como tecnologías NO POS en realidad sí fueron financiadas por la UPC, en virtud

del principio de integralidad consagrado en los Acuerdos 008 de 2009 y 2554 de 2013 de la extinta Comisión de Regulación en Salud – CRES.

En efecto, como se anotó al momento de resumir el fallo de primer grado, el juzgado de conocimiento se apartó de las conclusiones del peritaje, pues sí bien en aquella pericia determinó la existencia de 368 ítems recobrados NO POS, para el juez *a quo* tales tecnologías en salud ya habían sido financiadas con la UPC del plan de beneficios en salud, por tratarse de “*medicamentos esenciales, suministros y tecnologías de salud*” indispensables para la prestación de los servicios cobijados por el POS, lo que implica que se entiendan integralmente financiados pues así lo dispuso la CRES respecto de todo elemento sea necesario para materializar una prestación incluida en el plan.

Contra la anterior decisión, la apoderada de la promotora del litigio interpuso el recurso de apelación y lo sustentó verbalmente en audiencia, tal y como ordena el artículo 66 CPTSS modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007.

Así las cosas, revisados los temas objeto del recurso, la apelante nunca cuestionó la conclusión central del juez de conocimiento, según la cual los servicios y tecnologías recobradas hacían parte del Plan Obligatorio de Salud en virtud del principio de integralidad; pues, en síntesis, solo elevó inconformidad frente a asuntos totalmente alejados del argumento principal que soporta el fallo de primera instancia, tal y como pasa a describirse:

1. Cuestiona la forma como se definió la prescripción, pues a juicio del apelante no es posible fijar un término de 2 años; para sustentar su posición, se refiere extensamente a la imposibilidad de aplicar Decreto Ley 019 de 2012 por encima del artículo 151 CPTSS, sin caer en cuenta que la referencia que hizo el juez al tema de la caducidad fue un simple argumento auxiliar de su conclusión principal de tener a los servicios recobrados como POS, ya que solo hizo mención a la caducidad para señalar que en gracia de la discusión, si los recobros fueran NO POS, estarían caducados.

2. Manifiesta que la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social, es la competente para resolver el litigio conforme el artículo 2 CPTSS, sin caer en cuenta que tal asunto no fue objeto de cuestionamiento por el juez a quo, quien basó su decisión de absolver no en la falta de competencia sino porque a su parecer, los recobros son tecnologías POS en virtud del principio de integralidad.
3. Reclama los gastos de administración, alegando que indemnizan los perjuicios sufridos por la EPS con ocasión de la gestión y entrega de servicios NO POS, sin embargo, para que tal reclamación fuera prospera, se debía declarar en primer lugar que los recobros corresponden a tecnologías no financiadas por la UPC, pero tal conclusión del juez a quo no fue cuestionada en el recurso de alzada.
4. Peticiona la condena a la indexación, pero tal asunto es accesorio, ya que primero debe ordenarse una condena para ahí si discutir la procedencia de imponer la corrección de la devaluación monetaria.
5. Pide la revocatoria de la condena a costas de primera instancia, solicitud que solo puede ser objeto de estudio en el evento que se acceda a impartir condena a favor de la EPS, lo cual no sucede porque no se ataca el sustento del fallo de primera instancia.

No queda duda que la demandante no cuestionó el argumento central que utilizó el fallador de primer grado para absolver de las pretensiones, pues omitió cuestionar la conclusión de que los servicios objeto de controversia eran POS; en consecuencia, al no haber sido objeto de apelación el fundamento sobre el cual edificó la sentencia absolutoria, la Sala se releva de analizar los puntos de reproche elevados en la alzada, porque mal haría en entrar a revisar si hubo o no prescripción o si el juez laboral era o no competente para resolver el litigio, por tratarse de asuntos que en nada inciden sobre la inferencia lógica del juez por la cual llegó al convencimiento de que debía absolver a la **ADRES**.

En consecuencia, como el recurso se sustenta en aspectos irrelevantes que no cuestionan la verdadera razón esgrimida por el operador judicial para absolver, incurriría esta sala es un desbordamiento de sus facultades con tan siquiera plantearse la posibilidad de revisar si las tecnologías en salud son NO POS, pues es un asunto que no fue apelado.

Por lo considerado, no queda camino distinto que confirmar el fallo de primera instancia, por cuanto se reitera, a riesgo de parecer insistentes, que los fundamentos del fallo de primera instancia no fueron atacados en la alzada, al limitarse la apelante a cuestionar puntos que no son el soporte de la decisión judicial reprochada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.39-2022-00071-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 31 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la demandada a la reliquidación de la mesada pensional, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, ordenó el pago de diferencias pensionales a partir del 1° de diciembre de 2018, junto con intereses moratorios (*min. 27:57, archivo "14GrabacionAudienciaSentencia20230731"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

ROBERTO OVIEDO MORENO, llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se condene al pago de la reliquidación de la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2014, sobre 14 mesadas anuales, intereses

moratorios sobre el valor de las mesadas pensionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1° de julio de 2014 y el 28 de febrero de 2015, intereses moratorios sobre las diferencias que se generen e indexación.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 25 de marzo de 1953, es beneficiario del régimen de transición; que a 30 de mayo de 2014, cotizó un total de 1.266 semanas; que realizó cotizaciones de forma simultánea desde febrero de 2011 a mayo de 2014 como trabajador de INDUFRUTAS y como independiente; que el 25 de junio de 2014 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a **COLPENSIONES**, quien mediante Resolución GNR53302 del 25 febrero de 2015 accedió a la prestación en cuantía de \$3.190.280 a partir del 1° de marzo de 2015, bajo el Acuerdo 049 de 1990; que contra el citado acto administrativo interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, y con ocasión de ello la entidad demandada en Resolución GNR53302 de 2015 reconoció retroactivo pensional a partir de julio de 2014, pero no la reliquidación, decisión confirmada en Resolución VPB 64318 del 1 de octubre de 2015.

Manifestó que el 24 de marzo de 2017 insistió en la reliquidación de la pensión, en el reconocimiento de intereses moratorios y la mesada catorce, la cual fue resuelta con Resolución SUB28279 del 1° de abril de 2017, donde se reliquidó la mesada en tan solo \$9.668, negando las demás solicitudes; que presentó reclamaciones adicionales solicitando la reliquidación teniendo en cuenta las cotizaciones simultaneas, las cuales fueron negadas en resoluciones SUB29735 del 31 de enero de 2020, SUB235387 del 30 de octubre de 2020, SUB270563 del 14 de diciembre de 2020 y DPE16667 del 16 de diciembre de 2020 (pág. 3 a 17, archivo “05SubsanacionDemanda20220520”).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, las semanas cotizadas, el reconocimiento pensional, los recursos interpuestos, la reliquidación de mesada y la expedición de los diferentes actos administrativos. Formuló las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*; cobro de lo no debido; prescripción; buena fe; presunción de legalidad de los actos administrativos; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno; pago; carencia de causa para demandar; prescripción; compensación; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 2 a 17, archivo “08ContestacionColpensiones20220824”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Min. 27:57, archivo “14GrabacionAudienciaSentencia...”)

El 31 de julio de 2023, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar al señor ROBERTO OVIEDO MORENO la reliquidación de la pensión de vejez bajo el régimen de transición Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1 de diciembre de 2018, en cuantía de \$3.097.835,18 a razón de 13 mesadas, con los reajustes anuales correspondientes. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a ROBERTO OVIEDO MORENO el retroactivo de diferencias pensionales causadas desde el 1° de diciembre de 2018, suma que con los respectivos incrementos al 30 de julio de 2023 asciende a la suma de \$727.465,91, sin perjuicio de las demás diferencias pensionales que causen hasta el momento de su pago. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar al demandante, los intereses moratorios sobre las diferencias aquí reconocidas de las mesadas que se hicieron exigibles desde el 7 de diciembre de 2018 hasta el momento del pago. **CUARTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción denominada prescripción y no probadas las demás formuladas por la demandada COLPENSIONES. **QUINTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas. **SEXTO:** Sin costas en esta instancia, conforme lo explicado.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por resultar adversa a COLPENSIONES. (...)

Como sustento de la decisión la Juez señaló que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la simultaneidad en los aportes al sistema de seguridad social integral genera la posibilidad de incrementar el ingreso base de liquidación - IBL, pero no a la contabilización de más de un periodo semanal. Por tal motivo, advirtió que, al revisar los salarios cotizados en los últimos 10 años efectivamente laborados, que le es más favorable que el promedio de lo cotizado en toda la vida laboral encontró como IBL \$3.442.039, que al aplicarse la tasa de reemplazo del 90% se genera una mesada de \$3.097.837 para el año 2014, arrojando una diferencia a favor del pensionado en la suma de \$10.870 por cada mesada, a razón de 13 mesadas anuales. A su vez, declaró probada la excepción de prescripción de las diferencias causadas con anterioridad al 7 de diciembre de 2018, en aplicación de la suspensión de términos con ocasión de la Pandemia Covid-19, y ordenó el reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre cada diferencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que nos encontramos ante la inexistencia del derecho a la reliquidación, por lo que no hay lugar a proferir condena alguna en contra esa entidad, quien ha actuado de buena fe, ha sido respetuosa de la legislación existente, no existe negligencia y omisión, toda vez que considera que no se generaron valores a favor del demandante (*min. 30:04, archivo “14GrabacionAudienciaSentencia20230731”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del 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 que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **ROBERTO OVIEDO MORENO** tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional atendiendo periodos simultáneos de cotización, la procedencia del retroactivo pensional, intereses moratorios y la configuración de la excepción de prescripción.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) ROBERTO OVIEDO MORENO** nació el 25 de marzo de 1953 (*pág. 17, archivo “01DemandaAnexos20220222”*) y durante toda su vida laboral cotizó al sistema pensional un total de 1.266.71 semanas (*pág. 18 a 27, archivo “08ContestacionColpensiones20220824”*); **ii)** el afiliado presentó solicitud de reconocimiento pensional el 25 de junio

de 2014 y **COLPENSIONES** mediante Resolución GNR53302 del 25 de febrero de 2015 le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2015, en cuantía mensual de \$3.190.280, bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 (pág. 26 a 30, archivo “01DemandaAnexos20220222”); **iii)** contra el citado acto administrativo el accionante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación el 28 de marzo de 2015 (pág. 32 a 37, archivo “01DemandaAnexos20220222”); **iv)** a través de la Resolución GNR197850 del 02 de julio de 2015 la demandada resolvió el recurso de reposición y reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2014 en cuantía de \$3.077.639 (pág. 38 a 44, archivo “01DemandaAnexos20220222”); **v)** y por medio de la Resolución SUB28289 del 1° de abril de 2017 **COLPENSIONES** reliquidó la mesada pensional incrementando el monto a la suma de \$3.086.965 (pág. 71 a 77, archivo “01DemandaAnexos20220222”).

- **Sobre el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición y las semanas simultáneas.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Sala advierte que las normas que se aplican en materia pensional a un caso concreto 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, cuando esas condiciones o requisitos se modifican por la entrada en vigencia de una nueva reglamentación, ésta puede crear un régimen de transición, normativa cuya finalidad es mantener, para algunas personas, la aplicación de todas o algunas de las reglas que fueron derogadas.

Esto ocurrió al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 cuyo artículo 36 dispuso un régimen de transición, normativa que le fue aplicada al demandante por tener más de 40 años de edad en el momento en que el nuevo sistema de pensiones entró en vigencia. En dicho régimen se mantuvieron algunas y no todas las condiciones que regulaban las normas anteriores en materia pensional, pues si bien

dispuso que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto o porcentaje para acceder a la pensión de jubilación de sus beneficiarios es la *“establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”*, (para la situación el consagrado en el Acuerdo 049 de 1990) también advirtió claramente, que para definir el ingreso base de liquidación de la pensión, se aplicarían *“las disposiciones contenidas en la presente Ley”* es decir en la Ley 100 de 1993.

Al respecto, es uniforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en señalar que, frente a las pensiones concedidas en virtud del régimen de transición, la liquidación de la base salarial se encuentra sometida a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, al no ser éste un elemento del régimen de transición, sin que le sea dable al fallador remitirse a la legislación precedente. Por lo tanto, que las reglas sobre Ingreso Base de Liquidación aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso. (CSJ SL4122-2020, CSJ SL803-2019, SU-023-2017, CC SU-230 de 2015 y CC SU-258 de 2013).

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 (...)”*.

A su vez, el inciso 3° del artículo 36 de la misma norma dispone que *“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior 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”*

Ahora, el parágrafo 1° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 advierte que *“en aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal”*.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que, si bien no es viable contabilizar cotizaciones simultáneas por el mismo periodo de forma independiente para aumentar el tiempo de cotización, dichos aportes si se tienen en cuenta para determinar e incrementar el ingreso base de liquidación (CSJ SL704-2018, SL4802-2019, SL4341-2020, SL4512-2021, entre otras).

Caso concreto

En el caso bajo estudio no existe controversia en segunda instancia sobre la pensión de vejez reconocida a **ROBERTO OVIEDO MORENO**, bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, tampoco sobre la tasa de reemplazo del 90%, la fecha de causación y disfrute pensional y el número de mesadas anuales. Lo anterior, por cuanto es un aspecto ya reconocido por **COLPENSIONES** mediante Resolución GNR53302 del 25 de febrero de 2015 (*pág. 26 a 30, archivo “01DemandaAnexos20220222”*) reliquidada por medio de las resoluciones GNR197850 del 02 de julio de 2015 (*pág. 38 a 44, archivo “01DemandaAnexos20220222”*) y SUB28289 del 1° de abril de 2017. Con todo, se advierte que el demandante es beneficiario del régimen de transición, cuyos efectos se extendieron hasta el año 2014, por tener reunidas más de 750 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005 (Acto Legislativo 01 de 2005), y cumplió los presupuestos pensionales antes del 31 de diciembre de 2014. Igualmente, no hubo discordia respecto de la forma de obtener el promedio salarial para calcular la mesada pensional, esto es, lo cotizado en los últimos 10 años.

Reclama la parte actora se tenga en cuenta para liquidar su mesada pensional la sumatoria de los salarios que sirvieron de base para reportar las cotizaciones simultaneas entre los años 2011 a 2014.

Al efecto, se realizarán las operaciones aritméticas del caso para determinar el IBL aplicable a la situación pensional del actor, sumando los montos para aquellos periodos en los cuales se reportaron semanas simultáneas. Para ello, la Sala se remite a la historia laboral aportada por **COLPENSIONES** con fecha de expedición el 16 de agosto de 2022, (pág. 18 a 27, archivo “08ContestacionColpensiones20220824”) advirtiéndole que el actor acreditó los requisitos de la pensión de vejez a partir del 25 de marzo de 2013, cuyo disfrute se materializó desde el 1° de julio de 2014, extremos temporales definidos por el demandado, liquidación calculada así:

DESDE	HASTA	# DÍAS	IBC	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/05/2004	30/12/2004	240	\$716.000,00	79,5600	53,070000	1,50	\$1.073.392,88	\$257.614.290,56
1/01/2005	30/12/2005	360	\$763.000,00	79,5600	55,990000	1,42	\$1.084.198,61	\$390.311.498,48
1/01/2006	30/12/2006	360	\$816.000,00	79,5600	58,700000	1,36	\$1.105.978,88	\$398.152.395,23
1/01/2007	30/06/2007	180	\$867.400,00	79,5600	61,330000	1,30	\$1.125.229,81	\$202.541.365,07
1/07/2007	30/12/2007	180	\$1.301.000,00	79,5600	61,330000	1,30	\$1.687.714,98	\$303.788.697,21
1/01/2008	30/11/2008	330	\$1.846.000,00	79,5600	64,820000	1,23	\$2.265.778,46	\$747.706.892,93
1/01/2009	30/09/2009	270	\$1.988.000,00	79,5600	69,800000	1,14	\$2.265.978,22	\$611.814.120,34
1/10/2009	30/12/2009	90	\$2.683.000,00	79,5600	69,800000	1,14	\$3.058.158,74	\$275.234.286,53
1/01/2010	30/12/2010	360	\$2.781.000,00	79,5600	71,200000	1,12	\$3.107.533,15	\$1.118.711.932,58
1/01/2011	30/01/2011	30	\$3.000.000,00	79,5600	73,450000	1,08	\$3.249.557,52	\$97.486.725,66
1/02/2011	28/02/2011	30	\$4.333.000,00	79,5600	73,450000	1,08	\$4.693.444,25	\$140.803.327,43
1/03/2011	30/12/2011	300	\$5.000.000,00	79,5600	73,450000	1,08	\$5.415.929,20	\$1.624.778.761,06
1/01/2012	30/01/2012	30	\$6.200.000,00	79,5600	76,190000	1,04	\$6.474.235,46	\$194.227.063,92
1/02/2012	30/12/2012	330	\$7.000.000,00	79,5600	76,190000	1,04	\$7.309.620,69	\$2.412.174.826,09
1/01/2013	30/12/2013	360	\$7.000.000,00	79,5600	78,050000	1,02	\$7.135.426,01	\$2.568.753.363,23
1/01/2014	30/05/2014	150	\$7.000.000,00	79,5600	79,560000	1,00	\$7.000.000,00	\$1.050.000.000,00
TOTAL DIAS		3600						\$12.394.099.546,35

IBL	\$3.442.805,43
TASA DE REPLAZO	90%
VALOR PRIMERA MESADA	\$3.098.524,89

Por tanto, el valor de la primera mesada pensional es superior a la reconocida por **COLPENSIONES**, y a la calculada por el *a quo* (\$3.097.835,18) en \$690, por lo que le asiste derecho al pensionado a

obtener la reliquidación. Sin embargo, se confirmará la sentencia, 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.

- **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).

Ahora, conviene precisar 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 dijo 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.

No obstante, 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.

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. En consecuencia, se revocará en este punto la sentencia y se ordenará a la demandada que realice el pago de las diferencias causadas debidamente indexadas.

Sin embargo, se advierte que las diferencias, indexadas, 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 el ordinal primero de la sentencia de primera instancia. Además, se adicionará la providencia en el sentido de que **COLPENSIONES** puede descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud del actor, 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 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, desde el 14 de octubre de 2015, fecha en que se notificó la Resolución VPB64318 del 1° de octubre de 2015, por medio de la cual **COLPENSIONES** resolvió el recurso de apelación contra el acto administrativo que reconoció la pensión de vejez (*pág. 52 a 61, archivo “01DemandaAnexos20220222”*), el demandante contaba con tres años para instaurar la acción ordinaria, esto es, hasta el 15 de octubre de 2018. Sin embargo, la misma tan sólo fue presentada el 18 de febrero de 2022 (*pág. 2, archivo “02ActaReparto20220222”*), por lo que resultan prescritas las diferencias pensionales causadas antes del 19 de febrero de 2019, esto es, las generadas entre el 1° de julio de 2014 hasta el 30 de enero de 2019. Se advierte que el valor de la mesada reajustada para el año 2019 asciende a la suma de \$3.894.069.

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 las diferencias pensionales ocurrió el 15 de octubre de 2018, es decir, con anterioridad a la citada suspensión.

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 de vencido el término de interrupción de la prescripción no puede ser argumento para restarle eficacia al fenómeno extintivo. 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.

Bajo dicho escenario, la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES** encuentra prosperidad de manera parcial, motivo por el cual se modificará el alcance de la condena. Y sobre las demás excepciones invocadas por la demandada, las mismas no encuentran prosperidad atendiendo el resultado de la controversia.

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 a 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 los **ORDINALES PRIMERO Y SEGUNDO** 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 1° de febrero de 2019 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago y su inclusión en nómina, debidamente indexadas, teniendo como mesada para el año 2019 la suma de \$3.894.069, 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 a cargo del pensionado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el **ORDINAL TERCERO** de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de los intereses moratorios reclamados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

Salvamento de Voto Parcial



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 40-2022-00446-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 11 de octubre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** (min. 2:01:10 archivo “34ActaAudienciaArticulos7780Consulta”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 43 a 51 archivo “01Demanda”).**

JUAN CARLOS TORRES TAVERA solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 14 de junio de 1964, que estuvo afiliado al ISS desde el 24 de agosto de 1983 al 30 de abril de 1994, trasladándose al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** en el mes de mayo de 1994, donde permaneció hasta el 27 de febrero de 1996 cuando se trasladó a **PORVENIR S.A.**, fondos que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional ni de las ventajas y desventajas del traslado. Comentó, que elevó reclamación ante las demandadas con el fin de retornar al RPM, peticiones negadas.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del accionante, la afiliación al ISS y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó que no le constan los demás hechos e invocó las excepciones de ausencia de los requisitos legales para efectuar el traslado de régimen pensional, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción, buena fe y la genérica. (Pág. 1 a 9 archivo “07ContestaciónDemandaColpensiones”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se allanó a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra. Admitió los hechos relativos a la edad del demandante y la afiliación a esa AFP e indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de buena fe y la genérica (Pág. 1 a 11 archivo “08ContestaciónDemandaColfondos”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y el traslado a esa AFP e indicó que no son ciertos o no le constan los 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. 1 a 26 archivo “09ContestaciónDemandaPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:01:10 archivo “34ActaAudienciaArticulos7780Consulta”).

El 11 de octubre de 2023, el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Juan Carlos Torres Tavera, identificado con la C.C. 93.121.133, traslado realizado en abril de 1994 del régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías,

*por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto. **SEGUNDO: DECLARAR** que el demandante Juan Carlos Torres Tavera ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado en esta decisión. **TERCERO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas Colpensiones y Porvenir, conforme a lo expuesto. **CUARTO: CONDENAR** a las demandadas Colfondos S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, Juan Carlos Torres Tavera, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando estos se rediman. **QUINTO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez los Fondos de Pensiones demandados trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. En su liquidación, inclúyase la suma de medio ($\frac{1}{2}$) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante. Absolver de condena en costas a las demás demandadas. **SÉPTIMO: CONSÚLTESE** con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, en lo desfavorable a Colpensiones. (...)*”.

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar hay lugar acceder a las pretensiones de la demanda, esto es declarar o no la ineficacia del traslado que el demandante realizó del RPM administrado en su momento por el ISS, hoy **COLPENSIONES**, al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS**; si se acredita dentro del proceso que esta omitió ese deber de información como lo manifiesta el demandante y si, como consecuencia de ello, se debe declarar esa ineficacia, abordando esto desde dos aspectos, uno de ellos desde el marco normativo, a fin de establecer si para el momento en que el demandante realizó ese traslado, existía ya norma que le exigiera a las administradoras de pensiones ese deber de información o si sólo con la firma del formulario era suficiente para tener acreditada esa situación, el segundo, lo que tiene que ver con el marco jurisprudencial que sobre

la materia ha venido desarrollando la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral- como máximo órgano de cierre en la materia, a través de esta jurisprudencia analizar varios aspectos en lo que tiene que ver con el deber de información, la carga de la prueba, a quien le corresponde probar si se cumplió o no con ese deber de información, que debe contener esa información, el valor probatorio del formulario de afiliación, los actos de relacionamiento, consecuencias de este deber de información. Si prospera esta pretensión, qué consecuencias tendría frente a **COLPENSIONES**, si hay lugar a imponerle algún tipo de orden a esta, esto es, para que permita el retorno del demandante al RPM, de ser así, bajo qué condiciones se daría ese retorno al RPM. Si se acredita que le asiste razón al demandante, cuáles serían las consecuencias de la misma, frente a las AFP, que conceptos o rubros tendrían que devolver al RPM, por ejemplo si solamente hace referencia a los ahorros o dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus respectivos rendimientos, o si además debe retornar otros conceptos o valores, como por ejemplo los gastos de administración, los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes de garantía mínima de la pensión mínima, entre otros. Estudiar las excepciones propuestas por las demandadas, en especial lo que tiene que ver respecto de la excepción de prescripción.

Para resolver, indicó que en el presente caso **COLFONDOS** no logró desvirtuar la inversión de la carga de la prueba, la cual le exigía probar que si había cumplido con el deber de información, pues la única prueba aportada que lo el interrogatorio de parte, es claro que de esta no se logró la confesión del demandante en la cual hubiera reconocido de manera clara, expresa, sin ningún tipo de dubitación, que efectivamente recibió la información por parte de esa AFP cuando realizó su primer traslado, por el contrario dijo que se le brindó una información general, mas no una información veraz y oportuna sobre las diferencias entre los dos regímenes pensionales, por lo que el traslado de régimen se torna ineficaz.

III. 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 la sentencia de primera instancia, y en su lugar, absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas y de las condenas impuestas. Las demás se abstuvieron de presentar alegatos en esta instancia.

IV. 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.

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 CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, y su posterior traslado horizontal a **PORVENIR S.A.**, 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 hay controversia de que: **i)** el demandante **JUAN CARLOS TORRES TAVERA** nació el 14 de junio de 1964 (Pág. 19 archivo “01Demanda”); **ii)** el demandante cotizó al ISS desde el 24 de agosto de 1983 al 31 de agosto de 1995 (Pág. 41 a 42 archivo “01Demanda”); **iii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, efectiva a partir del 01 de mayo de 1994, luego se

trasladó horizontalmente a **PORVENIR** mediante formulario de vinculación del 27 de febrero de 1996, efectivo a partir del 01 de abril de 1996, AFP en la cual permanece vinculado (Pág. 28 a 31 archivo “09ContestacionDemandaPorvenir”); *iv)* el demandante presentó reclamación solicitudes ante **COLPENSIONES** y **PORVENIR** con el fin de retornar al RPM, peticiones negadas (Pág. 23 a 31 archivo “01Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.**

Procede la Sala a resolver 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, **COLFONDOS 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 nótese como se allanó a las

pretensiones y no aportó ningún medio probatorio tendiente a demostrar el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **PROVENIR S.A.**, que no probó el cumplimiento al deber de información al demandante en su traslado horizontal, pues solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio indicó que actualmente no devenga una pensión, ni ha solicitado su reconocimiento, que en el año 1994 se presentaron a la empresa donde laboraba asesores de **COLFONDOS**, quienes hicieron una presentación general y luego pasaron por cada puesto de trabajo realizando una invitación a afiliarse a ese fondo, indicando que tan solo se le informó que tendría una cuenta individual para sus aportes, la cual iba a ser administrada por la AFP y que tendría una pensión acorde al último salario, agregó, que para la época hubo grandes rumores de que el ISS iba a desaparecer, pero con posterioridad se dio cuenta que eso no ocurrió, atribuyendo el traslado a su inexperiencia y a la falta de conocimiento que tenía sobre el tema, situación que se repitió cuando se trasladó a **PORVENIR**, pues solo tuvo conocimiento de la posibilidad de hacer aportes voluntarios en el año 2006, por último, señaló que la motivación para retornar al RPM se relaciona al monto de su mesada pensional, el cual en el RAIS está muy debajo de sus expectativas, lo que considera injusto; manifestaciones que no benefician a las AFP 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 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 del 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 deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos

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

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.

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 el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** y

PROVENIR S.A. a trasladar 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, 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, sin lugar a descuento alguno y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliado en cada una de dichas AFP. Al momento en que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: 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.

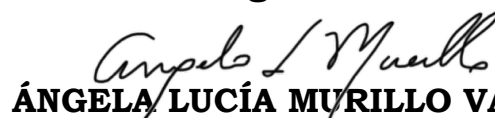
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

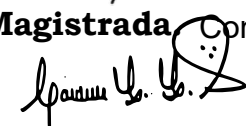
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUAN CARLOS TORRES TAVERA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 040 2022 00446 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.01-2020-00280-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por **ARK SOLUCIONES ARQUITECTÓNICAS Y DISEÑO S.A.S.** contra la sentencia del 28 de abril de 2023 proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria y costas procesales (*min. 32:41, archivo “24AudienciaArt80Juzgamiento”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JOHN FERNANDO CAÑAVERAL GARZON llamó a juicio a **ARK SOLUCIONES ARQUITECTÓNICAS Y DISEÑO S.A.S.** y a **EDGAR AUGUSTO PINILLA ROJAS** con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 27 de abril de 2018 al 18 de febrero de 2019 y, en consecuencia, que se condene a los demandados de forma solidaria al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que inició su vinculación con **EDGAR AUGUSTO PINILLA ROJAS**, obrando como representante legal de **ARK SOLUCIONES ARQUITECTÓNICAS Y DISEÑO S.A.S.**, mediante contrato a término indefinido desde el 27 de abril de 2018 hasta el 18 de febrero de 2019, desempeñando el cargo de director de proyectos; que fue afiliado a seguridad social, que presentó renuncia voluntaria, teniendo como remuneración final la suma de \$4.000.000; que durante la relación laboral no le cancelaron las prestaciones sociales causadas desde el 1° de enero del año 2019 hasta el 18 de febrero del año 2019; que tampoco cancelaron el valor correspondiente a las cesantías y vacaciones causadas desde el 27 de abril de 2018 hasta el 18 de febrero del 2019; que citó a los demandados al Ministerio del Trabajo el día 08 de abril de 2019, quienes no se presentaron y que por medio de correo electrónico solicitó reiteradas veces el pago de prestaciones sociales sin obtener respuesta (pág. 1 a 12, archivo “01Demanda” y pág. 3 a 12, archivo “05SubsanacionDemanda”).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante providencia del 23 de mayo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **ARK SOLUCIONES ARQUITECTONICAS Y DISEÑO S.A.S.** y por **EDGAR AUGUSTO PINILLA ROJAS** (archivo “15AutofijaFecha”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 32:41, enlace Archivo “24AudienciaArt80Juzgamiento”)

El 28 de abril de 2023, el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la existencia del contrato de trabajo entre el señor **JOHN FERNANDO CAÑAVERAL GARZON** identificado con la cedula de ciudadanía 74.378.605 con contrato de trabajo con la empresa **ARK SOLUCIONES ARQUITECTONICAS Y DISEÑOS S.A.S** desde el 27 de abril de 2018 hasta el 18 de febrero de 2019 desempeñando el cargo de director de proyectos y con un último salario devengado de \$4.000.000 **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **ARK SOLUCIONES ARQUITECTONICAS Y DISEÑOS S.A.S** a pagar a favor del señor **JOHN FERNANDO CAÑAVERAL GARZON** identificado con la cedula de ciudadanía 74.378.605 los siguientes conceptos así: cesantías la suma de

\$533.333, intereses a las cesantías la suma de \$8.533, prima de servicios la suma de \$533.333, vacaciones la suma de \$1.622.622, salarios la suma de \$400.000, *todo lo anterior conforme a lo dispuesto en la parte motiva de la presente decisión* **TERCERO: CONDENAR** a la demandada **ARK SOLUCIONES ARQUITECTONICAS Y DISEÑOS S.A.S** a pagar a favor también del señor demandante **JOHN FERNANDO CAÑAVERAL GARZON** identificado con la cedula de ciudadanía 74.378.605 el pago de la indemnización establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ello es, teniendo en cuenta el salario último promedio devengado por el aquí demandante, que es la suma de \$133.333 pesos, ello es indemnización moratoria por los primeros 24 meses contados desde la terminación del contrato de trabajo y una vez cumplido ello a partir del mes 25 se le deberán pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación conforme a lo certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia y hasta la fecha de la presentación de la demanda teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión **CUARTO:** Respecto a las demás pretensiones que no hayan salido avante esto a lo establecido por las facultades ultra y extra petita se absolverá a la parte demandada conforme lo indicado a la parte motiva de la presente decisión **QUINTO:** Teniendo en cuenta que se dio por no contestada la demanda no hay lugar a emitir pronunciamiento frente a las excepciones propuestas **SEXTO:** Teniendo en cuenta que la parte demandada persona jurídica resulta vencida en esta actuación judicial se procederá a condenarla en costas conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión **SÉPTIMO: Se absuelve** al demandado persona natural **EDGAR AUGUSTO PINILLA ROJAS** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **JOHN FERNANDO CAÑAVERAL GARZON** conforme a lo dispuesto en la parte motiva de la presente decisión. (...). SIC.

Como sustento de la decisión el Juez indicó que al realizar el estudio correspondiente de las pruebas documentales se evidencia que existió una relación laboral entre **ARK SOLUCIONES ARQUITECTÓNICAS Y DISEÑO S.A.S.** y el demandante, comprendida entre el 27 de abril de 2018 y el 18 de febrero de 2019, en virtud del cual desempeñó el cargo de director de proyectos.

Respecto del pago de prestaciones sociales y vacaciones señaló que las mismas se adeudan, como se desprende de lo manifestado en el interrogatorio absuelto por el representante legal de la demandada, por lo que encontró procedente la condena por dichos conceptos.

Frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo concluyó que no se demostró la buena fe de la demandada, toda vez que si bien esgrimió que la razón de la omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados era en razón del

proceso de reorganización por el cual estaba atravesando la empresa esa situación se presentó con posterioridad a la fecha de terminación laboral, razón por la cual concluyó no existe causa que justifique el retardo en el pago de las acreencias laborales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **ARK SOLUCIONES ARQUITECTONICAS Y DISEÑO** presentó recurso de apelación con el fin de que no se reconozca la indemnización moratoria. Adujo que, si bien la sociedad inició proceso de reorganización meses después de darse la renuncia del demandante, la misma se encontraba atravesando dificultades económicas que impedían que cumpliera con sus obligaciones de pago, motivo por el cual solicita se estudien las pruebas presentadas (*min. 36:13, enlace archivo "24AudienciaArt80Juzgamiento"*).

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 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de la indemnización moratoria, de conformidad con 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 el demandante **JOHN FERNANDO CAÑAVERAL GARZON** y la demandada **ARK SOLUCIONES ARQUITECTÓNICAS Y DISEÑO S.A.S.** se celebró contrato de trabajo a término indefinido entre el desde el 27 de abril de 2018 al 18 de febrero de 2019, periodo en el cual el trabajador desempeñó el cargo de director de proyectos, con un salario de \$4.000.000 (*pág. 22 y 23, archivo “01Demanda” aspecto que fue declarado en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de recurso*); **ii)** la finalización del vínculo laboral se dio por renuncia voluntaria del trabajador (*pág. 21, archivo “01Demanda”*), **iii)** culminado el contrato de trabajo no le fueron canceladas al demandante las prestaciones sociales comprendidas entre el 01 de enero de 2019 y el 18 de febrero de 2019, las vacaciones causadas durante toda la relación laboral y el salario correspondiente a 3 días (*fue declarado en la sentencia de primera instancia y no se presentó recurso sobre este aspecto*); **iv)** **ARK SOLUCIONES ARQUITECTÓNICAS Y DISEÑO S.A.S.** fue admitida a proceso de reorganización por parte de la Superintendencia de Sociedades mediante auto del 29 de mayo de 2020 (*pág. 99 a 105, archivo “12ContestacionDemanda”*).

- 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 ha señalado 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.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizados los medios persuasivos aportados al expediente, la Sala confirmará esta condena pues si bien el empleador adujo que no podía cumplir con dicha obligación debido a que se encontraba en un proceso de reorganización, dicha actuación tuvo inicio el día 29 de mayo de 2020, es decir quince meses después de la fecha de finalización de contrato, razón por la cual no es válido aducir que se actuó de buena fe, al contrario, al no acreditarse el pago de acreencias laborales, se deduce que hubo mala fe al no reconocer y pagar oportunamente los salarios y prestaciones sociales a favor del trabajador.

Ahora, respecto de la situación económica de la compañía, invocada por la parte demandada para soportar la demora en el reconocimiento de acreencias laborales, es importante resaltar que en este caso no se trata de la suspensión del contrato de trabajo, que es la única posibilidad que otorga el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo para que el empresario se sustraiga de la obligación del pago de salarios. Con todo, se advierte que deben acreditarse las circunstancias en que se dio la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito pues la prueba no se restringe a la simple ocurrencia de un suceso con tal calificativo (CSJ SL3478-2017).

Sobre este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL11919-2017, reiteró que la jurisprudencia ha sido clara en definir el caso fortuito o la fuerza mayor como un hecho imprevisible e irresistible, el imprevisto a que no es posible resistir. Dice la Corte, además, que para poder emplear la fuerza mayor o el caso fortuito como eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, el hecho que se invoca con tal calidad no puede derivarse de modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante con el hecho.

En dicha providencia la Corte explicó que los actos del empleador y las repercusiones económicas de los mismos no pueden calificarse como

configurativas de fuerza mayor o caso fortuito, para efectos de justificar la mora o sustraerse en el pago de los salarios y prestaciones sociales, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas.

Y aunque el caso estudiado en dicha sentencia refiere a la suspensión del contrato, las enseñanzas de la Corte resultan plenamente aplicables a este asunto puesto que el empleador adujo una circunstancia económica para no pagar de forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales, aspecto que en este caso no son de recibo para la Sala en virtud de las enseñanzas del artículo 28 de la norma sustantiva laboral, lo que descarta los argumentos expuestos por la apoderada de la demandada.

Se advierte que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que si bien el sometimiento de la empresa al proceso de reorganización es un aspecto a tener en cuenta para efectos de establecer la buena fe y poner límites a la condena por este concepto, no basta, dice la Corte, con que se pruebe que se acogió a tal mecanismo, sino que se debe revisar la fecha en que inicia el proceso de reorganización, además de acreditar, por parte del empleador, que cumplió a cabalidad con las cargas establecidas en dicho proceso (CSJ SL rad. 37288-2012, SL16280-2014, SL10551-2015, SL16884-2016, SL2448-2017, SL2809-2019, entre otras), aspecto que no fue planteado en la alzada, por lo que la Sala se releva de analizar esta situación.

Como consecuencia de esta determinación, la parte actora tiene derecho al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que no se cancelaron salarios y prestaciones sociales oportunamente y la demanda se presentó en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo (*archivo "03ActaDeReparto"*), por lo que se confirmará la sentencia recurrida.

Al no cuestionarse los demás montos reconocidos y liquidados por el *a quo*, la Sala se releva de su revisión en aplicación del principio de consonancia.

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 la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 03-2022-00253-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra el fallo del 14 septiembre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** (min. 1:19:43 *archivo "10ActaSentenciaPrimeraInstancia20230914"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 3 a 25 **archivo "01ActadeReparto11135DemandaAnexos"**).

LUZ JANETH CORTÉS MALAVER solicitó declarar nula o ineficaz su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 27 de febrero de 1963, que se afilió al ISS desde 27 de octubre de 1987 hasta el 15 de marzo de 2000, cotizando un total de 652,86 semanas en el RPM, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el 15 de marzo de 2000, afiliación que se llevó de manera sesgada, puesto que nunca fue asesorada por la AFP, quien no suministró información clara y completa de las características, requisitos y beneficios de cada régimen pensional

y que iba en contra de sus intereses pensionales. Por último, indicó que elevó solicitud ante las demandadas para retornar al RPM, peticiones que fueron negadas.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, la afiliación al RPM, el traslado al RAIS y la presentación de la reclamación administrativa, la cual fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (Pág. 2 a 19 archivo “04ColpensionesContestacion20220914”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Admitió que sus asesores no efectuaron el estudio de la pensión de la demandante antes del cumplimiento de los 47 años de edad y que es claro que las AFP tiene el deber de suministrar a sus afiliados una información completa y comprensible. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Invocó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y excepción genérica. (Pág. 2 a 31 archivos “05ContestaciónPorvenir20220914”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (mín. 1:19:43 archivo “10ActaSentenciaPrimeraInstancia20230914”).

El 14 de septiembre de 2023, el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…)PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante LUZ JANETH CORTÉS MALAVER del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el 15 de marzo de 2000, y los traslados posteriores que se dieron como consecuencia de la operación comercial de cesión por fusión, es decir, el

29 de septiembre de 2000, y el 1º de enero de 2014, de COLPATRIA a HORIZONTE S. A., y de HORIZONTE S. A. a PORVENIR S. A., todo conforme la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el caso que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. De igual manera deberá trasladar todos los descuentos que se le realizaron a la Demandante durante el tiempo de permanencia, por concepto 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: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S.A, para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas. **CUARTO: DECLARAR** NO PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por ambas demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva. **SEXTO: CONDENAR EN COSTAS**, incluidas las agencias en derecho a las DEMANDADAS COLPENSIONES y PORVENIR, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL (\$1.800.000) PESOS MCTE a cargo de cada una. **SEPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS (...)."

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si en el momento del traslado de un régimen a otro de la aquí demandante acaecido el 15 de marzo del año 2000, cuando se trasladó del RPM al RAIS, administrado el primero por el ISS y el segundo por **PORVENIR**, se presenta una ineficacia como consecuencia de la falta de información, completa, veraz, oportuna y transparente a cerca de los dos regímenes pensionales.

Para resolver, el Juez indicó que en el presenta caso **PORVENIR S.A.** no demostró que al momento del traslado de un régimen a otro realizado el 15 de marzo de 2002, hubiera brindado una información objetiva, comparada y transparente a cerca de las características y las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz, así como de todos los traslados posteriores.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, considerando que a la demandante no le asiste derecho a reintegrarse al RPM, teniendo en cuenta que de acuerdo al probado dentro del proceso y del interrogatorio de la parte actora mismo, no se evidencia la ausencia del deber de información al momento del traslado y afiliación con **PORVENIR**, además que su permanencia en el RAIS ha ratificado su intención de mantener ese régimen. (min. 1:18:09. archivo “10ActaSentenciaPrimeraInstancia20230914”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S. apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Luis Alejandro Tapias Quintero, identificado con CC 1.015.436.556 y TP 287.154 del CSJ, a quien se reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo.

Por su parte, el apoderado de la **DEMANDANTE**, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia

Finalmente, el apoderado de **PORVENIR S.A** pidió la revocatoria de 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 el recurso de

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLPATRIA hoy **PORVENIR 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 JANETH CORTÉS MALAVER** nació el 27 de febrero de 1963 (Pág. 29 archivo “01ActadeReparto11135DemandaAnexos”); *ii)* la demandante cotizó al ISS desde el 27 de octubre de 1987 al 15 de marzo del 2000 (Pág. 41 a 42 archivo “04ColpensionesContestacion20220914”); *iii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 0288178 del 15 de marzo de 2000, efectivo a partir del 01 de mayo de 2000, luego se trasladó horizontalmente a HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 29 de septiembre de 2000 en virtud a la cesión entre estas dos e igualmente, el 01 de enero de 2014 pasó por cesión por fusión a **PORVENIR**, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 78 a 81 archivo “05ContestacionPorvenir20220915”); *iv)* la demandante elevó solicitud a **PORVENIR S.A.**, petición que fue negada (Pág. 58 a 65 archivo “01ActadeReparto11135DemandaAnexos”); *v)* la demandante presentó reclamación administrativa a **COLPENSIONES**, petición que no fue contestada (pág. 72 a 73 archivo “01ActadeReparto11135DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**. 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

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la 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 o con posterioridad.

De otra parte, en su interrogatorio de partes el representante legal de la demandada **PORVENIR** señaló que no le consta la información que le fue brindada a la parte actora al momento del traslado, ni tampoco existe documental que soporte la información que se brindó al momento

de la afiliación, ya que para el momento de la afiliación no era obligatorio o necesario realizar una proyección pensional.

A su turno, la demandante manifestó que asistió a una reunión colectiva con un asesor de COLPATRIA, la cual tuvo una duración de 20 a 30 minutos, en donde se le dijo que el ISS iba a desaparecer y que lo mejor era que se trasladara al RAIS, al sin recibir información sobre los requisitos y características del fondo, que solo entendió que para pensionarse debía realizar aportes y que su pensión podría ser otorgada a sus beneficiarios, asimismo, dice que no recibió información alguna sobre la fusión que haría COLPATRIA con **PORVENIR**, así como tampoco que sobre las prohibiciones que tendría respecto al querer trasladarse, negó conocer los cobros realizados por la administración de los aportes y de los de seguros en caso de invalidez o muerte, indicó que su motivación para regresar al RPM obedece al poder obtener una mejor mesada pensional y así acceder a una mejor calidad de vida para ella y su familia; manifestaciones que no benefician a **PORVENIR S.A.** 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 la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

Asimismo, la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar

al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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.

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 el **ORDINAL 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, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de

invalidéz y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, sin lugar a descuento alguno y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada. 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.

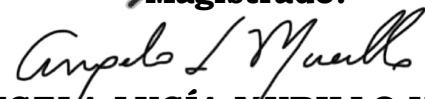
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ JANET CORTÉS MALAVER

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2022 00253 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.03-2022-00227-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 20 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **SIMON RICARDO GARCIA BERNAL** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenó a las AFP **PORVENIR** y **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, y a **COLPENSIONES** a aceptar dichos valores y a actualizar la historia laboral (*min. 01:50:28, archivo “14VideoSentenciaPrimeraInstancia20230920”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

SIMON RICARDO GARCIA BERNAL llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, realizado a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** y, en consecuencia, ordenar a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, a **COLPENSIONES** a recibirlo como su afiliado sin solución de continuidad, junto con las condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 10 de diciembre de 1961, realizó cotizaciones en el ISS desde el 14 de enero de 1991 hasta el 28 de febrero de 2001, fue trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante formulario diligenciado el 23 de febrero de 2001 con Pensiones y Cesantías Santander, sin que dicho fondo le suministrara una asesoría profesional completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera comprender las características, condiciones, variables y riesgos del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que posteriormente, se trasladó a **PORVENIR** el 19 de septiembre de 2003, a **PROTECCIÓN** el 29 de junio de 2007 y a **PORVENIR** el 25 de abril de 2008, sin que ninguna AFP le informara sobre las consecuencias y la prohibición del traslado cumplidos los 52 años de edad; finalmente, que el 1° de abril de 2022 le solicitó a **COLPENSIONES** tenerlo como su afiliado, petición que fue negada en la misma fecha (*pág. 5 a 20, archivo “01ActadeReparto9787DemandaAnexos”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante y su afiliación al Instituto de Seguros Sociales, el traslado de régimen pensional, la reclamación administrativa y su respuesta, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *validez de la afiliación al RAIS*; saneamiento de una presunta nulidad; solicitud de traslado de dineros de gastos de administración; prescripción; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; buena fe; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (pág. 2 a 18, archivo “05ContestaciónColpensiones20221102”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, el traslado de régimen pensional y la afiliación a ese fondo de pensiones. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos 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; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y porque afecta derechos de terceros de buena fe; traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones y la innominada o genérica (pág. 3 a 24, archivo “08ContestacionDemandaProteccion20221110”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación a esa AFP y el no reconocimiento pensional 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 29, archivo “09ContestaciónDemandaPorvenir20221110”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:50:28, archivo “14VideoSentenciaPrimeraInstancia...”)

El 20 de septiembre de 2023, el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor SIMON RICARDO GARCIA BERNAL del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, traslado realizado el 23 de febrero de 2001, así como los traslados horizontales que con posterioridad se dieron entre Administradoras de Fondos de Pensiones, todo conforme la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del aquí demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, en caso que ya 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 por concepto de gastos de administración, el valor de las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos. **TERCERO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que descontó durante el tiempo de permanencia en ese Fondo al demandante, por concepto 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, todo conforme la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a que acepte y reciba los dineros provenientes de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., para que proceda a activar la afiliación del actor SIMÓN RICARDO GARCIA BERNAL, como si nunca se hubiese traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y así mismo le actualice su historia laboral en semanas cotizadas. **QUINTO: DECLARAR** no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por las demandadas. De igual manera, se declara no probada la excepción propuesta por COLPENSIONES que denominó imposibilidad jurídica para reconocer y

*pagar derechos por fuera del ordenamiento legal por cuanto se viola el principio de sostenibilidad financiera del sistema, todo conforme la parte motiva de esta providencia. **SEXTO: CONDENAR** en COSTAS junto con las agencias en derecho, a las demandadas las cuales se tasan en la suma de \$1.800.000 para cada una de ellas. **SÉPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandada COLPENSIONES, consúltese con el superior en los términos del artículo 69 del Código del Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.” Sic.*

Como sustento de la decisión el Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los fondos de pensiones tienen a su cargo el deber de información y buen consejo, y en este caso de las pruebas aportadas y del interrogatorio rendido por el accionante no se puede inferir que las AFP hayan brindado información objetiva, comparada y transparente al momento de realizar el traslado de régimen pensional, razón por la cual concluyó que este es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Adujo que no le asiste derecho al demandante de reintegrarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida conforme con lo recaudado en el debate probatorio y por lo manifestado en el interrogatorio; solicitó tener en cuenta que, por el tiempo transcurrido de afiliación en el RAIS, el actor ha manifestado su intención de permanecer bajo la cobertura de dicho sistema con todo lo que ello implica (*min. 01:54:44, archivo “14VideoSentenciaPrimeraInst...”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la doctora Sharik Alejandra Mateus Diaz, identificada con C.C. No. 1.010.240.279 y T.P. 403.554 del CSJ, allegó documental que la acredita como abogada inscrita en la firma 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 como apoderada de dicho fondo de pensiones, y en el escrito de alegatos, pese a no presentarse recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitó su revocatoria.

Si bien se allegó alegaciones por parte de **COLPENSIONES**, quien suscribe la misma no acreditó la calidad para actuar en nombre y representación de dicha entidad.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos **i) SIMON RICARDO GARCIA BERNAL** nació el 10 de diciembre de 1961 (pág. 109, *archivo “01ActadeReparto9787DemandaAnexos”*) y se afilió al ISS a partir del 14 de enero de 1991 (pág. 110, *archivo “01ActadeReparto9787DemandaAnexos”*); **ii)** se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante formulario de afiliación con AFP SANTANDER - ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 23 de febrero de 2001, con efectividad del 1° de abril siguiente (pág. 33 y 33, *archivo “08ContestacionDemandaProteccion20221110”*); **iii)** posteriormente realizó traslados horizontales inicialmente a **PORVENIR** el 19 de septiembre de 2003, luego a ING hoy **PROTECCIÓN** el 21 de febrero de 2007 y de nuevo a **PORVENIR** el 25 de abril de 2008 donde permanece actualmente (pág. 63 y 73, *archivo “09ContestaciónDemandaPorvenir20221110”*).

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

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del demandante del RPM al RAIS, SANTANDER 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 pues la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los representantes de la AFP le dijeron que el ISS se iba a acabar y que al pasarse al fondo privado iba a tener más beneficios, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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 fondos administradores del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al Régimen de Prima Media 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 aportes pensionales, 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, 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 y debidamente indexados los gastos de administración, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no dispuso la indexación de los referidos conceptos, se modificará la parte resolutive de la sentencia.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los valores antes referidos y a actualizar la historia laboral del demandante, 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 esta parte de la sentencia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, advirtiendo que en este caso esa compensación económica no fue objeto de fijación del litigio, como lo reclamó en la alzada la apoderada del fondo público.

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. Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión,

en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, 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 afiliado en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN 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 el **DEMANDANTE** estuvo afiliado en SANTANDER, ING y en dicha sociedad, de ser el caso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PROTECCIÓN** 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 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 la sentencia de primera instancia en lo demás.

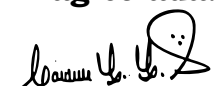
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: SIMON RICARDO GARCIA BERNAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2022 00227 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 04-2019-00753-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **DEMANDADA** contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia de un contrato de trabajo, condenó a **SALUD MÉDICA PLUS IPS S.A.S.** al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, diferencias en aportes en pensión y costas procesales (min. 29:55 archivo “13GrabacionDeLaReunion”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 7 archivo “01ProcesoFisicoDigitalizado”)**

SILENE PALENCIA MOLA llamó a juicio **SALUD MÉDICA PLUS IPS S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de agosto de 2017 al 03 de marzo de 2019 y, en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por el no pago de las cesantías del artículo 99 de la ley 50 de 1990, indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías de la ley 52 de 1975, aportes al sistema de seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria del artículo 65 CST, indemnización por despido en estado de embarazo, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que ingresó a trabajar al servicio de **SALUD MÉDICA PLUS IPS S.A.S.** desde el 19 de agosto de 2017, mediante contrato de prestación de servicios, para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería, recibiendo un salario variable que oscilaba entre \$1.000.000 y \$1.800.000, pagado como honorarios mensuales por turnos prestados, que tenía un jefe inmediato quien impartía las órdenes, con un horario entre 12 y 24 horas diarias, sin días de descanso, que su vinculación finalizó el 03 de marzo de 2019 como consecuencia de un evento adverso, terminación que ocurrió cuando se encontraba en estado de embarazo. Aseguró haber presentado derecho de petición, no haber recibido durante su vinculación el pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social e indemnización por no consignación de las cesantías.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 66 a 92 archivo “01ProcesoFisicoDigitalizado”)**

SALUD MÉDICA PLUS IPS S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la existencia de un contrato de prestación de servicios entre las partes, el pago de honorarios, que su vinculación finalizó el 03 de marzo de 2019 y la radicación del derecho de petición. Expresó no constarle los hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la relación laboral entre las partes, cobro de lo no debido, improcedencia del pago y reconocimiento de acreencias laborales y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 29:55 archivo “13GrabacionDeLaReunion”)

El 24 de marzo de 2023, el Juzgado (04) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*(...) PRIMERO: DECLARAR que entre **SILENE PALENCIA MOLA** y la **IPS SALUD MÉDICAL PLUS S.A.S.**, existió un contrato de trabajo por tiempo indefinido desde el 19 de agosto de 2017 hasta el 3 de marzo de 2019, en el cargo de auxiliar de enfermería.*

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar las siguientes sumas:

- \$1.754.709 pesos por cesantías.
- \$154.843 pesos por concepto de intereses a las cesantías.

- \$154.843 pesos por concepto de sanción por no pago de intereses a las cesantías.
- \$1.754.709 pesos por concepto de prima de servicios.
- \$877.354 pesos por concepto de compensación de vacaciones.
- \$29.412.896 pesos por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.
- \$15.539.864 pesos por concepto de indemnización por no consignación de cesantías artículo 99 ley 50 de 1990.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar la diferencia entre lo consignado al Fondo de Pensiones de la demandante y lo que realmente debió consignar conforme con el salario realmente devengado, que para el año 2017 era de \$1.570.932 pesos, para el año 2018 \$1.086.435,92 pesos y para el año 2019, \$1.225.537 pesos.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada **IPS SALUD MÉDICAL PLUS S.A.S.** Fíjense como agencias en derecho la suma de 2 Salarios Mínimos legales Mensuales Vigentes (...).”

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si entre las partes existió un contrato realidad por tiempo indefinido entre el 19 de agosto de 2017 y el 07 de marzo de 2019, y en caso afirmativo, si hubo despido sin justa causa y si hay lugar a condenar a la demandada al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria del artículo 65 CST, sanción por no consignación de las cesantías conforme el art 99 de la Ley 50 de 1990 y el pago de aportes a la seguridad social.

Para resolver, el Juez indicó que para que exista un contrato de trabajo debe configurarse la actividad personal del trabajador, la continua subordinación y dependencia del mismo respecto del empleador y un salario como retribución del servicio, con estos elementos surge la relación laboral independientemente del nombre que se le haya asignado, en virtud del principio de la primacía de la realidad, que asimismo, la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que basta con solo probar la prestación personal del servicio para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo con los medios probatorios a su alcance, lo que implica un traslado de la carga de la prueba al empleador para desvirtuar dicha presunción. De acuerdo con lo anterior, señaló que con los medios probatorios aportados por la demandada no se logró desvirtuar ningún elemento del contrato de trabajo, en tanto no se

demostró la autonomía del trabajador en la ejecución del contrato por virtud del cual prestaba sus servicios, procediendo a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandado y la demandante, por el cual se causan las prestaciones sociales, vacaciones y demás derechos derivados de la relación laboral.

Señaló, que no hay discusión frente a los extremos temporales, en tanto el contrato comenzó el 19 de agosto de 2017 y terminó el 03 de marzo de 2019, día de la ocurrencia del incidente a cargo de la demandante, que tampoco hay duda de que la demandante recibía un salario variable mensual, por lo que tuvo como ingreso base de las condenas a imponer por concepto de prestaciones sociales, compensación de vacaciones, sanción por el no pago oportuno de intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías y diferencias en aportes en pensiones, el promedio de lo devengado en cada año laboral, así: para el año 2017 la suma de \$1.570.932, para el año 2018 la suma de \$1.086.435 y para el año 2019 la suma de \$1.225.537, recalcando que no hay lugar al estudio de la excepción de prescripción en razón a que la demandada no la formuló.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 32:39 archivo “13GrabacionDeLaReunion”)

El apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que dentro del proceso se probó que no existió una relación laboral entre su representada y la demandante, toda vez que el contrato era de carácter civil y comercial a través de la prestación de un servicio de manera intermitente, lo que se demostró con el pago de honorarios, pues mensualmente no era el mismo valor, basado en que la contratista prestaba un servicio por días, por un valor fijado previamente por las partes, sin que se cumplan los requisitos de un contrato de trabajo, como lo es la subordinación, habida cuenta que la contratista gozaba de una independencia al momento de desarrollar su trabajo y ningún funcionario ni miembro de la demandada realizaba la supervisión de su trabajo. Por otro lado, dijo que el Juez hizo relación a una certificación laboral, no obstante, en ningún momento se certificó la existencia de un

contrato de trabajo, por lo que considera que no se hizo un análisis profundo de la prueba, además, que desconoce el contrato que se adjuntó en la demanda, toda vez que la demandada no lo posee, sin embargo, en el aportado se ve claramente que es un contrato de prestación de servicios. Indicó, que el *a quo* no surtió de manera adecuada la analogía del proceso, toda vez que la demandante participó como testigo en otro proceso en el cual se demandó por hechos similares y en el cual se absolvió a la demandada. Para finalizar, manifestó que hay una buena fe de la demandada, en razón a que garantizó que los pagos a seguridad social se realizaran a través de la planilla tipo Y.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. La parte **DEMANDADA** se abstuvo de presentar alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si entre las partes existió una verdadera relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas entre el 19 de agosto de 2017 al 03 de marzo de 2019, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En la sentencia de primera instancia, el Juez *a quo* declaró la existencia de un contrato de trabajo, condenó a **SALUD MÉDICA PLUS IPS S.A.S.** al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, diferencias en aportes en pensión y costas procesales. Contra la anterior

decisión la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación, esencialmente sustentado en que la prestación del servicio por parte de la demandante fue intermitente, independiente, insubordinada y sin ningún tipo de supervisión.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo 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.

La misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar

informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

Y finalmente, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que para configurar la existencia de un contrato de trabajo no es indispensable la demostración plena de los tres elementos denominados esenciales en el referido artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues bastaría la demostración efectiva de la prestación del servicio para que el contrato de trabajo se presuma. Situación diferente es que para impartir condena en concreto las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden, tales como los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral y el tiempo suplementario si se alega, y demás hechos que se enarbolan como causa de las pretensiones demandadas (SL Rad.42167 y SL3126 de 2021).

• **CASO CONCRETO.**

En el presente asunto, el distanciamiento entre las partes esencialmente radica en la existencia 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 19 de agosto de 2017 fue contratada por la sociedad demandada para desempeñar el cargo de Auxiliar de enfermería, ejerciendo sus funciones de manera personal, atendiendo las indicaciones del empleador y en cumplimiento de una jornada laboral, igualmente, que devengó una remuneración variable mensual que oscilaba entre \$1.000.000 a \$1.800.000; mientras que la accionada se opone al afirmar que existió una relación de tipo civil regida bajo un contrato de prestación de servicios para el acompañamiento a pacientes de alto riesgo, indicando que la labor se dio de manera independiente, sin subordinación y que dependía exclusivamente de la necesidad del servicio.

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 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 se encuentra: estados de cuenta del Banco AV Villas de los años 2017 a 2019 (Pág. 13 a 24 "*01ProcesoFisicoDigitalizado*"); certificados de aportes al sistema de seguridad social de la demandante (Pág. 98 a 101 "*01ProcesoFisicoDigitalizado*"); Resolución No. 9314 del 20 de agosto de 201 expedida por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, por cuya virtud se autorizó a la accionante para desempeñarse como auxiliar de enfermería (Pág. 102 "*01ProcesoFisicoDigitalizado*"); solicitud de informe sobre indicio de atención insegura suscrita por la señora MARÍA VICTORIA ALARCÓN APONTE, coordinadora de enfermería, el 04 de marzo de 2019 (Pág. 108 "*01ProcesoFisicoDigitalizado*"); certificación expedida por la demandada el día 12 de febrero de 2020, en la cual consta la prestación de servicios de enfermería con contrato comercial por parte de la señora **SILENE PALENCIA MOLA** (Pág. 114 "*01ProcesoFisicoDigitalizado*") y; certificados de retención en la fuente ICA de los años 2017 y 2018 (Pág. 116 "*01ProcesoFisicoDigitalizado*").

En el curso del debate probatorio, se escuchó en interrogatorio a la representante legal de **SALUD MÉDICA PLUS IPS S.A.S.**, quien en lo pertinente señaló que la demandante trabajó para esa empresa como auxiliar de enfermería por medio de un contrato de prestación de servicios el cual tenía como objeto el acompañamiento a pacientes, que **SALUD MÉDICAL PLUS IPS S.A.S.** asignaba los pacientes a la demandante, que el servicio prestado era esporádico de acuerdo a la disponibilidad del auxiliar, que por el servicio prestado se pagaba \$70.000, pagadero por cuenta de cobro mediante transferencia bancaria, que los auxiliares no reciben órdenes, pues tan solo se les daban las recomendaciones que dependían de las indicaciones del médico tratante, que nunca se le llamó la atención a la demandante, que alguna vez un cliente exigió a la empresa una ratificación de un evento adverso que ocurrió con un paciente a cargo de la demandante, que los aportes al sistema de seguridad social se cancelaban con el dinero de la

demandante como independiente, que la jefe de servicios, señora RUTH HERNÁNDEZ, era la persona encargada de enviar los datos a la demandante sobre las indicaciones del lugar donde debía ir y la hora en la que debía llegar para el acompañamiento de pacientes, que los servicios prestados por la demandante eran personales y que el contrato con la demandante se pactó verbalmente (min. 5:37 archivo “17GrabacionParte2Audiencia20230131” y min. 1:25 archivo “18GrabacionParte3Audiencia20230131”).

A su turno, la demandante rindió interrogatorio de parte, en el cual manifestó que ingresó a **MEDICAL PLUS** el 19 de agosto de 2017 hasta la primera semana de marzo de 2019, contratada como auxiliar de enfermería acompañante, prestando sus servicios de domingo a domingo, que había dos turnos, el diurno de 7am a 7pm y el nocturno de 7pm a 7am, que recibía ordenes de la jefe RUTH HERNÁNDEZ quien le asignaba los pacientes semanalmente, que por turno le pagaban \$70.000, haciendo de 28 a 30 turnos mensuales, que la empresa le pagaba el sueldo mediante consignación bancaria y del cual descontaban los aportes a la seguridad social y que generalmente prestaba sus servicios en la Clínica Monserrat (min. 14:04 archivo “18GrabacionParte3Audiencia20230131”).

De la misma manera, se recepcionó el testimonio de MARTHA CECILIA LEÓN HEREDIA, compañera de trabajo de la demandante en la Clínica Monserrat a favor de **SALUD MEDICAL PLUS IPS S.A.S.**, quien indicó que la demandante prestó sus servicios a partir del día 19 de agosto del 2017, lo que le consta porque hacían reunión cuando entraban las compañeras de trabajo, sabe que la demandante prestó sus servicios hasta el 03 de marzo del 2019 porque fue el mismo día que le notificaron también a ella su retiro de la empresa, que la demandante prestaba el servicio de enfermería personalizada, le pagaban por un turno de 12 horas la suma de \$70.000 pesos, porque eso le pagaban a todas las enfermeras, que la demandante hacía entre 28 y 30 turnos, cumplían horarios de 7am a 7pm y de 7pm a 7am, trabajaban de domingo a domingo, la demandante recibía ordenes de la señora RUTH, que era la jefe inmediata de las enfermeras, que la empresa les pagaba un sueldo fijo y de ahí les descontaban la seguridad social y que no le dieron

ninguna herramienta de trabajo pero que les exigían usar uniforme, el cual debían comprar por sí mismas (min. 42:40 archivo “18GrabacionParte3Audiencia20230131”).

La testigo RUTH ELIZABETH HERNÁNDEZ AYALA, dijo conocer a la demandante porque trabajó con ella en **SALUD MEDICAL PLUS IPS S.A.S.**, vinculada por un contrato de prestación de servicios con la función de cuidar pacientes, no recuerda la fecha de inicio, pero si la de finalización del vínculo que fue en marzo del 2019 cuando se presentó el acto inseguro, que las auxiliares prestaban el servicio de acuerdo con la disponibilidad que tuvieran, la cual era informada semanalmente por *Whatsapp*, lo que se tenía en cuenta para la asignación de pacientes, que cada acompañamiento era pagado a \$70.000 pesos, los cuales se cancelaban previa la presentación de una cuenta de cobro y la verificación de los turnos, indicando que para la época ella era quien se encargaba de tal verificación, así como de la asignación de pacientes, que las auxiliares no tienen horario por cuanto los turnos son variables de acuerdo a la necesidad del cliente, no se suministraban herramientas de trabajo porque eran servicios de mero acompañamiento, que no les pedían uniforme a las auxiliares, siendo su propia decisión comprarlo y portarlo. Igualmente, informó que ella tiene un contrato laboral, que la demandada es una empresa que gestiona el proceso de apoyo complementario para los pacientes solo de acompañamiento de muy baja complejidad, que las auxiliares hacen la afiliación y el pago de aportes a seguridad social y la empresa solo lo vigila a través de la planilla Y para asegurarle al cliente que las auxiliares tengan seguridad social y que a estos no se les hace llamados de atención (min. 1:07:45 archivo “18GrabacionParte3Audiencia20230131” y min. 0:15 archivo “19GrabacionParte4Audiencia20230131”).

Por último, el deponente JEISON QUINCENO BAUTISTA, quien dijo conocer a la demandante porque entró a trabajar con **SALUD MEDICAL PLUS** desde el año 2016 para el acompañamiento de pacientes, que el servicio se presta en diferentes lugares generalmente en clínicas, que la Coordinadora de enfermeras, señora RUTH, asigna los servicios de acuerdo a la disponibilidad y también hace el proceso de pago de los honorarios, que para el año 2019 le pagaban la suma \$70.000 por cada

turno, que con su salario paga los aportes a seguridad social, que su contrato fue pactado verbalmente, que la empresa explica de manera clara las condiciones del contrato de prestación de servicios, que el horario depende de la disponibilidad y del acompañamiento asignado, que no le entregan herramientas de trabajo y él no recibe ordenes de nadie (min. 3:30 archivo “19GrabacionParte4Audiencia20230131”).

Así las cosas, una vez estudiados los medios probatorios, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte de la actora en favor de la demandada **SALUD MÉDICA PLUS IPS S.A.S.**, pues es claro que la señora **SILENE PALENCIA MOLA** prestó servicios profesionales como Auxiliar de enfermería para el acompañamiento de los pacientes asignados por los clientes de **SALUD MÉDICA PLUS IPS S.A.S.**, quedando entonces probada la presunción de que trata 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 **SILENE PALENCIA MOLA** en favor de **SALUD MÉDICA PLUS IPS S.A.S.**, a juicio de la Sala, la demandada no desvirtuó la presunción del artículo 24 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, de las documentales aportadas y de lo manifestado por los declarantes, se logra colegir que entre las partes existió una prestación personal del servicio donde la señora **SILENE PALENCIA** realizaba las labores propias de una enfermera auxiliar, realizando actividades de cuidado y acompañamiento de los pacientes de

SALUD MEDICAL PLUS, las cuales ejecutó en diferentes clínicas, generalmente en la Clínica Monserrat.

Igualmente, se acreditó que la prestación del servicio era de forma personal y dependiente, recibiendo órdenes de la pasiva, en específico provenientes de la Jefe / Coordinadora, señora RUTH ELIZABETH HERNÁNDEZ AYALA, trabajadora de **SALUD MEDICAL PLUS**, quien tal como quedó demostrado, se encargaba de asignar los pacientes, determinando así el día y la hora en que la demandante prestaba sus servicios, así como de verificar los turnos cumplidos por la demandante y autorizar su pago.

A la par, quedó claro que la demandante recibía instrucciones a cerca de la actividad de acompañamiento a pacientes que debía realizar, sin que le fuera posible delegar sus funciones en cabeza de un tercero.

Aunado, con la información suministrada por los deponentes se corroboró que la actora cumplía un horario de trabajo, que lo era por turnos de 12 horas, diurnos de 7am a 7pm y nocturnos de 7pm a 7am, los cuales eran retribuidos con el pago de la suma de \$70.000 por turno laborado.

Actuaciones las expuestas, que en definitiva confirman que entre la señora **SILENE PALENCIA MOLA** y **SALUD MEDICAL PLUS IPS** existió un verdadero contrato de trabajo y no una relación netamente civil y/o comercial, como lo pretendía hacer ver el apelante.

Ahora, quiso dejar ver la demandada que la prestación del servicio que aquí se discute no fue prestada de manera continua, alegando que la actividad fue intermitente y/o esporádica, dado que los turnos dependían de la necesidad del servicio por parte de sus clientes; 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 la demandada no logró desvirtuar de forma decisiva la presunción de existencia de contrato de trabajo, motivo por el cual se confirma la sentencia de primera instancia, en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas.

Agotada como está la competencia de segunda instancia por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por el abogado del extremo pasivo, se confirmará la decisión objeto de apelación que llegó a la misma conclusión.

Sin costas.

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

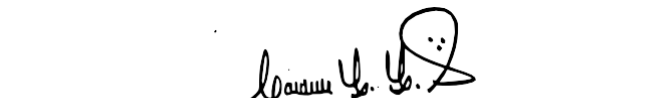
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.05-2015-00100-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, contra la sentencia del 10 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la demandada al pago de \$34.650.721 debidamente indexados, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y absolvió a la demandada de las demás pretensiones y a la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** de todas y cada una de ellas (*min. 01:00:48, enlace archivo “013. Audiencia Art. 80 (fallo)”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

SALUD TOTAL EPS-S S.A. llamó a juicio a la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUPREVISORA S.A. Y FIDUCOLDEX S.A.** como integrantes del Consorcio SAYP 2011, **ASESORIA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - ASD S.A., SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A.S. – SERVIS S.A.S., CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS**

S.A. como integrantes de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, y la DIRECCIÓN DE REGULACION DE BENEFICIOS, COSTOS, TARIFAS DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD, con el fin de se condene a los demandados de forma solidaria al pago de \$356.110.159, correspondientes a los valores pagados por la EPS y no reconocidos por el FOSYGA por concepto de auxilios monetarios por incapacidades que se otorgaron dando cumplimiento a fallos de tutela, junto con intereses moratorios, perjuicios materiales, indexación, \$35.611.015 por concepto de gastos de administración, facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que negó en primera instancia las incapacidades por enfermedad general por no cumplir con los requisitos mínimos exigidos en la Ley a la que están obligados los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud; que los afiliados presentaron acciones de tutela con el fin de obtener el reconocimiento de las referidas incapacidades, las cuales fueron acogidas por los operadores judiciales, quienes inaplicaron las normas de seguridad social dando cobertura económica a dichas solicitudes, con cargo a la cuenta del FOSYGA.

Manifestó que en cumplimiento de los fallos de tutela asumió el pago de incapacidades derivadas de enfermedad general; que la financiación y cobertura de los valores por concepto de incapacidades por enfermedad general que destina el Fondo de Solidaridad de Garantía FOSYGA, a través de la cuenta de compensación, corresponde únicamente a costos para aquellos afiliados que cumplan con los parámetros legales; que por tal razón radicó ante el FOSYGA entre el 2012 y 2013 un total de 530 cuentas por incapacidades de origen general que ascienden a la suma de \$356.110.159, que a la fecha han sido glosadas por el Consorcio y la Unión Temporal, lo que le ha traído como consecuencia un daño antijurídico (*pág. 273 a 368, archivo “001. 2015 00100 EXPEDIENTE UNIFICADO”*).

En audiencia celebrada el 1° de octubre de 2018, se desvinculó del proceso al GRUPO ASD S.A.S., CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS

S.A.S. y SERVIS S.A.S. como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS SA. (pág. 955 a 958, archivo “001. 2015 00100 EXPEDIENTE UNIFICADO”). A su vez, ordenó la vinculación de **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** se opuso a las pretensiones, aceptó que fueron glosados recobros por valor de \$356.110.159 bajo la nota “*Los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el FOSYGA*”, formuló como previa la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario y como de mérito la excepción de prescripción (pág. 620 a 639, archivo “001. 2015 00100 EXPEDIENTE UNIFICADO”).

La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la calidad de administradora de la demandante, la obligación del artículo 206 de la Ley 100 de 1993 y las glosas formuladas, aclarando que las incapacidades le fueron reconocidas a la demandante a través del proceso de compensación de conformidad con la información que reportó respecto a sus afiliados para el cálculo de la UPC. Propuso como previa la excepción de prescripción y como de mérito las excepciones de *culpa exclusiva de la EPS recobrante*; improcedencia del pago de intereses moratorios; la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir y buena fe (pág. 1089 a 1117, archivo “001. 2015 00100 EXPEDIENTE UNIFICADO”).

En diligencia del 25 de septiembre de 2019, se ordenó la desvinculación de FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX S.A. como integrantes del CONSORCIO SAYP 2011 EN LIQUIDACIÓN, continuando el proceso únicamente con la **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL** y la **ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:00:48, enlace archivo “013. Audiencia Art. 80 (fallo)”)

El 10 de mayo de 2022, el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar a SALUD TOTAL E.P.S. la suma de \$34.650.721, suma que deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de abril de 2014, y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe su pago. **SEGUNDO: ABSOLVER** a ADRES de las demás pretensiones de la demanda, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción con respecto de los recobros cuya exigibilidad se dio antes del 28 de abril de 2011; y declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de intereses moratorios y pagos de gastos de administración. **TERCERO: ABSOLVER** a LA NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarándose probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. **CUARTO: SIN COSTAS** en este proceso (...).

Como sustento de la decisión el Juez declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de los recobros cuya fecha de prestación de servicio fue anterior al 28 de abril de 2011, los cuales suman \$19.044.044 no siendo viable aplicar interrupción alguna. A su vez, advirtió que en principio no habría lugar a recobro alguno dado que las incapacidades se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y al revisar las imágenes aportadas estos conceptos fueron negados por no haberse realizado los pagos de aportes de forma oportuna, ante lo cual se aplicaría el fenómeno del allanamiento a la mora. Sin embargo, advirtió que algunos fallos de tutela dispusieron la figura del recobro al FOSYGA, decisiones que se encuentran en firme, motivo por el cual ordenó el pago de \$34.650.721, indexado a la fecha de pago.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia sobre aquellas pretensiones que se negaron por la excepción de prescripción. Adujo que la fecha que se debe tener en cuenta para estudiar la prescripción es aquella en la cual el FOSYGA se pronunció sobre la facultad de reconocer o no estos rubros que datan del 2012 y 2013, pues ésta debe aplicarse desde que la entidad

manifestó la imposibilidad de reconocimiento (*min. 01:02:23, enlace archivo “013. Audiencia Art. 80 (fallo)”*).

La apoderada de **ADRES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoquen las condenas. Señaló que en virtud de la Ley 100 de 1993, las EPS reciben un valor per cápita denominado unidad de pago por capitación UPC, que tiene como destinación específica la financiación del plan de beneficios en salud y para determinar dicho valor se tiene en cuenta la cantidad de actividades, procedimientos o intervenciones cubiertos por el plan de beneficios llevados a cabo por la EPS anualmente, así como también el número de afiliados, su grupo etario, el tipo de afiliación, las zonas geográficas en donde se ubican y el código diagnóstico principal. Por tal razón, considera que los recobros objeto de litigio se encuentran cubiertos por la UPC, y aunque los jueces de tutela indicaron que se debería ejercer el recobro, no se puede desconocer que estos dineros ya fueron pagados por la unidad de pago por capitación a la EPS. Por último, solicita se realice un estudio juicioso de la prescripción respecto de los recobros que fueron objeto de reconocimiento *min. 01:06:40, enlace archivo “013. Audiencia Art. 80 (fallo)”*.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, su calidad de administradora 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 los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **SALUD TOTAL EPS-S S.A.** tiene derecho al recobro de las incapacidades pagadas con ocasión de órdenes emitidas en acciones de tutela y la procedencia de la excepción de prescripción.

VIII. CONSIDERACIONES

- Sobre el auxilio por incapacidad general y la posibilidad del recobro

El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, consagró un auxilio por incapacidad general hasta por 180 días a favor del trabajador y a cargo del empleador, obligación que fue subrogada por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, que estableció dicho auxilio a favor de los afiliados cotizantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respecto del pago, el Decreto 1406 de 1999, vigente para la fecha de los recobros objeto de litigio, hoy Decreto 2943 de 2013, ordenaba que los 3 primeros días de incapacidad están a cargo del empleador, por ende, del día 4 a 180 corre a cargo de la EPS. Así mismo, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, obliga a la EPS a proferir el concepto de rehabilitación antes del día 120 y a notificarlo a la administradora de pensiones antes del día 150, requisitos que de cumplirse implican que sea esta última quien asuma el pago del auxilio desde el día 181 y hasta por 360 días adicionales. El referido artículo también advierte que cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si

a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

En cuanto las incapacidades superiores al día 540, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 establece su pago a cargo de la EPS, sin perjuicio del recobro ante la ADRES, norma respecto de la cual la H. Corte Constitucional indicó en la sentencia T-144 de 2016 que es de aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad material, aspecto que reiteró la Alta Corporación en la sentencia C-200 de 2019.

En la sentencia T-246 de 2018 la H. Corte Constitucional reiteró que el pago del auxilio de incapacidad de origen común entre el día 181 a 540 está a cargo del Fondo de pensiones independientemente de si el concepto de rehabilitación fue o no favorable, postura que ya había sido expuesta en las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017.

A su vez, la H. Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, reconoció que las Entidades Promotoras de Salud – EPS, *“tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC). Para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil”* y que *“en ningún caso el Fosyga está obligado al reembolso de los costos generados por servicios médicos que hagan parte del Plan de Beneficios”*.

CASO CONCRETO

En el presente asunto **SALUD TOTAL EPS-S S.A.** pretende el recobro de incapacidades que fueron pagadas con ocasión de órdenes impartidas en acciones de tutela, representadas en 530 cuentas o radicados por un valor de \$356.110.159. El juzgado de instancia ordenó el pago de \$34.650.721, sin determinarse claramente cuáles eran los recobros objeto de condena. A su vez, declaró probada la

excepción de prescripción respecto de los recobros exigibles con anterioridad al 28 de abril de 2011, aspecto sobre el cual la parte actora edificó su recurso al solicitar la revisión de la excepción de prescripción respecto de aquellas pretensiones cobijadas con dicho fenómeno. Por su parte, ADRES en la alzada solicita la revocatoria de las condenas o, en su defecto, la revisión de la excepción de prescripción respecto de los valores reconocidos.

Al respecto, se debe precisar que por regla general las EPS deben pagar todas las incapacidades por enfermedad general reconocidas a los afiliados en el régimen contributivo (art. 206 Ley 100 de 1993), aspecto que resulta relevante en el presente asunto en la medida en que el Gobierno Nacional, a través del Decreto 2280 de 2004, reglamentó el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, vigente para la fecha en que se otorgaron los subsidios económicos objeto de controversia, posteriormente modificado por el Decreto 4023 del 28 de octubre 2011.

En el artículo 2° del citado Decreto se define la compensación como el *proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas íntegramente e identificadas plenamente por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás entidades obligadas a compensar, EOC, para cada período mensual, los recursos destinados a financiar las actividades de promoción y prevención, los de solidaridad del régimen de subsidios en salud y los recursos que el sistema reconoce a las EPS y demás EOC por concepto de unidades de pago por capitación, UPC, así como los reconocidos para financiar el per cápita de las actividades de promoción y prevención, **incapacidades por enfermedad general** y licencias de maternidad y paternidad.* Resaltado de la Sala.

Bajo esta reglamentación se desprende, sin duda, que el pago de las incapacidades por enfermedad general, están en cabeza de las entidades promotoras de salud –EPS–, cuyos recursos se encuentran garantizados por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

por medio de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo.

Luego, no por el hecho de existir una orden de tutela que autorice a la EPS ejercer acciones contra el FOSYGA, determina la procedencia del recobro. En tal caso, se deberá revisar la situación particular de cada uno de los afiliados beneficiarios del subsidio económico en la medida en que, se itera, la entidad prestadora cuenta con el procedimiento respectivo para obtener, vía compensación, los dineros destinados para el cumplimiento de las prestaciones económicas que demanden los afiliados en el régimen contributivo. Y de no obtener la restitución de los referidos recursos a través de dicho trámite, deberá acreditarlo a través de los medios probatorios pertinentes.

Nótese que las únicas incapacidades por enfermedad general que no se financian con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, son las originadas en tratamientos con fines estéticos o que se encuentran excluidos del plan de beneficios, así lo dispone el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015, hoy artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 780 de 2016, sustituido por el artículo 1° del Decreto 1427 de 2022.

Realizada la anterior aclaración, como quiera que la Sala también conoce este proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADRES** y que el *a quo* no determinó con claridad cuáles fueron los recobros objeto de condena, se verificará si las cuentas reclamadas cumplen los requisitos mínimos exigidos para su procedencia.

Con ese propósito se revisaron las imágenes digitales aportadas por **SALUD TOTAL** (*archivo “CD FOLIO 229 (1) IMÁGENES”*), así como el apoyo técnico (*archivo CD FOLIO 458 APOYO TÉCNICO*), donde se constata que todos los recobros fueron glosados por la causal “*los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el fosyga*”. De las 530 imágenes reclamadas por recobros con ocasión de sentencias de tutela, las cuales contienen los soportes de pago a los respectivos usuarios, 483 contienen órdenes constitucionales relacionadas con el pago de incapacidades médicas por enfermedades generales a cargo de

la EPS demandante, las cuales tienen en común, de forma global, aspecto aceptado en la demanda (hechos 5.8 y 5.17) y no controvertido en segunda instancia, que fueron inicialmente negadas por la EPS aduciendo que los afiliados no reunieron los periodos mínimos de cotización, esto es, o un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa (art. 9 Decreto 783 de 2000) o que los pagos no se efectuaron de forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho (art. 21 Decreto 1804 de 1999), pero que se ordenaron su pago en virtud al allanamiento a la mora, a recibir pagos extemporáneos sin objeción, entre otros aspectos, sin que en las referidas providencias se haya facultado a la EPS a obtener el reembolso de los dineros por parte del FOSYGA.

Resulta oportuno rememorar que la Corte Constitucional ha estudiado la aplicabilidad de los requisitos del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 y si bien ha determinado que se trata de exigencias válidas, ha entendido que *“su aplicabilidad, en específico en lo relativo al segundo de los requisitos reseñados, requiere que las empresas prestadoras del servicio de salud (E.P.S.) hayan efectuado las actuaciones que, con ocasión a la mora, son correspondientes, esto es, que hayan actuado para solicitar el pago a través de los mecanismos de cobro coactivo que estableció la misma Ley 100 de 1993, o que haya rechazado los pagos efectuados fuera del término establecido”*. (CC T-490 de 2015, T-025 de 2017 y T-529 de 2017).

Por tal motivo, dice la Corte, *“las E.P.S. se encuentran imposibilitadas para negarse a efectuar el reconocimiento de una incapacidad laboral cuando quiera que se efectuó el pago extemporáneo de las cotizaciones por parte del empleador o del trabajador independiente y se omitió rechazar su pago o emprender las acciones legales orientadas a su cobro judicial”*. (CC T-413 de 2004, T-956 de 2008, T-862 de 2013, T-138 de 2014, T-490 de 2015 y T-025 de 2017).

De suerte que las sumas ordenadas a reconocer por parte de la EPS se encuadran en las obligaciones a su cargo, en virtud del artículo 206 de la Ley 100 de 1993, por lo que, al estar cubiertas y garantizadas por parte del Sistema, no existe posibilidad alguna de obtener el reembolso por parte del Estado.

En gracia de discusión, de considerarse viable la acción de recobro, las imágenes presentadas no cumplen los requisitos previstos en el artículo 11 de la Resolución 3099 de 2008, vigente para las fechas en que se causaron las prestaciones, en especial porque no se aportó el *“d. Certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, en los casos de tutela por períodos mínimos de cotización, en los cuales se especifique la fecha de afiliación al Sistema General de Seguridad Social y a la EPS, identificando las semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha del otorgamiento de la prestación ordenada en el respectivo fallo.”*, contrario a lo señalado en el dictamen pericial donde se concluyó que *“De acuerdo con los soportes adjuntos, el servicio recobrado (incapacidad) cuenta con la documentación completa para ser recobrado a la ADRES”* (archivo “008.18.08.2021 AGS2021.332.050DPVF.2015-100”), motivo por el cual la decisión sobre el cobro que se realiza por estas 483 imágenes ha de ser de tipo absolutorio.

De los restantes 47 recobros, la Sala encuentra que en 46 de ellos, los fallos de tutela que la soportan si contienen órdenes expresas, algunas de forma directa, para que la EPS repita por lo pagado al Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, y en uno de ellos, aunque no se ordenó la facultad de repetir al Estado, la orden constitucional hace relación a unas incapacidades generadas por procedimientos no contenidos en el Plan Obligatorio de Salud. En total estos recobros suman \$28.190.652.

A continuación, se describe el estudio efectuado sobre cada uno de los 47 recobros referidos:

#	Formato MYT01/02 final	Valor ítem	Fecha servicio	Lo ordenado en la tutela	Decisión en Segunda Instancia	Conclusión Tribunal
1	24725947	\$ 1.918.516	9/12/2011	Ordena recobro servicios médicos, pero no incapacidades	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó tratamiento integral de las afectaciones a la salud del afiliado, pero no autorizó recobro de incapacidades. Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
2	24786373	\$ 583.229	10/11/2010	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 semanas en el último mes	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó el recobro sólo de ser procedente. Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
3	24786374	\$ 570.168	6/02/2011	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
4	24786375	\$ 287.150	5/05/2011	Ordena el recobro del 50% de la incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
5	24800834	\$ 148.274	11/01/2011	Ordena recobro servicios médicos, pero no incapacidades	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó tratamiento integral de las afectaciones a la salud del afiliado, pero no autorizó recobro de incapacidades. Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
6	24816403	\$ 290.780	28/10/2011	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó el recobro sólo de ser procedente. Adolece de certificado de semanas cotizadas al

#	Formato MYT01/02 final	Valor ítem	Fecha servicio	Lo ordenado en la tutela	Decisión en Segunda Instancia	Conclusión Tribunal
				en los últimos seis meses		Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
7	24816419	\$ 387.726	8/03/2011	Ordena recobro de incapacidad	Absolutoria	En este caso no se pagó por parte de la EPS por una presunta incompatibilidad con reintegro laboral, pero no porque no tuviera cobertura del régimen contributivo, no procede recobro.
8	24818742	\$ 248.356	3/11/2011	Ordena recobro de incapacidad	Absolutoria	Se ordenó el recobro inicialmente a través de la compensación prevista en el Decreto 2280 de 2004 y no se acreditó que se haya negado por este mecanismo,
9	24826287	\$ 357.067	13/7/2011	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó el recobro sólo de ser procedente en el porcentaje que corresponda. Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
10	24826293	\$ 335.281	6/09/2011	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó el recobro sólo en el porcentaje que exceda al POS. Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
11	24826314	\$ 482.400	10/07/2011	Ordena recobro servicios médicos, pero no incapacidades	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó tratamiento integral de las afectaciones a la salud del afiliado, pero no autorizó recobro de incapacidades. Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario,

#	Formato MYT01/02 final	Valor ítem	Fecha servicio	Lo ordenado en la tutela	Decisión en Segunda Instancia	Conclusión Tribunal
						Resolución 3099 de 2008.
12	24838457	\$ 387.726	27/9/2011	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
13	24838464	\$ 245.559	10/04/2011	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se ordenó el recobro a través de la compensación prevista en el Decreto 2280 de 2004 y no se acreditó que se haya negado por este mecanismo. Hubo allanamiento a la mora.
14	24860159	\$ 124.973	7/03/2011	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
15	24860163	\$ 361.878	22/9/2011	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
16	24860174	\$ 219.711	19/5/2011	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Aunque se reconoció por parte del Juez Constitucional el pago de incapacidades por procedimientos no POS, sólo se aportó el fallo de primera instancia y no hay constancia de su no impugnación.
17	24870152	\$ 749.840	27/12/2011	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el

#	Formato MYT01/02 final	Valor ítem	Fecha servicio	Lo ordenado en la tutela	Decisión en Segunda Instancia	Conclusión Tribunal
						régimen contributivo.
18	24870161	\$ 387.726	29/11/2011	Ordena recobro servicios médicos, pero no incapacidades	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó tratamiento integral de las afectaciones a la salud del afiliado, pero no autorizó recobro de incapacidades. Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
19	24870162	\$ 387.725	30/11/2011	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó el recobro sólo de ser procedente en el porcentaje que corresponda. Adolece Certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
20	24870165	\$ 2.109.439	12/06/2011	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Aunque se reconoció por parte del Juez Constitucional el pago de incapacidades por procedimientos no POS, sólo se aportó el fallo de primera instancia y no hay constancia de su no impugnación.
21	24870168	\$ 2.590.930	1/11/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Aunque se reconoció por parte del Juez Constitucional el pago de incapacidades por procedimientos no POS, sólo se aportó el fallo de primera instancia y no hay constancia de su no impugnación.
22	24870427	\$ 478.196	17/11/2011	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.

#	Formato MYT01/02 final	Valor ítem	Fecha servicio	Lo ordenado en la tutela	Decisión en Segunda Instancia	Conclusión Tribunal
23	24878485	\$ 35.707	18/11/2011	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
24	24884026	\$ 839.107	11/11/2011	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
25	24893512	\$ 116.317	1/02/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
26	24905973	\$ 124.973	21/7/2011	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
27	24906337	\$ 348.953	14/12/2011	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
28	24906403	\$ 387.726	28/11/2011	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
29	24974648	\$ 482.040	2/01/2011	No autorizó recobró	Absolutoria	Aunque se reconoció por parte del Juez Constitucional el pago de incapacidades por procedimientos no POS, sólo se aportó el fallo de primera instancia y no hay

#	Formato MYT01/02 final	Valor ítem	Fecha servicio	Lo ordenado en la tutela	Decisión en Segunda Instancia	Conclusión Tribunal
						constancia de su no impugnación.
30	24974650	\$ 348.953	27/1/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
31	24974651	\$ 704.358	26/1/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
32	25017985	\$ 303.507	22/2/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Aunque se reconoció por parte del Juez Constitucional el pago de incapacidades por procedimientos no POS, sólo se aportó el fallo de primera instancia y no hay constancia de su no impugnación.
33	25017998	\$ 542.816	22/2/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
34	25037359	\$ 885.077	7/03/2009	Ordena recobro servicios médicos, pero no incapacidades	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó tratamiento integral de las afectaciones a la salud del afiliado, pero no autorizó recobro de incapacidades. Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.

#	Formato MYT01/02 final	Valor ítem	Fecha servicio	Lo ordenado en la tutela	Decisión en Segunda Instancia	Conclusión Tribunal
35	25037360	\$ 530.027	14/9/2010	Ordena recobro servicios médicos, pero no incapacidades	Absolutoria	El fallo de tutela ordenó tratamiento integral de las afectaciones a la salud del afiliado, pero no autorizó recobro de incapacidades. Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
36	25150863	\$ 219.711	22/3/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
37	25150881	\$ 387.726	3/08/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.
38	25150891	\$ 231.478	3/02/2012	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
39	25150911	\$ 348.953	3/02/2012	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
40	25337824	\$ 714.133	24/4/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.

#	Formato MYT01/02 final	Valor ítem	Fecha servicio	Lo ordenado en la tutela	Decisión en Segunda Instancia	Conclusión Tribunal
41	25337838	\$ 510.030	17/4/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Sólo autorizó recobro de 30 días 11-02-2012 al 11-3-12, cobran incapacidades posteriores. Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
42	25337847	\$ 1.124.405	20/4/2012	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
43	25440183	\$ 779.424	8/11/2012	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
44	25440216	\$ 1.870.741	8/09/2012	Ordena recobro incapacidad, periodo de carencia no 4 meses cotizados en los últimos seis meses	Absolutoria	Adolece de certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, Resolución 3099 de 2008.
45	25440227	\$ 528.920	27/7/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Incapacidad superior a 180 días, no autorizó recobro directo, se le impuso el pago a la EPS por no expedir el concepto favorable de rehabilitación, asume pago con recursos propios artículo 142 Decreto Ley 019 de 2012
46	25441032	\$ 528.920	23/8/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Incapacidad superior a 180 días, no autorizó recobro directo, se le impuso el pago a la EPS por no expedir el concepto favorable de rehabilitación, asume pago con recursos propios artículo 142 Decreto Ley 019 de 2012

#	Formato MYT01/02 final	Valor ítem	Fecha servicio	Lo ordenado en la tutela	Decisión en Segunda Instancia	Conclusión Tribunal
47	25441250	\$ 1.644.000	26/7/2012	Ordena recobro incapacidad	Absolutoria	Se presentó allanamiento a la mora, se ordenó recobro sólo si había lugar a ello, periodos a cargo de la EPS, se encuentran cubiertos por el régimen contributivo.

Como consecuencia del referido análisis, ninguno de los recobros pretendidos en la presente acción ordinaria cumplen los presupuestos para ordenar su reconocimiento, por lo que le asiste razón a la apoderada del **ADRES**, lo que lleva a la Sala a revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones, relevándose, por sustracción de materia, del estudio del recurso planteado por la parte demandante.

Sin costas en las instancias.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se 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, absolver a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones instauradas en contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07-2019-00488-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 25 de julio de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, reactivó la afiliación en el RPM, y condenó en costas a las demandadas (min. 1:00:17 archivo “33AudienciaArt80”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 19 archivo “01CuadernoFisico”).**

NIDIA BEATRIZ PÉREZ ÁLVAREZ solicitó declarar nula su vinculación al RAIS, devolver el saldo de su CAI, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que prestó sus servicios a la Contraloría General de Cundinamarca, siendo legalmente vinculada al RPM hasta el 22 de noviembre de 2004 cuando suscribió afiliación y traslado de régimen a **PORVENIR S.A.**, AFP que contrató vendedores y asesores comerciales para la captación de trabajadores sin tener conocimiento en temas en seguridad social y quienes la indujeron para vincularse al RAIS sin suministrar información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría

sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró, que posteriormente se trasladó a **COLFONDOS S.A.**, en donde actualmente permanece su capital ahorrado, por lo que solicitó ante las demandadas su retorno al RPM, peticiones denegadas.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados a la contratación de vendedores o asesores comerciales para la captación de trabajadores y su respectiva afiliación a la AFP, la vigencia del Estatuto del Consumidor Financiero al momento del traslado, la solicitud de desvinculación al RAIS y la respuesta negativa. Formuló las excepciones de falta 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. 140 a 165 archivo “01CuadernoFisico”).

A su vez, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Admitió la radicación de dos solicitudes de afiliación al RPM. Interpuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia de derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (Pág. 192 a 232 archivo “01CuadernoFisico”).

Por último, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** manifestó su oposición frente a los pedimentos de la actora. Dijo no constarle o no ser ciertos los hechos de la demanda. Invocó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (Pág. 240 a 265 archivo “01CuadernoFisico”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 33:43 archivo “33AudienciaArt80”).

El 25 de julio de 2023, el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora demandante NIDIA BEATRIZ PEREZ ALVAREZ con la AFP Porvenir el 22 de noviembre del 2004, contenido en el formulario No. 02158546, igualmente la vinculación que hizo con el fondo COLFONDOS el 20 de junio de 2007 y la vinculación con la AFP Porvenir del 23 de diciembre del 2009 y por último la vinculación con la AFP Colfondos del 10 de febrero de 2014. SEGUNDO: ORDENAR a fondo COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora NIDIA BEATRIZ PEREZ ALVAREZ, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado al régimen de Prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. TERCERO: Se ORDENA al fondo PORVENIR y a COLFONDOS a devolver todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante mientras estuvo vinculada a esos fondos privados de pensiones, tales como gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, estos valores deben ser debidamente devueltos y reintegrados a Colpensiones. ORDENAR a los fondos de pensiones demandados PORVENIR Y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES como administrador del régimen de prima media con prestación definida todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la señora demandante desde la fecha del traslado de régimen pensional el 22 de noviembre de 2004. Tales como el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, 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, tanto Porvenir como Colfondos cuentan con el término de 30 días contados a partir de la notificación del auto de obediencia al superior, para presentar un informe al despacho donde informen de manera discriminada todos los valores objeto de devolución junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes, valor de los aportes que se devuelven, valor de los descuentos que igualmente son objeto de devolución, el valor de la indexación que se entrega a Colpensiones y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada a la señora demandante al régimen de prima media con prestación definida desde su afiliación inicial a dicho régimen. CUARTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS. QUINTO: Las costas son a cargo de Colpensiones, Porvenir y Colfondos. Las agencias en derecho se tasan a favor de la

*demandante en 2 SMMLV, a la fecha del pago a cargo de cada uno de los demandados. **SEXTO:** Ordénese 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. (...)*”.

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si el traslado realizado por la demandante desde **COLPENSIONES** hacia **PORVENIR** y **COLFONDOS** resultó ineficaz por incurrir en un vicio del consentimiento al no haberle asesorado en debida forma, ni haber brindado información clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las consecuencias para ella y su expectativa pensional frente al traslado.

Para resolver, inicialmente realizó un recuento normativo y jurisprudencial aplicable al caso y luego hizo un análisis de las pruebas recaudadas, concluyendo que no se allegó ninguna prueba que demuestre con certeza que para la fecha de traslado de la demandante al RAIS, año 2004, la AFP **PORVENIR** le hubiese dado una información clara, comprensible, oportuna y detallada sobre las características y diferencias del RAIS y de las consecuencias que le traería su traslado al fondo privado, para que la usuaria tuviera todas las herramientas para llevar a cabo una afiliación libre, consiente y voluntaria, y si bien la demandante realizó traslado horizontales entre **COLFONDOS** y **PORVENIR**, no se acreditó que en los mismos se hubiese subsanado la falta al deber de información, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, para que en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra de ella, sustentado en que se pasó por alto que la normatividad aplicable para el momento era la ley 100 de 1993 y que solo bastaba con la aceptación libre y expresa del afiliado para trasladarse de régimen pensional, lo que se demuestra con el formulario de afiliación, por lo que no es procedente imponer cargas que no se exigían en la época, además que **COLPENSIONES** era un tercero de buena fe y que al permanecer la demandante durante más de 19 años en el RAIS se causa un perjuicio a

la entidad pública, pues los valores recibidos no son suficientes para sufragar la pensión (min. 1:07:41 archivo “33AudienciaArt80”).

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación en lo que tiene que ver con la orden de retornar las sumas por gastos de representación de manera indexada, por cuanto esas sumas tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida por la AFP, adicional que su representada generó unos rendimientos que sirven para compensar la pérdida del poder adquisitivo, por lo que se estaría imponiendo a una doble condena por el mismo concepto. Por otra parte, frente a los dineros que se destinaron a los seguros de invalidez y sobrevivencia, dijo que la AFP cubrió a la demandante con respecto a los riesgos de invalidez y muerte, por lo que se cumplió su finalidad, además que existe una imposibilidad de traslado, por cuanto no se encuentran en poder de la AFP. (min. 1:12:46 archivo “33AudienciaArt80”).

La apoderada de **COLFONDOS S.A.** interpone recurso de apelación señalando que no es posible la devolución de los rendimientos junto a la indexación de los demás conceptos, pues en todo caso los rendimientos serían superiores a los generados en el ISS si es que la demandante nunca se hubiese trasladado (min. 1:15:43 archivo “33AudienciaArt80”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Firma UNIÓN TEMPORAL W&WLC, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Elkin Fabián Castillo Cruz con CC 80.282.676 y TP 261.451 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia con base en los argumentos presentados en su alzada.

El apoderado de **PORVENIR S.A.** igualmente pidió la revocatoria del fallo de primer grado, considerando que no se configuran los presupuestos de la ineficacia de traslado de régimen pensional.

Las demás partes se abstuvieron 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 que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, y de sus traslados horizontales posteriores, así como la procedencia de trasladar las sumas por concepto de rendimientos, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexadas, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **NIDIA BEATRIZ PÉREZ ÁLVAREZ** cotizó al extinto ISS desde el 27 de julio de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1998 (Pág. 129 a 133 archivo “02ExpedienteAdministrativo”); *ii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario No. 10916042 del 22 de noviembre de 2004, efectivo a partir del 01 de enero de 2005; luego se trasladó a **COLFONDOS S.A.** el 01 de agosto de 2007; posteriormente retornó horizontalmente a **PORVENIR S.A.** el 01 de febrero de 2010 y finalmente se trasladó a **COLFONDOS S.A.** mediante formulario de afiliación No. 1143102 del 10 de febrero de 2014, efectivo a partir del 01 de abril de 2014, AFP donde permanece vinculada (Pág.

166 a 176 archivo “01CuadernoFisico” y Pág. 4 a 10 archivo “23RespuestaRequerimientoColfondos”); **iii)** la demandante radicó solicitud ante **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** para retornar al RPM, peticiones que fueron negadas (Pág. 32 a 36 archivo “01CuadernoFisico”).

En la sentencia de primera instancia, el Juez *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, reactivó la afiliación en el RPM, y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión los apoderados **COLPENSIONES**, **COLFONDOS** 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 referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **COLFONDOS**, que no probó el cumplimiento al deber de información a la demandante en sus traslados horizontales.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que estuvo afiliada al ISS hasta el año 2004, anualidad en la cual se posesionó nuevamente como empleada de la Contraloría, advirtiendo en ese momento que su afiliación en pensiones se dio a través de **PORVENIR S.A.**, sin tener ningún diálogo con ningún asesor del fondo y creyendo que sus condiciones de afiliación serían iguales a las del ISS, que posteriormente, en el año 2010 se afilió a **COLFONDOS**, donde tampoco recibió ningún tipo de asesoría y en donde se encuentra vinculada a la fecha, que nunca leyó el formulario de afiliación, pues tan solo le preocupaba diligenciar los documentos para poderse vincular laboralmente con su empleador, no conoce las condiciones ni garantías de pensión en el RAIS y de acuerdo a las averiguaciones que realizó tan solo se pensionaría con un smlmv, por lo que se siente engañada por los fondos privados; manifestaciones que no benefician a las AFP accionadas, puesto que ni de la demanda, ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación 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 la demandante siempre estuvo afiliada 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 deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, 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.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos e incorporarlos

como aportes pensionales, 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 la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, 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.

En consecuencia, la Sala prohijará 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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NIDIA BEATRIZ PEREZ ALVAREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

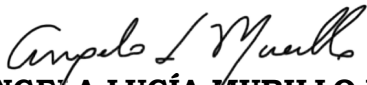
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00488 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 07 2016 00027 01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de **ALCA INGENIERÍA S.A.S.** y **TORRESCASMARA Y CIA OBRAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA** contra la sentencia del 03 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo, condenó al pago de perjuicios morales, costas procesales y negó las demás pretensiones de la demanda (*min. 53:46, archivo “18AudioAudienciaFallo”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

LUIS ENRIQUE PACHÓN COMBITA y **LUZ MARINA ALBADAN** en calidad de padres y **LUIS ALBERTO PACHÓN ALBADAN**, **JHON JAIRO PACHÓN ESCOBAR** y **LUIS MIGUEL PACHÓN ESCOBAR** como hermanos de **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN** (q.e.p.d.) llamaron a juicio a la **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA VIAL 2012**,

TORRESCAMARA Y CÍA DE OBRA SUCURSAL COLOMBIA, ALCA INGENIERÍA S.A.S., AFRQ CONSTRUCCIONES S.A.S., RUBIANO CASTRILLÓN HERNÁNDEZ y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES EN LIQUIDACIÓN, con el fin de que se declare que entre la **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA VIAL 2012** y **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN** (q.e.p.d.) existió contrato de trabajo por el tiempo que duró la obra o labor contratada de la carretera Puente Aurra-Santa Fe de Antioquia desde el 6 de noviembre de 2012 hasta el 24 de febrero de 2013, que se declare solidariamente responsable a los socios de dicha UNIÓN, que los demandados omitieron el deber de cumplir las normas legales sobre prevención y afectiva protección de Riesgos Laborales y en consecuencia, se condene al pago de las indemnizaciones causas por la muerte acaecida en accidente de trabajo de **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN** (q.e.p.d.), daño emergente, lucro cesante, daños morales, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho

Como fundamento de las pretensiones señalaron que entre **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA VIAL 2012** y **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN** (q.e.p.d.) se suscribió contrato de trabajo, que la **UNION TEMPORAL** está integrada por TORRESCAMARA Y CIA DE OBRAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA, NOARCO S.A. y ALCA INGENIERÍA S.A.; que entre **AFRQ CONSTRUCCIONES S.A.S.** y la UNIÓN TEMPORAL se celebró un contrato de prestación de servicios donde el contratista se comprometió a proporcionar a la **UNIÓN TEMPORAL** una retroexcavadora 320 marca Caterpillar, pero que la máquina que causó la muerte del trabajador difiere totalmente de la que se había pactado.

Manifestaron que con ocasión de ese contrato de prestación de servicios se constituyó a favor de la UNION TEMPORAL póliza de seguro con la aseguradora CONDOR S.A.; que entre **AFRQ CONSTRUCCIONES S.A.S.**, celebró un contrato de trabajo de duración por obra o labor con RUBIANO CASTRILLON HERNÁNDEZ el 05 de febrero de 2023 cuyo cargo era el de operador de maquinaria

pesada; que **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN** falleció a causa o con ocasión de un accidente de trabajo por culpa exclusiva del patrono, que en virtud de su muerte sus padres y hermanos han sufrido y siguen sufriendo por su pérdida irreparable, quien era el núcleo del progreso familiar dado su profesión de arquitecto (*pág. 5 a 24, archivo “01PoderDemanda”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ALCA INGENIERÍA S.A.S. se opuso a las pretensiones, aceptó la celebración de contrato de trabajo del causante, la integración de la **UNIÓN TEMPORAL VIAL 2012**, el contrato que celebró **AFRQ CONSTRUCCIONES S.A.S.** y la **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA VIAL 2012** para el suministro de una máquina retroexcavadora, la garantía de seguridad en la ejecución de labores, la póliza de seguro con la Aseguradora CONDOR S.A., expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de accidente de trabajo*, culpa exclusiva de la víctima, inexistencia de causa indemnizatoria y la innominada o genérica (*pág. 2 a 20, archivo “06ContestacionAlcaIng”*).

TORRESCASMARA Y CIA DE OBRAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA se opuso a las pretensiones condenatorias, aceptó la celebración de contrato de trabajo, la integración de la **UNIÓN TEMPORAL VIAL 2012**, el contrato de prestación de servicios suscrito con **AFRQ CONSTRUCCIONES S.A.S.** para el suministro de una máquina retroexcavadora y el contrato de seguro y en su defensa propuso las excepciones de *prescripción*, ausencia de responsabilidad por inexistencia del nexo causal y la innominada o genérica (*pág. 3 a 21, archivo “07ContestacionLlamamiento”*). Llamó en garantía a la compañía de seguros ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS COLOMBIA S.A. (*pág. 170 a 173, archivo “07ContestacionLlamamiento”*).

Mediante providencia del 02 de agosto de 2016, se admitió el llamamiento en garantía (*pág. 36, archivo*

“04NotificacionesContestaciones”). **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA** (entidad fusionada con ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS COLOMBIA S.A.) se opuso a las pretensiones condenatorias bajo el entendido que la póliza que sirve como base del llamamiento no tiene cobertura para los derechos reclamados. Propuso la excepción previa de *prescripción* y como de mérito las excepciones de inexistencia de amparo, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, limite del valor asegurado, coexistencia de seguros, inexistencia de causa petendi por ausencia del daño indemnizable y la innominada o genérica (*pag.68 a 81, archivo “04NotificacionesContestaciones”*).

En comunicación del 10 de noviembre de 2016, la parte actora desistió del proceso respecto del demandado RUBIANO CASTRILLON HERNANDEZ, petición que fue aceptada en auto del 29 de noviembre de 2016 (pág. 91 y 92, archivo *“04NotificacionesContestaciones”*). A su vez, en providencia del 19 de abril de 2017 se excluyó del litigio a SEGUROS CONDOR S.A. (pág. 105, archivo *“04NotificacionesContestaciones”*) y en decisión del 20 de septiembre de 2018 se tuvo por no contestada la demanda por parte de **AFRQ CONSTRUCCIONES S.A.S.** (pág. 105, archivo *“04NotificacionesContestaciones”*).

Y en audiencia del 03 de noviembre de 2022, se advirtió que la sociedad NOARCO S.A., integrante de la **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA VIAL 2012**, se encuentra liquidada y ya no existe, por lo que no era posible su vinculación al proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 53:46, archivo *“18AudioAudienciaFallo”*).

El 03 de noviembre de 2022, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) “PRIMERO: DECLARAR que entre la Unión Temporal Alianza Vial 2022 conformada por Alca Ingeniería SAS, Torrescamara y la sociedad NOARCO S.A. (hoy liquidada), y el señor hoy fallecido Juan

*Carlos Pachón Albadan existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia desde el 09 de noviembre del 2012 al 23 de febrero del 2013 fecha en la que ocurrió el accidente laboral que terminó con la vida de dicho trabajador. **SEGUNDO:** Condenar a la Unión Temporal Alianza Vial 2012 conformada por Alca Ingeniería SAS, Torrescamara y NOARCO S.A. (hoy liquidada) y además, en forma solidaria a la empresa AFRQ Construcciones S.A.S. a pagar por concepto de perjuicios morales o daños morales a los padres del trabajador fallecido, Luis Enrique Pachón Combita y a la madre Luz Marina Albadán, un total de 60 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha del pago a cada uno de estos y a pagar sus hermanos igualmente demandantes, Luis Alberto Pachón Albadan, Jhon Jairo Pachón Escobar y Luis Miguel Pachón Escobar el equivalente a 30 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a cada uno de estos y por el monto que corresponda a la fecha de su pago. **TERCERO:** Se condena en costas a las sociedades demandadas que conforman la Alianza Vial 2012 Alca Ingeniería SAS y Torrescamara que fueron vinculadas al proceso e igualmente a AFRQ Construcciones S.A.S. a pagar a los demandantes a los padres como costas procesales y agencias en derecho el valor equivalente a 4 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha del pago a cada uno de los padres y el equivalente a 2 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes como agencias en derecho, equivalentes a la fecha del pago, a cada uno de los hermanos demandantes ya mencionados anteriormente **CUARTO:** Se absuelve a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda. **QUINTO:** Igualmente se condena a la llamante en garantía AFRQ Construcciones S.A.S., a pagar costas procesales y agencias en derecho a favor de la compañía de seguros Suramericana que se tasan en 2 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha del pago” (...).*

Como sustento de la decisión el Juez señaló que en este caso el trabajador era de dirección, confianza y manejo por lo que realizó una labor en beneficio de la Unión Temporal, lo que descarta que el accidente de trabajo haya sido por causa exclusiva de la víctima puesto que estaba en ejercicio de sus funciones; señaló que no existe razón suficiente para eximir a las demandadas de su responsabilidad como empleador dado que hubo descuido en cuanto al mantenimiento y cuidado de la máquina que ocasionó el accidente, fueron los mismos testigos quienes narraron que para el momento del accidente la máquina se encontraba en pésimas condiciones de seguridad, no contaba con señales visuales y auditivas, por lo que concluyó que eso fue lo generó el accidente.

Por otra parte, advirtió que no había lugar a condenar por daño emergente o lucro cesante ante la falencia probatoria, pero si era viable

el reconocimiento de perjuicios morales para solventar la carencia del ser querido que sufren los familiares, siendo sus padres quienes sufrieron un mayor dolor al haber convivido con el causante desde su nacimiento y el haber procurado durante todo el tiempo su apoyo personal y familiar.

Finalmente, señaló que no prosperaba la excepción de prescripción y tampoco responsabilidad alguna frente al llamado en garantía dado que el objeto asegurado es cubrir los factores de cumplimiento del contrato y el pago de salarios, pero no los riesgos laborales, accidente de trabajo e indemnización plena de perjuicios, por lo que esa eventualidad no está asegurada.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **ALCA INGENIERÍA S.A.S.** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva de las condenas.

Adujo que se logró probar que en el accidente de trabajo que sufrió el trabajador no existió culpa del empleador, no fue contratado para que echara agua y así evitar que se levantara polvo y no causar malestar a la comunidad, fue contratado para labores administrativas de dirección confianza y manejo, pero no para labores operativas, motivo por el cual considera que no existe nexo de causalidad entre el accidente y las labores para las cuales fue contratado; además, que el accidente ocurrió en un horario no laboral del trabajador sino en su hora de almuerzo, por lo que expuso innecesariamente a la zona de riesgo; finalmente, solicita se revise la condena por perjuicios morales, especialmente la concedida a los hermanos, puesto que el causante no era cercano a ellos y no hay prueba suficiente de esa relación (*min. 00:57:00, archivo "18AudienciaFallo"*).

El apoderado de la empresa **TORRESCASMARA Y CIA OBRAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA** presentó recurso de apelación. Para

sustentar la alzada señaló que se dejó de apreciar pruebas documentales y la decisión se sustentó única y exclusivamente en las documentales que fueron posteriores a la ocurrencia del accidente de trabajo y a las declaraciones de testigos que se limitaron simplemente a señalar que la máquina tenía deficiencias que fueron las que produjeron directamente el accidente del trabajador; que el trabajador faltó a las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles que debe atender cualquier persona normal, asumió un riesgo innecesario, ajeno a la labor para la que fue contratado; que el empleador cumplió con el deber de cuidado respecto de los riesgos de trabajo que eran previsibles, en particular con las labores que le habían sido contratadas y fue una actuación imprudente del empleado.

Manifestó que si el trabajador hubiera actuado con diligencia había advertido que esa máquina no cumplía con las especificaciones y las condiciones que señalaron los testigos, pero no lo hizo, omitió, no vio esa circunstancia, se expuso a ella innecesariamente, por lo que en gracia de discusión ha debido de fijarse una compensación de culpas (*min. 01:07:19, archivo “18AudienciaFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a resolver los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala definir si hubo culpa del empleador en el accidente de trabajo sufrido por **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN** (q.e.p.d.); en tal caso, establecer si es procedente la condena de perjuicios morales en la forma dispuesta por el *a quo*.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: *i)* el 12 de junio de 2012 entre las empresas **ALCA INGENIERÍA S.A.S., TORRESCAMARA Y CÍA DE OBRA SUCURSAL COLOMBIA** y NOARCO S.A. se constituyó la **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA VIAL 2012** (pág. 125 y 126, archivo “03AnexosDemanda”); *ii)* entre **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA VIAL 2012** y JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN (q.e.p.d.) se suscribió contrato de trabajo por duración de obra o labor para el cargo de director administrativo, a partir del 06 de noviembre de 2012 (pág. 93 a 97, archivo “07ContestacionLlamamiento”); *iii)* entre **AFRQ CONSTRUCCIONES S.A.S.** y la **UNIÓN TEMPORAL VIAL 2012** se celebró contrato de prestación de servicios para el suministro de una retroexcavadora 320 (pág. 31 a 33, archivo “07ContestacionLlamamiento”); *iv)* JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN falleció el 24 de febrero de 2013 como consecuencia de un accidente de trabajo (pág. 136 archivo “06ContestacionAlcaIng”) y (pág. 31 A 33, archivo “07ContestacionLlamamiento”).

- Sobre la responsabilidad por culpa patronal

El artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, consagró la obligación del empleador de brindar protección y seguridad a sus trabajadores. El artículo 57 *ibídem*, obliga a todo empleador a poner a disposición de sus trabajadores los instrumentos adecuados para realizar las labores y procurarles locales apropiados y elementos adecuados de protección contra accidentes y enfermedades

profesionales, para así garantizar razonablemente la seguridad y salud de los trabajadores.

Las anteriores obligaciones concuerdan con el artículo 348 del Código Sustantivo del Trabajo, al disponer que todo empleador y empresa están obligados a suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de sus trabajadores, así como practicar los exámenes médicos a su personal y adoptar las medidas de higiene y seguridad indispensables para proteger la vida, salud y moralidad de sus trabajadores.

En el mismo sentido, el Convenio 167 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre seguridad y salud en la construcción ratificado por Colombia, mediante la Ley 52 de 1993, aplicable a todas las actividades de construcción, prevé que los empleadores deben adoptar todas las precauciones adecuadas para garantizar que todos los lugares de trabajo sean seguros y estén exentos de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, contando incluso con el deber de adoptar medidas inmediatas para interrumpir las actividades cuando haya un riesgo inminente para la seguridad de los trabajadores.

Así, por mandato legal, el empleador tiene la obligación de garantizar y procurar la seguridad y salud de sus trabajadores, motivo por el cual el artículo 216 de la norma sustantiva laboral señala que de existir culpa suficientemente probada del empleador, en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional de su trabajador, será entonces el empleador obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Sobre la naturaleza y alcance de la precitada responsabilidad por “*culpa patronal*”, la H. CSJ diferencia la responsabilidad objetiva de las ARL de reconocer las prestaciones del Sistema de Riesgos Laborales, de la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios, consagrada en el artículo 216 del CST, por la cual el empleador debe

resarcir, de forma plena e integral, todos los perjuicios sufridos por el trabajador por la materialización de un riesgo laboral, siempre y cuando medie culpa del empleador, suficientemente probada, en la ocurrencia del daño, sentencias SL Rad 39.446 del 14 de agosto de 2012, SL6497-2015, SL16792 de 2015, entre otras.

La misma Corporación ha señalado que la responsabilidad por culpa patronal surge solo si se acredita: i) la culpa leve del empleador o, en casos excepcionales, su culpa grave ante casos de riesgo excepcional, por negligencia, imprudencia o impericia, en la materialización de los riesgos genéricos y específicos que dan lugar al accidente de trabajo o enfermedad profesional; ii) el daño cierto, cuantificable y antijurídico del trabajador, generado por causa o con ocasión del trabajo; iii) el nexo de causalidad entre el daño y la culpa probada del empleador. Dichos requisitos han sido reiterados en las sentencias SL6497 de 2015, SL4794-2018, SL1361-2019, entre otras.

Respecto la carga de la prueba, la H. CSJ señala que corresponde al demandante acreditar la culpa del empleador por incumplir la obligación de protección y cuidado de sus trabajadores, mientras que el demandado tiene la carga de demostrar el cumplimiento diligente y cuidadoso de dicha obligación para exonerarse de responsabilidad, conforme los artículos 1604 y 1757 CC y 167 CGP. La precitada regla jurisprudencial ha sido reiterada en providencias SL14420-2014, SL4913 de 2018, SL261 de 2019, SL2845 de 2019, SL2336 de 2020, SL5154 de 2020, entre otras.

De forma excepcional, cuando el demandante alega que la culpa del empleador deriva de negligencia u omisión, se traslada al demandado la carga de demostrar que adoptó medidas pertinentes para proteger la salud y la integridad física del trabajador, tal como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL13653 de 2015, SL10194 de 2017, SL5154 de 2020, SL1900 de 2021, entre otras.

Además, al analizar la procedencia de la indemnización total y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del CST, la jurisprudencia ha estimado que al mediar el actuar de otro compañero del trabajo en la ocurrencia del accidente de trabajo, ello no libera al empleador de su responsabilidad en la medida que responde por el daño causado por sus trabajadores, a menos que aparezca probado que el comportamiento dañino de éstos no fue el propio de su condición o calidad de trabajadores, representantes, dependientes o servidores en general, y que dicho comportamiento no pudo ser previsto o impedido por el empleador no obstante emplear el cuidado ordinario y la autoridad competente para tal efecto. Igualmente, que no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes (CSJ SL5463-2015, SL5619-2016, SL1911-2019, SL492-2021, entre otras).

Así, con apoyo en los precedentes reseñados, el sólo incumplimiento en la diligencia del cuidado ordinario o mediano genera la responsabilidad del empleador y su obligación de indemnizar los perjuicios acaecidos al trabajador.

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores referentes, se advierte que en el expediente se encuentra acreditado que el día 23 de febrero de 2013 **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN** (q.e.p.d.) sufrió un accidente de trabajo (pág. 33 a 37, 173 archivo “06ContestacionAlcaIng”) y (pág. 44, archivo “07ContestacionLlamamiento”), descrito de la siguiente manera:

“Siendo el 23 de febrero de 2013 sobre las 12 del medio día, el Arquitecto Juan Carlos Pachón se desplazaba en una de las volqueta contratista de la empresa Unión Temporal Alianza Vial, del botadero de la obra, hacia la obra (Mejoramiento y Mantenimiento de la carretera Puente de Aurra – Santa Fe de Antioquia Ruta 6204 en el Departamento de Antioquia) que se encontraba con paso restringido. Éste decide bajarse del vehículo antes de ir a almorzar; luego solicita a los vecinos de la finca cercana una manguera para hidratar la vía. En este momento la manguera

se enredo como a 5 metros de distancia del trabajador en la parte inferior de la vía, por lo que el Topógrafo el señor Gabriel Antonio Chaverra, quien se encontraba acompañando la labor de la retro excavadora de oruga, fue a ayudarlo al Arquitecto en asunto a desenredar la manguera. El topógrafo baja a desenredar la manguera mientras el Arquitecto Juan Carlos Pachón se ubicó a unos 50 centímetros de la retroexcavadora de oruga por la parte de atrás (línea de fuego), esta se encontraba tapando unos baches que tenía la vía. En el momento en que el Arquitecto le da la espalda a la retroexcavadora ésta retrocede y le atrapa las piernas hasta la rodilla, esto sucede mientras el Topógrafo se encuentra desenredando la manguera, cuando este vuelve a levantar la vista ya ve al Arq. Juan Carlos atrapado hasta la rodilla por la retro excavadora de oruga en su parte trasera con la oruga, el topógrafo se dirige a prestar los primeros auxilios al trabajador para lo que le colocan una camilla, lo aseguran y lo montan en una camioneta en la parte trasera para ser llevado al hospital de San Jerónimo que es el más cerca al lugar del accidente”. Sic.

Como consecuencia de este hecho, **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN** (q.e.p.d.) falleció el 24 de febrero de 2013 (pág. 136 y 138, archivo “06ContestacionAlcaIng”)

Demostrada la existencia del accidente y el daño a la integridad del trabajador, la parte demandante aduce que existió culpa del empleador en la ocurrencia de dicho accidente, pues considera que se omitió tener las garantías respectivas en prevención de accidentes de trabajo, la máquina retroexcavadora no contaba con las medidas de seguridad necesarias como sensores, espejos que le permitieran al conductor tener la visibilidad necesaria y así haber podido evitar el infortunio.

Así las cosas, le correspondía a la parte demandada acreditar su conducta diligente aportando las pruebas pertinentes y conducentes a determinar que adoptó medidas preventivas de protección y seguridad tendientes a proteger la integridad de sus trabajadores y evitarles un daño o menoscabo en la salud y, además, que la acción llevaba a cabo por el causante tendiente a disminuir los efectos del polvo generado por la obra y la del conductor que generó el movimiento repentino de la retroexcavadora y con ello, el accidente, no podía ser previsto o impedido por el empleador.

Al efecto, se allegaron, entre otras, las siguientes pruebas:

i) Investigación de accidente de trabajo (*pag.21 a 27, archivo “06ContestacionAlcaIng”*); **ii)** Resolución 090 de 16 de septiembre de 2013 del Ministerio de Trabajo sobre averiguación preliminar de riesgos laborales (*pag.33 a 37, archivo “06ContestacionAlcaIng”*); **iii)** perfil del cargo de director técnico administrativo (*pag.38 a 40, archivo “06ContestacionAlcaIng”*); **iv)** capacitaciones sobre salud ocupacional y primeros auxilios (*pág. 118 a 123, 169 a 171, 252 a 262, archivo “06ContestacionAlcaIng”*); **v)** panorama de riesgos (*pág. 168, 245 a 251 archivo “06ContestacionAlcaIng”*); **vi)** seguimiento accidente de trabajo (*pág. 174, archivo “06ContestacionAlcaIng”*); **vii)** recomendaciones de la ARL con ocasión del accidente de trabajo (*pág. 178 y 179, archivo “06ContestacionAlcaIng”*); **viii)** inspección áreas de trabajo ARL mayo 2013 (*pág. 186 a 194, archivo “06ContestacionAlcaIng”*); **ix)** hoja de vida, certificados de experiencia y contrato de trabajo de Rubiano Castrillón Hernández, conductor de la retroexcavadora que ocasionó el accidente (*pág. 196 a 215, archivo “06ContestacionAlcaIng”*); **x)** conceptos de aptitud laboral del trabajador fallecido (*pág. 223 a 226, archivo “06ContestacionAlcaIng”*).

Además de la prueba documental allegada por las partes, se recaudó el interrogatorio de Carlos Alfonso Morales Grilleros, representante legal de **ALCA INGENIERÍA S.A.S.** (*min. 05:59, archivo 10AudienciaArt77*), quien informó que el trabajador fallecido era de profesión arquitecto, relató aspectos relacionados con el accidente de trabajo, que JUAN CARLOS era el director administrativo, que la retroexcavadora no era de propiedad de la compañía, sino que se había subcontratado su suministro con la firma AFRQ y, por tanto, quien conducía dicha máquina no era empleado del consorcio, sino del contratista, que la coordinación del accionar de la máquina estaba a cargo de un topógrafo y otros ayudantes; que si bien AFRQ debía suministrar una retroexcavadora 320, hubo un problema mecánico y el contratista para no demorar la obra suministró una máquina 312 que técnicamente es una maquina más pequeña, que la máquina estuvo operando ese día toda la mañana y contaba con todos los accesorios.

Y se escucharon los testimonios de Juan Carlos Roldan Higueta (*min. 30:05, archivo 10AudienciaArt77*) y Francisco Javier Piedrahita Ruiz (*min. 55:00, archivo 10AudienciaArt77*), quienes, si bien no estuvieron presentes al momento del accidente de trabajo y sus afirmaciones son contradictorias frente a la hora de ocurrencia de este, para la Sala estas declaraciones son relevantes por cuantos fueron trabajadores que estaban en la obra y fueron coincidentes en afirmar el estado de la retroexcavadora.

Pues bien, una vez analizado en conjunto la totalidad de las pruebas, la Sala no encuentra elementos suficientes que acrediten la debida diligencia de la **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA VIAL 2012**, ni que hubiera desplegado medidas preventivas y de protección, en la actividad específica que realizaban los trabajadores al momento de ocurrir el accidente de trabajo.

De acuerdo con la revisión de cada una de las documentales, la Sala advierte que el accidente de trabajo se presentó por falta de prevención y control de los riesgos laborales y una indebida supervisión para el cumplimiento de los protocolos por parte de la **UNIÓN TEMPORAL** que derivó en un movimiento repentino de la máquina retroexcavadora, pese a que **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN (q.e.p.d.)** se encontraba muy cerca de la zona de riesgo y ni el operador del equipo ni la persona encargada de prestar apoyo advirtieron sobre la imposibilidad de maniobra o del acto inseguro, lo que conllevó a una consecuencia fatal.

Y el hecho de que la retroexcavadora no fuera de su propiedad (*pág. 35 a 37, archivo “03AnexosDemanda”*), y el operador de la máquina estuviera vinculado por una compañía diferente a la **UNIÓN TEMPORAL**, no es un eximente de responsabilidad dado que dicha **UNIÓN** era quien tenía a su cargo la obra y el control de todas las actividades que se estaban desarrollando para la carretera Puente Aurra – Santafé de Antioquia, por lo que era la principal obligada a

adoptar las medidas suficientes de seguridad y protección para todos los trabajadores.

Pero, además, no se puede pasar por alto que el referido vehículo no contaba con todos los instrumentos mínimos para su funcionamiento. Sobre el particular, los testigos manifestaron lo siguiente:

- Juan Carlos Roldan Higueta: Era una máquina vieja, no tenía luces, no tenía alarma y siempre colocaba a una persona para que le avisara al conductor, no tenía sensores, retrovisor y para avisar al conductor tocaba con una persona en tierra y después del accidente le pusieron accesorios.
- Francisco Javier Piedrahita Ruiz: la máquina no tenía sensores solamente cuando ocurrió el accidente al otro día le pusieron sensores, espejos.

Aspecto que se encuentra en consonancia con las recomendaciones de la investigación del accidente fatal del trabajador JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN (q.e.p.d.) notificadas al empleador por parte de la ARL COLPATRIA, en escrito del 09 de abril de 2013 (*pág. 178 y 178, archivo "06ContestacionAlcaIng"*) donde se advirtió, como medidas de prevención:

- Dotar los vehículos y maquinaria pesada con alarma sonora de retroceso, las cuales deben cumplir con las especificaciones de generar un nivel de presión sonora de 10 a 15 db por encima de la medida alrededor de la máquina. Esta medida se dio por cumplida sólo hasta el 05 de julio de 2013 (*pág. 174, archivo "06ContestacionAlcaIng"*).
- Instalar espejos retrovisores en la maquinaria pesada como lo son las retroexcavadoras.
- Continuar con la señalización vertical que indique que esté operando maquinaria pesada.

- Continuar con la delimitación de zonas donde se realicen laborales de alto riesgo maquinaria pesada.
- Capacitación en manejo seguro de equipos y maquinaria pesada para operadores.
- Capacitación de autocuidado relacionado con el respecto de las señalares y demarcación de obra, así como el cumplimiento de las normas y procedimientos de trabajo.
- Capacitación en normas de seguridad y procedimientos de trabajo seguro en obra.

Igualmente, en la investigación del accidente de trabajo de fecha 27 de febrero de 2013, contiene de manera clara las particularidades acaecidas el día del siniestro, recogió los relatos de los trabajadores que presenciaron el accidente (Rodrigo Mendoza Quiroz – conductor volqueta, Gabriel Antonio Chaverra Cardona – topógrafo y Rubiano Castrillón – conductor máquina) y luego de realizado el estudio, establecieron las principales causas que derivaron en el accidente de trabajo, las cuales no fueron desvirtuadas en la presente asunto.

En la referida investigación (*pág. 21 a 27, archivo “06ContestacionAlcaIng”*) se señalaron como causas del accidente, entre otras, las siguientes:

1. Iniciar o parar vehículos o equipos sin dar aviso adecuado.
2. No asegurar o no advertir.
3. Exponerse innecesariamente a equipos que se mueven.
4. Métodos peligrosos ubicación impropia de personal.
5. Bajo tiempo de reacción.
6. Orientación deficiente.
7. Órdenes mal interpretadas.

Lo anterior cobra mayor relevancia en la medida que quedó demostrado en el proceso que el día del accidente, 23 de febrero de 2013, la máquina retroexcavadora no contaba con alarma sonora de

retroceso y espejos retrovisores, no se encontraba en óptimas condiciones de funcionamiento, y a pesar de ello se continuó cumpliendo la actividad, sin que se demostrara que hubo prohibición, suspensión o interrupción de la ejecución de los trabajos hasta tanto no se adoptaran las medidas correctivas (Convenio 167 OIT). Y aunque no se puede inferir que de haberse cumplido cada uno de los protocolos y procedimientos se hubiera evitado el accidente, lo cierto es que la realización de las actividades bajo un escenario seguro disminuiría la presentación de los riesgos en la salud y la vida del trabajador.

No es suficiente que el empleador, como en este caso, manifieste que realizaron las respectivas capacitaciones, se entregaron todos los elementos de protección o que los trabajadores tenían una gran experiencia en el manejo de retroexcavadoras, pues de advertirse el incumplimiento de sus obligaciones debe responder a título de culpa.

Y aunque quedó demostrado que el accidente que sufrió JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN (q.e.p.d.) se generó con ocasión de una acción involuntaria del conductor del vehículo, quien a su vez estaba acatando una orden del topógrafo – Gabriel Chaverra, quien le indicó que moviera el vehículo hacia adelante, ello no libera al empleador de su responsabilidad en la medida que responde por el daño causado por sus trabajadores, en los términos del artículo 2349 del Código Civil (CSJ SL5619-2016, SL2906-2020), más aún cuando la acción insegura realizada por el operador de la retroexcavadora había podido mitigarse con una supervisión adecuada, por lo que es evidente el nexo causal que existió entre la omisión del empleador y el desafortunado suceso.

Ahora, pese a que se le puede imputar al trabajador fallecido que sus funciones eran administrativas no operativas, que realizó una actividad que no le correspondía, que desconoció las normas de prevención y seguridad, como lo sostiene la parte demandada, y que

ejecutó un acto inseguro por su propia voluntad, no se puede desconocer que la responsabilidad del empleador en el accidente laboral no desaparece en el evento de que éste ocurra también por un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador - concurrencia de culpas- (CSJ SL5463- 2015 y SL492-2021).

Por lo tanto, para la Sala no hubo un actuar diligente del empleador para precaver o evitar poner en riesgo la salud e integridad de su trabajador JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN (q.e.p.d.), por ello la única conclusión posible en el caso bajo estudio es que **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA VIAL 2012**, incurrió en la culpa patronal que se le endilga, contrario a lo afirmado por los recurrentes, razón suficiente para confirmar en este aspecto la sentencia.

- **Sobre los perjuicios morales**

Frente a los perjuicios morales, se advierte que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que para tasar los perjuicios morales el precio del dolor o daño queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1 y 5 de la Constitución Política (CSJ SL17547-2017, SL4665-2018, SL546-2021).

Igualmente, la referida Corporación ha reiterado que “*está legitimada para demandar la reparación plena de perjuicios cualquiera persona que considere que ha sufrido un daño cierto, con ocasión de la muerte, discapacidad o invalidez, producto de un accidente laboral en el cual haya mediado culpa comprobada del empleador*”. Sin embargo, continúa la Corte, “*No basta afirmar que un hecho dañino (accidente laboral o enfermedad laboral) ha ocasionado un perjuicio moral, sino que hay que comprobar los lazos de parentesco o los lazos de cercanía con la víctima y la incidencia de aquel insuceso en los sentimientos íntimos del damnificado por la conducta del empleador*”. A su vez, sostiene que esta tipología de perjuicio “*se encuentra revestida por una presunción hominis, según la cual la prueba de su existencia dimana del*

razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo, no de manera arbitraria sino como resultado de una deducción cuya fuerza demostrativa encuadra en clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, que le permite dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge” (CSJ SL13074-2014, SL4913-2018 y SL5154-2020).

Aplicando los anteriores criterios, en este caso, no hay duda de que el accidente de trabajo y posteriormente fallecimiento de JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN (q.e.p.d.) le generó a sus padres y hermanos aflicción, impacto emocional, padecimientos interiores y angustias lo que conlleva necesariamente a resarcir dichos perjuicios, sin que sea necesario para su causación la demostración del sufrimiento, dado que este se presume.

Por tanto, la afirmación realizada en la alzada por parte del apoderado de **ALCA INGENIERÍA S.A.S.** en el sentido que el causante no era cercano a sus hermanos y no existía una buena relación, adolece de prueba. Y al tratarse del fallecimiento de un familiar, el medio de persuasión debió ser contundente que demostrará la incompatibilidad del reconocimiento.

Así, al no ser objeto de controversia el vínculo de parentesco de los demandantes con el trabajador fallecido, los cuales se acreditan con los registros civiles aportados con la demanda (*pág. 139 a 148, archivo “03AnexosDemanda”*), el montó fijado por el juez de primera instancia en la suma de 60 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para cada uno de los padres y 30 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para cada uno de los hermanos corresponde al criterio de discrecionalidad que tiene el funcionario judicial para establecer la suma que resarza dichos perjuicios.

Al no haberse presentado recurso sobre los demás aspectos resueltos por el *a quo*, la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08-2022-00480-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver 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 30 de agosto de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 1:12:42 *archivo "15ActaAudiencia20233008"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 15 archivo "02Demanda").**

MARÍA CLARA RINCÓN MATELLANA solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAI, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 23 de enero de 1965, que se encontraba afiliada al RPM cotizando en el ISS, trasladándose al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** en el año 1996, afiliación que se llevó de manera desinformada, pues la AFP no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales. Por último, señaló que elevó solicitud a **COLPENSIONES**.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, a la afiliación en el RPM y la presentación de la reclamación administrativa, la cual fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones prescripción y caducidad, declaración de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Pág. 2 a 10 archivo “06ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Admitió los hechos relativos a la edad de la demandante y su afiliación a esa AFP e indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Invocó las excepciones 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 38 archivos “09ContestaciónPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (mín. 1:12:42 archivo “15ActaAudiencia20233008”).

El 30 de agosto de 2023, el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora MARIA CLARA RINCÓN MATA LLANA realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 02 de febrero de 1996 mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARIA CLARA RINCÓN MATA LLANA, conforme a lo señalado. TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARIA CLARA RINCÓN MATA LLANA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuando los ajustes en la historia pensional de la actora. QUINTO:

COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada **PORVENIR** liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 de pesos. **SEXTO:** Como quiera que la esta decisión resulta adversa a los intereses de **COLPENSIONES**, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad. (...)”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a través de su afiliación a **PORVENIR** el 02 de febrero de 1996, declarando que se encuentra válidamente afiliada al RPM y como en consecuencia, si es procedente condenar a **PORVENIR** a devolver a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que se encuentren en la CAI del demandante, ordenándole a **COLPENSIONES** a recibir dichas sumas de dinero y a actualizar la historia laboral.

Para resolver, indicó que los fondos deben cumplir con el deber de información pues así los usuarios puedan tomar una decisión informada y su omisión viola los derechos fundamentales a los afiliados como el del consentimiento informado, igualmente, dijo que la carga de la prueba recae en las AFP, concluyendo que no se aportaron medios de convicción que acrediten que **PORVENIR** cumplió con su carga, ya que del interrogatorio de parte no se obtiene la confesión respecto de la información recibida, por lo que con la sola la suscripción del formulario no se puede concluir que hubiese recibido la información necesaria en los términos señalados por la CSJ, para suscribir una afiliación libre, consciente e informada, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando que del interrogatorio de parte se demuestra que la demandante si tenía conocimiento de las ventajas y desventajas que tendría al momento del traslado y suscripción de formulario de afiliación con la AFP, que la proyección pensional no es suficiente, ya que es una mera estimación por lo que pueden llegar a variar en el tiempo. Solicita se revoque la condena por el traslado de los gastos de administración, ya

que dichos recursos han cumplido con su labor, como el de cubrir y salvaguardar los aportes realizados por la parte actora. (min. 1:03:44 archivo “15ActaAudiencia20233008”).

A su turno, la apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, argumentando que no es posible exigir la carga de la prueba a la demandada, pues teniendo en cuenta la normatividad de la época de los hechos, la información se daba de manera verbal, sin dejar constancia de ello y solo era necesario el formulario de afiliación, que también debe tenerse en cuenta que la parte actora no es beneficiaria del régimen de transición pues no cumple ninguna de las condiciones, que su afiliación fue de manera libre y voluntaria y que **COLPENSIONES** es un tercero de buena fe, pues nada tuvo que ver en el pleito que se presentó (mín. 1:09:50. archivo “15ActaAudiencia20233008”).

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, reiterando los argumentos esbozados en la alzada. Las demás partes se abstuvieron 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 el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de trasladar a **COLPENSIONES** las sumas por concepto gastos de administración, 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 **MARÍA CLARA RINCÓN MATA LLANA** nació el 23 enero de 1965 (Pág. 17 archivo “02Demanda”); *ii*) la demandante cotizó al extinto ISS desde el 22 de febrero de 1988 (carpeta “07ExpedienteAdministrativoColpensiones”, archivo “GRP-SCH-HL-6655444...”); *iii*) la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 00685538 del 02 de febrero de 1996, efectivo a partir del 01 de marzo de 1996, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 39 a 41 archivo “09ContestacionPorvenir”); *iv*) la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES** para retornar al RPM, petición que fue negada (Pág. 19 a 26 archivo “02Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, la Juez *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** 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 o con posterioridad.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que fue visitada por un asesor de la AFP, que solo le ofrecieron el traslado, sin darle información detallada sobre el comparativo entre lo uno y lo otro, pues tan solo se le indicó que tendría mejores beneficios en la AFP, como el de pensionarse antes de la edad requerida, mas no cómo podría obtenerla, ni a cuánto ascendería su mesada, asimismo, señaló que para la época se creía que el ISS era deficiente y que generalmente las personas se estaban trasladando a los fondos privados, situación que no le preocupó en el momento porque era muy joven, aceptó que ella fue quien suministró la información del formulario de afiliación, que se afilió como independiente porque gran parte de su vida laboral no había tenido

ningún tipo de contrato laboral, sino como prestación de servicio y lo que la motiva a realizar el traslado es el valor de la mesada pensional; manifestaciones que no benefician a **PORVENIR S.A.**, 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 la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados 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 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.

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

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.

En consecuencia, la Sala prohijará 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.

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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARIA CLARA RINCON MATA LLANA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2022 00480 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11-2022-00056-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra la sentencia del 06 de junio de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 2:09:57 archivo “16Audiencia20230606”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 5 a 19 archivo “01EscritoDemanda20220215”).

ALEIDA LEONOR ALFONSO BARBOSA solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 19 de agosto de 1962, que estuvo afiliada al ISS hasta el mes de julio del 2004, trasladándose al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el día 29 de julio de 2004, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y la afiliación a esa AFP e indicó que no son ciertos o no le constan los demás. Formuló las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad e 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. 3 a 28 archivo “08MemorialContestaciónDemandaPorvenir20230310”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la edad de la accionante. Expresó que no le constan los demás hechos e invocó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 11604 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 de orden público e innominada o genérica (Pág. 3 a 39 archivo “09MemorialContestaciónColpensiones20230314”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:09:57 archivo “16Audiencia20230606”).

El 06 de junio de 2023, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…)PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado por la señora ALEIDA LEONOR ALFONSO BARBOSA el día veintinueve (29) de julio del año 2004, del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y al

*fondo de garantía de pensión mínima, entendido como gastos de administración como comisiones de administración, primas de seguros invalidez y de sobrevivientes y eventualmente en el caso de haberse presentado, el pago de seguros de FOGAFÍN al igual que el fondo de garantía mínima. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante ALEIDA LEONOR ALFONSO BARBOSA al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y demás, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por la demandante en la historia laboral del régimen de prima media. **CUARTO:** Las excepciones propuestas se declaran imprósperas. **QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a la sociedad demandada PORVENIR S.A. incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de 2 SMLMV. **SEXTO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. (...)”.*

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico determinar si hay lugar o no a declarar la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la demandante en el año 2004, fecha en la que se trasladó del RPM, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, al RAIS administrado por **PORVENIR**. En caso de salir avante esta pretensión principal de ineficacia, establecerse si hay lugar o no a declarar que la demandante continua válidamente afiliada al RPM que hoy administra **COLPENSIONES**. Igualmente, establecerse, en caso de salir avante la pretensión principal de ineficacia, cuáles deben ser los dineros que deben ser devueltos por la AFP demandada con destino a **COLPENSIONES**. Finalmente, determinarse si hay lugar o no a la condena y pago de costas y agencias en derecho.

Para resolver, indicó que en el presente caso no se encuentra que la demandante hubiera confesado en su interrogatorio el haber recibido una información clara y oportuna para materializar su traslado al RAIS sobre las características de uno y otro régimen, por lo que la AFP no demostró haber cumplido el deber de información, indicando que sobre ella se encontraba la carga de la prueba de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJ, por lo que el traslado de régimen se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, considerando que para la época la normatividad aplicable era la ley 797 de 2003, la cual solo exigía la expresión libre y voluntaria del afiliado expresada con la firma del formulario para demostrar el libre consentimiento de afiliación, así como tampoco era necesario la doble asesoría a sus afiliados, por lo que no es razonable imponer a las AFP obligaciones que no eran previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, al igual modo, que **COLPENSIONES** no participó en el acto jurídico, siendo ésta únicamente un tercero y por último, que debe tener en cuenta que la parte actora decidió permanecer afiliada al RAIS a lo largo del tiempo. (min. 2:13:01 archivo “16Audiencia20230606”).

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR 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 **ALEIDA LEONOR ALFONSO BARBOSA** nació el 19 de agosto de 1962 (Pág. 20 archivo “01EscritoDemanda20220215”); *ii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, a través del formulario No. 02084788 del 29 de julio de 2004, efectiva a partir del 01 de septiembre de 2004, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 114 a 115 archivo “09MemorialContestacionDemandaPorvenir”20230310).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** 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 decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PORVENIR S.A.** 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 o con posterioridad.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que fue visitada en la empresa donde laboraba por una asesora de la AFP, quien le informó que el ISS iba a desaparecer y que lo mejor era que se trasladara al fondo privado, reunión que se realizó de manera grupal, por lo que no tuvo oportunidad de realizar preguntas y sin haber recibido información sobre las diferencias entre ambos regímenes, las ventajas y desventajas, beneficios, características y requisitos para pensionarse en el RAIS, señaló que no leyó el formulario de afiliación, si ha recibido extractos de sus aportes, no efectuó por su cuenta ninguna averiguación en su momento sobre el traslado que estaba realizando y que su motivo para retornar al RPM es porque le comentaron que las condiciones para pensionarse en el fondo privado son totalmente diferentes a las del fondo público; manifestaciones que no benefician a **PORVENIR S.A.** 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 la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso 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 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 y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

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

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.

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 el ordinal 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, así como 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, sin lugar a descuento alguno y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada. 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.

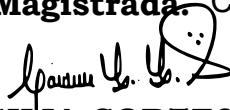
QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme

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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ALEIDA LEONOR ALFONSO BARBOSA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2022 00056 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11-2021-00332-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra la sentencia del 17 de marzo de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 1:50:39 *archivo "16AudioYAudiencia20230317"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 1 a 13 **archivo "01DemandaConAnexos20210721"**).

SANDRA TIBOCHA GUERRERO solicitó declarar la ineficacia de su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAI, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 06 de septiembre de 1965, que se encontraba afiliada al RMP, en donde cotizó 400 semanas aproximadamente, trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** en el año 1995, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales. Elevó solicitud a **COLPENSIONES**, petición que no fue contestada.

● **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda y formuló las excepciones de prescripción, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe y excepción genérica (Pág. 2 a 37 archivos “05ContestaciónDemandaPorvenir20211012”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la edad de la demandante y la afiliación al RAIS. Expresó que no eran ciertos o no le constaban 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, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público e innominada o genérica (Pág. 2 a 39 archivo “08ContestaciónDemandaColpensiones20221003”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:50:39 archivo “16AudioYAudiencia20230317”).

El 17 de marzo de 2023, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…)PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado el día diez (10) de noviembre de 1995 por la señora SANDRA TIBOCHA GUERRERO del régimen de prima media con prestación definida administrada por el extinto instituto de seguros sociales hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA SA que posteriormente pasó a HORIZONTE SA y hoy PORVENIR SA. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante durante su permanencia en estas tres (03) administradoras del RAIS (COLPATRIA, HORIZONTE Y PORVENIR), es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que fueron descontados de la cotización y destinados a gastos de administración y al fondo de garantía de pensión mínima, entendido como gastos de administración lo que son comisiones de administración, pago de seguros invalidez y de

*sobrevivientes y en caso de haberse presentado, el pago de seguros de FOGAFÍN. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante SANDRA TIBOCHA GUERRERO al régimen de prima media con prestación definida que hoy administra COLPENSIONES sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados en el RAIS en la historia laboral de la demandante. **CUARTO:** Las excepciones propuestas se declaran imprósperas. **QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a la sociedad PORVENIR S.A. incluyendo como agencias en derecho a favor del demandante, la suma de 2 SMLMV. **SEXTO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional se Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. (...)."*

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la demandante en el año 1995 cuando se trasladó del RPM administrada en su momento por el ISS al RAIS administrado en este caso por la AFP COLPATRIA SA hoy **PORVENIR S.A.** y en caso de salir avante esta pretensión, determinar si como consecuencia de la declaratoria de ineficacia debe declararse o no que la demandante continúe válidamente afiliada al RPM que hoy administra **COLPENSIONES**.

Para resolver, el Juez indicó que en el presente caso no se encuentra que la demandante hubiera confesado en su interrogatorio el haber recibido una información clara y oportuna para materializar su traslado al RAIS sobre las características de uno y otro régimen, por lo que la AFP no demostró haber cumplido el deber de información, indicando que sobre ella se encontraba la carga de la prueba de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJ, por lo que el traslado de régimen se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 1:54:14. archivo “16AudioYAudiencia20230317”).

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en lugar de disponerse su confirmación, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de esa entidad previo el cumplimiento de la devolución de las sumas obrantes en la CAI de la demandante, los cuales deben ser

retornados debidamente indexados y se confirme la no condena en costas a su cargo. Adujo, que debe tenerse en cuenta la prohibición legal de retornar al RPM en la cual se encuentra la parte demandante, que no hay una correcta aplicación del artículo 1604 CC, en razón a que la carga probatoria no debería recaer únicamente en los fondos privados, sin que exista un menos esfuerzo de la parte actora, que con su permanencia en el RAIS la demandante demuestra que el traslado de régimen fue una decisión consciente y que sin desconocer el precedente jurisprudencial, no es viable imponer cargas probatorias que en la época no eran exigidas por la ley, además que de acuerdo al principio de sostenibilidad financiera no es viable beneficiarse de las cotizaciones de los demás afiliados.

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, así como la condena en costas y la orden de traslado de sumas de dinero por concepto de gastos de administración. 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 el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución a **COLPENSIONES** de los valores descontados

durante su permanencia en la AFP, debidamente indexados, 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 en relación con los siguientes hechos: **i)** la demandante **SANDRA TIBOCHA GUERRERO** nació el 06 de septiembre de 1965 (Pág. 21 archivo “01DemandaConAnexos20210721”); **ii)** la demandante cotizó al extinto ISS entre julio de 1985 a noviembre de 1995 (pág. 34 archivo “01DemandaConAnexos20210721”); **iii)** la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, mediante formulario de vinculación del 10 de noviembre de 1995, efectivo a partir del 01 de diciembre de 1995, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 86 archivo “05ContestacionDemandaPorvenir”20211012); **iii)** la demandante elevó solicitud de nulidad de traslado a **COLPENSIONES** (pág. 23 a 27 archivo “01DemandaConAnexos20210721”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** 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 definitivos 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, 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 o con posterioridad.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que en la empresa donde laboraba en el año 1995 fue visitada por un asesor de COLPATRIA, quien le informó que el ISS no tenía una buena situación financiera, por lo que lo mejor era que se trasladara a un fondo privado, en donde tendría mayor garantía, asimismo, informó que su motivo para querer retornar a **COLPENSIONES** obedece a que su mesada pensional solo ascendería a un SMLMV; manifestaciones que no benefician a **PORVENIR S.A.**, 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 la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso 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 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 y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

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

SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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.

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 el **ORDINAL 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, así como 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, sin lugar a descuento alguno y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada. 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.

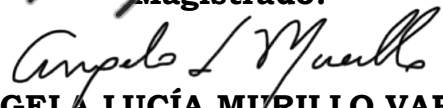
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

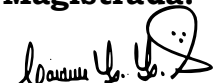
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: SANDRA TIBOCHA GUERRERO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2021 00332 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 13-2021-00366-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por las apoderadas de **COLPENSIONES** y la **UGPP** así como y el grado jurisdiccional de consulta a favor de estas, contra la sentencia del 03 de agosto de 2023, que declaró que el demandante es beneficiario de la pensión de vejez prevista en la ley 71 de 1988 y del régimen de transición a partir del 23 de febrero de 2005 en cuantía inicial de \$807.613, condenó a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la suma de \$102.625.512,53 por concepto de retroactivo causado desde el 27 de julio de 2018 y hasta mayo de 2023, sobre 14 mesadas anuales e intereses moratorios, ordenó a **COLPENSIONES** y a la **UGPP** realizar los trámites administrativos a efectos de que la segunda corra con la respectiva cuota parte que corresponda, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de julio de 2018 y no probadas las demás y condenó en costas a ambas demandadas. (min. 0:23 archivo “21AudienciaVirtualParte2”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 2 a 14 archivo “06SubsanacionDemanda”).

JORGE EDUARDO HERRERA BARAJAS llamó a juicio a **COLPENSIONES** y a la **UGPP** con el fin de que declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación en los términos de la Ley 71 de 1988 o cualquier otra norma que le sea aplicable, o de manera subsidiaria, de la pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003, y en consecuencia, obtener el pago de las mesadas pensionales causadas y dejadas de percibir desde el 22 de febrero de 2005, junto con el pago de mesadas adicionales, intereses moratorios del 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 22 de febrero de 1945, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2005 y, para el 01 de abril de 1994 tenía más de 15 años de servicio y más de 40 años de edad, así como para el 25 de julio de 2005 tenía más de 750 semanas cotizadas, agregando que la **UGPP** reconoció que es beneficiario del régimen de transición.

Señaló, que prestó sus servicios para TELECOM, MUNICIPIO DE PANDI, JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE SAN BERNARDO, JUZGADO PENAL MUNICIPAL DE SAN BERNARDO, JUZGADO PENAL MUNICIPAL DE VIOTÁ, JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE FUSAGASUGÁ, JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL DE BOGOTÁ y LOTERÍA DE BOGOTÁ entre el 01 de abril de 1964 al 28 de marzo de 1985, por lo que radicó ante **COLPENSIONES** emisión de bono pensional, contando con 367 semanas cotizadas para los riesgos de IVM en esa entidad.

Dijo, que el 18 de febrero de 2014 presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez ante la **UGPP**, solicitud que fue negada; que el 01 de abril de 2014 se afilió a **COLPENSIONES** y comenzó a cotizar en el sector privado, Administradora ante la cual solicitó el pago de la pensión de vejez el 27 de febrero de 2017, denegada mediante Resolución SUB484152 del 24 de abril de 2017.

Para finalizar, manifestó que tiene 75 años de edad y 26 años de aportes debidamente acreditados, no obstante, no disfruta de una pensión.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

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, 11, 12 y 13 relativos a la edad del demandante, la afiliación a esa Administradora y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de los requisitos legales, imposibilidad 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 13 archivo “09ContestacionColpensiones”).

A su vez, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** manifestó su oposición frente a todos los pedimentos del actor, admitió como ciertos los hechos de la demanda numerados 1, 2, 4, 9 y 10, aceptando la fecha de nacimiento del demandante, su edad y la reclamación administrativa y negando los demás. Para cimentar su defensa invocó como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, intereses moratorios y la genérica o innominada (Pág. 2 a 9 archivo “11ContestacionDemandaUnidad”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 0:23 archivo “21AudienciaVirtualParte2”).

El 03 de agosto de 2023, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que el demandante es beneficiario de la pensión de vejez prevista en la Ley 71 del 98 y del régimen de transición,

conforme a lo antes visto. **SEGUNDO: DECLARAR** como fecha de causación y disfrute del derecho pensional el 23 de febrero del año 2005 en cuantía inicial de ochocientos siete mil seiscientos trece pesos (\$807.613) mensuales, que para el año 2023 la mesada pensional asciende a la suma de un millón ochocientos diecisiete mil novecientos un pesos (\$1.817.901), por lo antes expuesto. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo causado desde el 27 de julio del año 2018 y que hasta la mesada pensional de mayo del año en curso asciende a la suma de ciento dos millones seiscientos veinticinco mil quinientos doce cincuenta y seis (\$102.625.512,56) sobre 14 mesadas pensionales, sobre el cual deberá pagar los intereses moratorios causados hasta el momento que se verifique su pago, autorizando a la entidad a descontar el monto de los aportes a salud, como se explicó anteriormente. **CUARTO: CONDENAR** a Colpensiones y a la UGPP para que realicen los respectivos trámites administrativos sin que ello impida el reconocimiento y pago de las condenas ya decretadas, para que las entidades realicen los respectivos trámites administrativos a efectos de que la UGPP corra con la respectiva cuota parte que corresponda conforme a las normativas vigentes, por lo expuesto precedentemente. **QUINTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas por las mesadas pensionales causadas con anterioridad del 26 de julio de 2018, conforme a lo antes considerado. **SEXTO: DECLARAR** por NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por las demandadas, por lo expuesto precedentemente. **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a Colpensiones y a la UGPP en favor del señor demandante incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000) a cargo de cada una. **OCTAVO:** Remitir el proceso al H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para conocer en grado jurisdiccional de consulta en favor tanto de COLPENSIONES como de la UGPP. **NOVENO:** Por secretaría remitir copia de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021. (...)”

La Juez a quo fijó como problema jurídico, determinar si el demandante es beneficiario del régimen de transición y en caso afirmativo, si causó su pensión de vejez desde el 22 de febrero de 2005, teniendo en cuenta la Ley 71 de 1988 y si es procedente el pago de las mesadas pensionales e intereses moratorios, en caso de no prosperar esas pretensiones principales, estudiar de manera subsidiaria, si se causó la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003.

Para resolver, indicó que teniendo en cuenta la fecha de nacimiento del demandante, para el 01 de abril de 1994 contaba con 49 años de edad, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición

hasta el 31 de julio de 2010 y, de acuerdo a la lectura de la historia laboral actualizada y de los formularios expedidos por la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA, al 29 de julio de 2005 el demandante tenía 7.282 días cotizados que equivalen a 1.040,28 semanas, por lo que causó la pensión antes del 30 de diciembre de 2014 y el régimen de transición se le extendió hasta dicha data, por lo que procede el estudio del derecho pensional bajo la Ley 71 de 1988.

Con respecto al cumplimiento de los requisitos de dicha norma, indicó que el de edad se encuentra ampliamente satisfecho, por cuanto el actor cumplió la edad mínima de 60 años el 22 de febrero de 2005, así como también encontró acreditado el tiempo requerido correspondiente a 20 años de servicios, aclarando que de acuerdo a la jurisprudencia del CSJ, se pueden acumular tiempos públicos y privados, pues de acuerdo a la historia laboral aportada y los formatos CLEBP, el demandante acreditó 1.040,28 semanas que superan los 20 años de servicios, los cuales equivalen a 1.028 semanas, concluyendo que el actor causó su derecho a la pensión de vejez, por lo que procede la condena sobre 14 mesadas pensionales anuales dada la fecha de causación del derecho pensional.

De otra parte, consideró que como al presente asunto se convocó tanto a **COLPENSIONES** como a la **UGPP**, y la pensión se estructuró con aportes principalmente efectuadas a las Cajas de Previsión, cuyas pensiones son administradas por la **UGPP**, en principio se podría colegir que esa entidad es la llamada a asumir la obligación, pero al haberse afiliado el demandante el 18 de septiembre de 1990 y haber cotizado al sector público, es **COLPENSIONES** quien debe asumir el pago de la pensión y, en todo caso, los trámites administrativos que realicen la **UGPP** y **COLPENSIONES** para que la primera asuma la cuota parte que le corresponda, no debe afectar al demandante.

Con relación a la fecha de causación del derecho, dijo que al 22 de febrero de 2005 el demandante acreditó tanto la densidad de semanas como la edad y que el actor se vio obligado a continuar cotizando por la renuencia de las entidades en reconocer la pensión, por lo que la fecha

de disfrute es el 23 de febrero de 2005, sin que se tengan en cuenta para su liquidación los aportes sufragados del año 2014 a la fecha, calculando la mesada inicial, de acuerdo al IBL más favorable de los últimos 10 años de cotización de \$1.076.816,81 y una tasa de remplazo del 75%, en la suma de \$807.613, la cual actualizó para los años subsiguientes, siendo la del año 2023 la suma de \$1.817.901.

Acto seguido, procedió a estudiar la excepción de prescripción, aduciendo que la reclamación administrativa se elevó el 18 de febrero de 2014 ante la **UGPP** y el 27 de febrero de 2017 ante **COLPENSIONES** y la demanda se presentó el 27 de julio de 2021, superándose el término trienal, por lo que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de julio de 2018 se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo. Así, calculó el monto del retroactivo pensional hasta la mesada pensional de mayo de 2023 sobre 14 mesadas, arrojando la suma de \$102.625.512,56, autorizando el descuento de aportes en salud.

Por último, en lo que atañe a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió que la demandada se retardó en el reconocimiento de la pensión que le correspondía al demandante aun cuando contaba con los requisitos para acceder a la misma, por lo que proceden los causados sobre el monto del retroactivo adeudados desde el 27 de julio de 2018 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, sustentado en que en el presente caso el demandante inicialmente fue beneficiario del régimen de transición porque a la entrada en vigencia de la Ley 100 contaba con 49 años de edad, sin embargo, el régimen se le mantuvo hasta julio de 2010, pues solo contaba con 629 semanas cotizadas para el 25 de julio de 2005, no extendiendo el régimen hasta el año 2014; adicionalmente, que para la fecha de cumplimiento de los 60 años, 22 de febrero de 2005, el demandante no contaba con los 20 años de servicios cotizados, procediendo el estudio pensional con base en la Ley 797 de 2003, encontrándose que el actor tampoco cumple los

requisitos de esa norma, pues no cuenta con las semanas requeridas que son de 1.300. Dijo, que en caso de que se determine que al demandante si le asiste el derecho pensional, se debe revisar el monto de las mesadas pensionales ordenadas en primera instancia y el valor del retroactivo. Agregó, que no resulta procedente la condena por intereses moratorios, ya que, al no cumplir el demandante con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, no pudo predicarse la mora o retardo en el pago de mesadas pensionales. (min. 32:29 archivo “21AudienciaVirtualParte3”).

A su turno, la apoderada de la **UGPP** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado. Adujo, que cuando se suman tiempos públicos y privados para efectos de la pensión de jubilación por aportes de la Ley 71 de 1988, solo se tiene en cuenta el tiempo cotizado al ISS en Cajas de Previsión Social del sector público, excluyéndose el tiempo de servicios a entidades privadas que no cotizaron en el ISS, como también el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades del sistema de seguridad social. Añadió, que se encuentran inconsistencias en el tiempo cotizado por el demandante, por lo que no existe certeza de los tiempos laborados en el sector privado y si cotizaban al ISS, incumpliendo el requisito de 20 años de servicios exigido en la norma, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la pensión solicitada. Por último, dijo que la condena en costas solo es procedente cuando el expediente aparezca probada su causación (min. 0:25 archivo “22AudienciaVirtualParte3”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **UGPP** solicitó la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se absuelva a su representada de cualquier condena, reiterando los argumentos de la alzada.

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó sea revocado el fallo de primera instancia y, en su lugar, se dicte fallo absolutorio, tras considerar que el demandante solo fue beneficiario del régimen de transición hasta el año 2010, fecha para la cual no cumplía

los requisitos de la Ley 71 de 1988 y tampoco cumple los requisitos para el reconocimiento pensional bajo la Ley 797 de 2003.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES** y a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, su calidad de administradoras de recursos para el pago de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el accionante le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes prevista en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, en virtud del régimen de transición pensional, o en su defecto, si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo los postulados de la Ley 797 de 2003, y en caso afirmativo, establecer la fecha a partir de la cual se debe cancelar y la procedencia de los intereses moratorios, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i)** el demandante **JORGE EDUARDO HERRERA BARAJAS** nació el 22 de febrero de 1945, alcanzando la edad de 60 años el mismo día y mes del año 2005 (Pág. 62 archivo “06SubsanacionDemanda”); **ii)** el 06 de mayo de 2014 el demandante se afilió a **COLPENSIONES** y comenzó a cotizar en el sector privado (Pág. 67 y 129 a 132 archivo “06SubsanacionDemanda”); **iii)** el 18 de febrero de 2014 el demandante solicitó a la **UGPP** el reconocimiento de su pensión de vejez, solicitud negada a través de Resolución RDP 006686 del 26 de febrero de 2014, confirmada mediante Resoluciones RDP 013146 del 24 de abril de 2014 y RDP 011391 del 07 de abril de 2014, petición reiterada el 14 de julio de 2014 y rechazada en Resolución RDP 032941 del 29 de octubre de 2014, nuevamente reiterada el 04 de febrero de 2015 y negada en Resolución RDP 019792 del 20 de mayo de 2015 y, finalmente reiterada el 16 de marzo de 2016, negada en Resolución RDP 27968 del 28 de julio de 2016, confirmada en Resoluciones RDP 040770 del 27 de octubre de 2016 y RDP 042175 del 04 de noviembre de 2016 (Pág. 89 a 119 archivo “06SubsanacionDemanda”); **iv)** el 27 de febrero de 2017 el demandante solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento de su pensión de vejez, solicitud que se rechazó a través de la Resolución SUB 48452 del 24 de abril de 2017 (Pág. 126 a 127 archivo “06SubsanacionDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, la Juez *a quo* declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional y declaró su derecho a la pensión de vejez conforme la Ley 71 de 1988 a partir del 23 de febrero de 2005, en cuantía inicial de \$807.613 y 14 mesadas anuales, condenó al pago del retroactivo pensional e intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de julio de 2018 y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión, las apoderadas de **COLPENSIONES** y **UGPP** interpusieron recurso de apelación.

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

- Sobre el régimen de transición pensional.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional a favor de las personas que a la entrada en vigencia del actual Sistema General de Pensiones tuvieran una edad de 40 años para los hombres, y 35 años para las mujeres, o 15 años o más de servicios cotizados.

Posteriormente, el Acto Legislativo 1° de 2005 limitó la vigencia del régimen de transición, estableciendo dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios, con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

En cuanto a los derechos que otorga el régimen de transición, ha sido posición consolidada y sostenida de la H. CSJ que el mismo permite mantener la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto de las pensiones consagradas en los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, sin incluir el IBL, el cual se establece conforme las disposiciones consagradas en los artículos 36 o 21 de la Ley 100 de 1993, tal y como indicó la H. CSJ en las sentencias SL3738 de 2019 y SL3841 de 2019, entre otras.

- Sobre la pensión de vejez bajo los postulados de la Ley 71 de 1988.

Los beneficiarios del régimen de transición pueden obtener la pensión de jubilación prevista en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 que

establece que los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de servicios de aportes sufragados en cualquier tiempo en cajas de previsión y en el ISS hoy **COLPENSIONES** y sesenta (60) años de edad si es hombre o cincuenta y cinco (55) años si es mujer, tendrán derecho a una pensión de jubilación. Por su parte, el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994 establece que la pensión se liquida con el 75% del ingreso base de liquidación.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que para acreditar el tiempo de servicio para acceder a la pensión de jubilación por aportes se deben tener en cuenta todos aquellos tiempos laborados para entidades oficiales sin importar si fueron o no cotizados a una caja de previsión o no (sentencias CSJ SL4457-2014, SL5567-2021 y SL4300-2022).

Además, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria tiene establecido que para acceder a esta prestación no es necesario que el afiliado reporte cotizaciones al ISS como trabajador particular, al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pues al amparo del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, no resulta exigible tal requisito (sentencias CSJ SL7995-2015, SL15531-2017, SL851-2019, SL3832-2019, entre otras).

CASO CONCRETO.

En el caso de autos, reposa copia de la cédula de ciudadanía del actor, que da cuenta que al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema de seguridad social, contaba con 49 años, como quiera que nació el 22 de febrero de 1945 (Pág. 62 archivo “06SubsanacionDemanda”), por lo que se cumple con una de las disyuntivas que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, la edad de 40 años o más en el caso de los hombres, y en razón a ello, en principio el actor es beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010.

De manera que, la edad, el tiempo de servicios o las semanas cotizadas y el monto de la pensión a que pueda tener derecho el actor

son los contemplados en el régimen anterior al que venía afiliado de conformidad con sus circunstancias, que para el actor no es otro que la Ley 71 de 1988 por haber prestado servicios como empleado del sector público nacional y haber cotizado a **COLPENSIONES** como particular.

En ese sentido, entrará la Sala a verificar si el señor **JORGE EDUARDO HERRERA** cumple las exigencias contempladas en el artículo 7 de la ley 71 de 1988 para acceder a la pensión de jubilación por aportes, eso sí, antes del 31 de julio de 2010.

Con relación al requisito de edad, se encuentra que el accionante arribó a los 60 años el 22 de febrero de 2005, esto es, en fecha anterior al primer límite temporal establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Y, respecto al segundo de los requisitos, es decir, 20 años de aportes sufragados, que en número de semanas equivalen a 1.028,60 semanas, se observa el resumen de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 01 de julio de 2022, aportado por la demandada dentro del expediente administrativo (carpeta “10ExpedienteAdministrativo” – archivo “GRP-SCH-HL-665544...”), del cual se extrae que el demandante aportó un total de 487,57 semanas, de las cuales 73,29 son anteriores a julio de 2010, así:

Razón Social	Fecha inicial	Fecha final	Semanas
GUILLERMO CARVAJAL A.	18/09/1990	12/02/1992	73,29

Igualmente, en dicho documento se reflejan los siguientes tiempos públicos:

Razón Social	Fecha inicial	Fecha final	Semanas
TELECOM	1/04/1964	31/03/1965	51,43
TELECOM	1/04/1965	31/12/1965	38,57
RAMA JUDICIAL	1/10/1972	31/07/1982	390
LOTERÍA DE BOGOTÁ	4/10/1983	28/03/1985	76,43

No obstante, conforme a la documental aportada al proceso, en especial los formatos CLEBP expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se evidencian los siguientes periodos de vinculación laboral del demandante para con la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE

ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ – CUNDINAMARCA (carpeta “10ExpedienteAdministrativo” – carpeta “EXP ADM CC 2843105 - Pág. 6 a 10 archivo “GEN-CSA-F1-2013_7074998-20140517152614”):

- 11/01/1966 a 30/08/1969
- 16/07/1970 a 30/09/1972
- 01/02/1973 a 30/04/1975

Igualmente, conforme a la certificación CETIL expedida el 26 de octubre de 2023, se tiene los siguientes periodos de vinculación para con la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL (Pág. 2 a 7 archivo “08RespuestaDesaj”):

- 01/10/1972 a 22/01/1973
- 01/05/1975 a 15/07/1982

Siendo así, de acuerdo a las mencionadas certificaciones expedidas tanto por la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ – CUNDINAMARCA, como por la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, el tiempo laborado por el actor al servicio de la RAMA JUDICIAL corresponde al siguiente:

Razón Social	Fecha inicial	Fecha final
DESAJ BOGOTÁ	11/01/1966	30/08/1969
DESAJ BOGOTÁ	16/07/1970	30/09/1972
DEAJ	1/10/1972	22/01/1973
DESAJ BOGOTÁ	1/02/1973	30/04/1975
DEAJ	1/05/1975	15/07/1982

De otra parte, obra en el expediente administrativo del actor los formatos CLEBP expedidos el 02 de febrero de 2013, con los cuales se constata la vinculación laboral de aquel para con el MUNICIPIO DE PANDI en el cargo de Secretario de Alcaldía entre el 20 de enero de 1970 al 30 de junio de 1970 (Pág. 38 a 41 archivo “06SubsanacionDemanda”), aclarándose que a la par militan los formatos CLEBP expedidos el 26 de enero de 2015, en los cuales se consigna dicho vínculo laboral, empero, durante el intervalo de tiempo comprendido entre el 20 de febrero de 1970 al 31 de julio de 1970 (Pág. 81 a 83 archivo

“06SubsanacionDemanda”); inconsistencia aclarada mediante la certificación CETIL expedida el 26 de octubre de 2023, documento con el cual se corrobora la vinculación laboral del demandante para con ese Municipio entre el 20/02/1970 a 31/07/1970 (Pág. 2 a 6 archivo “07RespuestaAlcaldiaPandi”).

De manera que, el promotor del proceso acumuló los siguientes tiempos públicos:

Razón Social	Fecha inicial	Fecha final
TELECOM	1/04/1964	31/03/1965
TELECOM	1/04/1965	31/12/1965
DESAJ	11/01/1966	30/08/1969
MUNICIPIO DE PANDI	20/02/1970	31/07/1970
DESAJ BOGOTÁ	16/07/1970	30/09/1972
DEAJ	1/10/1972	22/01/1973
DESAJ BOGOTÁ	1/02/1973	30/04/1975
DEAJ	1/05/1975	15/07/1982
LOTERÍA DE BOGOTÁ	4/10/1983	28/03/1985

Presentando tiempos simultáneos al servicio del MUNICIPIO DE PANDI y la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ – CUNDINAMARCA, por lo que debe aclararse que estos no aumentan semanas, tan solo incrementan el IBL.

En consecuencia, el actor cuenta con 1.001 semanas al servicio público y 73,29 semanas cotizadas a **COLPENSIONES**, para un total de 1.074,29 semanas al 31 de julio de 2010, como se observa en la siguiente tabla:

Razón Social	Fecha inicial	Fecha final	semanas
TELECOM	1/04/1964	31/03/1965	51,43
TELECOM	1/04/1965	31/12/1965	38,57
DESAJ	11/01/1966	30/08/1969	189,57
MUNICIPIO DE PANDI	20/02/1970	31/07/1970	23,00
DESAJ BOGOTÁ	16/07/1970	30/09/1972	113,00
DEAJ	1/10/1972	22/01/1973	16,14
DESAJ BOGOTÁ	1/02/1973	30/04/1975	116,86
DEAJ	1/05/1975	15/07/1982	376,00
LOTERÍA DE BOGOTÁ	4/10/1983	28/03/1985	76,43
TIEMPOS PÚBLICOS			1001,00
GUILLERMO CARVAJAL A.	18/09/1990	12/02/1992	73,29
TOTAL			1074,29

Lo anterior permite concluir, que el demandante al cumplimiento de los 60 años, el 22 de febrero de 2005, acreditaba más de 20 años de servicios entre tiempos públicos cotizados a cajas de previsión y privados cotizados al ISS hoy **COLPENSIONES**, cumpliendo así los presupuestos establecidos en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988.

- **Sobre la causación y disfrute de la pensión de jubilación.**

En relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, debe señalarse que 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 puede 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, reiterado mediante sentencia SL3245-2019, 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.

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.

Bajo tal derrotero, se advierte que el accionante solicitó el reconocimiento de su pensión el 18 de febrero de 2014 a la **UGPP** y el 27

de febrero de 2017 a **COLPENSIONES**, fechas para las cuales ya tenía cumplidos los requisitos de edad y tiempo que exige la norma aplicable a su situación pensional, por cuanto había alcanzado la edad de 60 años desde el 22 de febrero de 2005 y contaba con un total de 1.074,29 semanas cotizadas, realizando su última cotización para el periodo de mayo de 2022 por parte del empleador WILLIAM BORDA SERNA, sin que obre novedad de retiro.

De lo anterior concluye el Tribunal que, si bien el demandante causó su derecho a la pensión de vejez desde el 22 de febrero de 2005, fecha en la cual alcanzó la edad mínima de pensión y contaba con las semanas mínimas requeridas, lo cierto es que en este caso, el disfrute de esta lo es a partir del 18 de febrero de 2014, data en la cual el actor manifestó por primera vez su intención de pensionarse.

- **Sobre el valor de la mesada pensional y el número de mesadas:**

De cara al monto inicial de la mesada, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, en lo que atañe al Ingreso Base de Liquidación (IBL), y en ese orden, la Sala realiza las operaciones aritméticas del caso, como se observa en la siguiente tabla:

Fecha inicial	Fecha final	Días cot.	IPC Inicial	IPC Final	Valor Indexación	IBC	IBC Actualizado	IBC por días laborados
1/04/1964	30/04/1964	30	0,06	79,56	1.326,00	340	\$450.840,00	\$13.525.200,00
1/05/1964	31/05/1964	31	0,06	79,56	1.326,00	340	\$450.840,00	\$13.976.040,00
1/06/1964	30/06/1964	30	0,06	79,56	1.326,00	340	\$450.840,00	\$13.525.200,00
1/07/1964	31/07/1964	31	0,06	79,56	1.326,00	340	\$450.840,00	\$13.976.040,00
1/08/1964	31/08/1964	31	0,06	79,56	1.326,00	340	\$450.840,00	\$13.976.040,00
1/09/1964	30/09/1964	30	0,06	79,56	1.326,00	340	\$450.840,00	\$13.525.200,00
1/10/1964	31/10/1964	31	0,06	79,56	1.326,00	340	\$450.840,00	\$13.976.040,00
1/11/1964	30/11/1964	30	0,06	79,56	1.326,00	340	\$450.840,00	\$13.525.200,00
1/12/1964	31/12/1964	31	0,06	79,56	1.326,00	340	\$450.840,00	\$13.976.040,00
1/01/1965	31/01/1965	31	0,07	79,56	1.136,57	340	\$386.433,80	\$11.979.447,80
1/02/1965	28/02/1965	28	0,07	79,56	1.136,57	340	\$386.433,80	\$10.820.146,40
1/03/1965	31/03/1965	31	0,07	79,56	1.136,57	340	\$386.433,80	\$11.979.447,80
1/04/1965	30/04/1965	30	0,07	79,56	1.136,57	506	\$575.104,42	\$17.253.132,60
1/05/1965	31/05/1965	31	0,07	79,56	1.136,57	506	\$575.104,42	\$17.828.237,02
1/06/1965	30/06/1965	30	0,07	79,56	1.136,57	506	\$575.104,42	\$17.253.132,60
1/07/1965	31/07/1965	31	0,07	79,56	1.136,57	506	\$575.104,42	\$17.828.237,02
1/08/1965	31/08/1965	31	0,07	79,56	1.136,57	506	\$575.104,42	\$17.828.237,02
1/09/1965	30/09/1965	30	0,07	79,56	1.136,57	506	\$575.104,42	\$17.253.132,60

1/10/1965	31/10/1965	31	0,07	79,56	1.136,57	506	\$575.104,42	\$17.828.237,02
1/11/1965	30/11/1965	30	0,07	79,56	1.136,57	506	\$575.104,42	\$17.253.132,60
1/12/1965	31/12/1965	31	0,07	79,56	1.136,57	506	\$575.104,42	\$17.828.237,02
11/01/1966	31/01/1966	21	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$14.117.922,00
1/02/1966	28/02/1966	28	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$18.823.896,00
1/03/1966	31/03/1966	31	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$20.840.742,00
1/04/1966	30/04/1966	30	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$20.168.460,00
1/05/1966	31/05/1966	31	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$20.840.742,00
1/06/1966	30/06/1966	30	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$20.168.460,00
1/07/1966	31/07/1966	31	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$20.840.742,00
1/08/1966	31/08/1966	31	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$20.840.742,00
1/09/1966	30/09/1966	30	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$20.168.460,00
1/10/1966	31/10/1966	31	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$20.840.742,00
1/11/1966	30/11/1966	30	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$20.168.460,00
1/12/1966	31/12/1966	31	0,08	79,56	994,50	676	\$672.282,00	\$20.840.742,00
1/01/1967	31/01/1967	31	0,09	79,56	884,00	676	\$597.584,00	\$18.525.104,00
1/02/1967	28/02/1967	28	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$23.167.872,00
1/03/1967	31/03/1967	31	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$25.650.144,00
1/04/1967	30/04/1967	30	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$24.822.720,00
1/05/1967	31/05/1967	31	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$25.650.144,00
1/06/1967	30/06/1967	30	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$24.822.720,00
1/07/1967	31/07/1967	31	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$25.650.144,00
1/08/1967	31/08/1967	31	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$25.650.144,00
1/09/1967	30/09/1967	30	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$24.822.720,00
1/10/1967	31/10/1967	31	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$25.650.144,00
1/11/1967	30/11/1967	30	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$24.822.720,00
1/12/1967	31/12/1967	31	0,09	79,56	884,00	936	\$827.424,00	\$25.650.144,00
1/01/1968	31/01/1968	31	0,1	79,56	795,60	1066	\$848.109,60	\$26.291.397,60
1/02/1968	29/02/1968	29	0,1	79,56	795,60	1066	\$848.109,60	\$24.595.178,40
1/03/1968	31/03/1968	31	0,1	79,56	795,60	1066	\$848.109,60	\$26.291.397,60
1/04/1968	30/04/1968	30	0,1	79,56	795,60	1066	\$848.109,60	\$25.443.288,00
1/05/1968	31/05/1968	31	0,1	79,56	795,60	1131	\$899.823,60	\$27.894.531,60
1/06/1968	30/06/1968	30	0,1	79,56	795,60	1196	\$951.537,60	\$28.546.128,00
1/07/1968	31/07/1968	31	0,1	79,56	795,60	1196	\$951.537,60	\$29.497.665,60
1/08/1968	30/08/1968	30	0,1	79,56	795,60	1196	\$951.537,60	\$28.546.128,00
1/09/1968	30/09/1968	30	0,1	79,56	795,60	1196	\$951.537,60	\$28.546.128,00
1/10/1968	31/10/1968	31	0,1	79,56	795,60	1196	\$951.537,60	\$29.497.665,60
1/11/1968	30/11/1968	30	0,1	79,56	795,60	1196	\$951.537,60	\$28.546.128,00
1/12/1968	31/12/1968	31	0,1	79,56	795,60	1196	\$951.537,60	\$29.497.665,60
1/01/1969	31/01/1969	31	0,1	79,56	795,60	1600	\$1.272.960,00	\$39.461.760,00
1/02/1969	28/02/1969	28	0,1	79,56	795,60	1600	\$1.272.960,00	\$35.642.880,00
1/03/1969	31/03/1969	31	0,1	79,56	795,60	1600	\$1.272.960,00	\$39.461.760,00
1/04/1969	30/04/1969	30	0,1	79,56	795,60	1600	\$1.272.960,00	\$38.188.800,00
1/05/1969	31/05/1969	31	0,1	79,56	795,60	1600	\$1.272.960,00	\$39.461.760,00
1/06/1969	30/06/1969	30	0,1	79,56	795,60	1600	\$1.272.960,00	\$38.188.800,00
1/07/1969	31/07/1969	31	0,1	79,56	795,60	1600	\$1.272.960,00	\$39.461.760,00
1/08/1969	30/08/1969	30	0,1	79,56	795,60	1600	\$1.272.960,00	\$38.188.800,00
20/02/1970	28/02/1970	9	0,11	79,56	723,27	850	\$614.779,50	\$5.533.015,50
1/03/1970	31/03/1970	31	0,11	79,56	723,27	850	\$614.779,50	\$19.058.164,50

1/04/1970	30/04/1970	30	0,11	79,56	723,27	850	\$614.779,50	\$18.443.385,00
1/05/1970	31/05/1970	31	0,11	79,56	723,27	1050	\$759.433,50	\$23.542.438,50
1/06/1970	30/06/1970	30	0,11	79,56	723,27	850	\$614.779,50	\$18.443.385,00
1/07/1970	31/07/1970	31	0,11	79,56	723,27	1700	\$1.229.559,00	\$38.116.329,00
1/08/1970	31/08/1970	31	0,11	79,56	723,27	1700	\$1.229.559,00	\$38.116.329,00
1/09/1970	30/09/1970	30	0,11	79,56	723,27	1700	\$1.229.559,00	\$36.886.770,00
1/10/1970	31/10/1970	31	0,11	79,56	723,27	1700	\$1.229.559,00	\$38.116.329,00
1/11/1970	30/11/1970	30	0,11	79,56	723,27	1700	\$1.229.559,00	\$36.886.770,00
1/12/1970	31/12/1970	31	0,11	79,56	723,27	1700	\$1.229.559,00	\$38.116.329,00
1/01/1971	31/01/1971	31	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$41.517.060,00
1/02/1971	28/02/1971	28	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$37.499.280,00
1/03/1971	31/03/1971	31	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$41.517.060,00
1/04/1971	30/04/1971	30	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$40.177.800,00
1/05/1971	31/05/1971	31	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$41.517.060,00
1/06/1971	30/06/1971	30	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$40.177.800,00
1/07/1971	31/07/1971	31	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$41.517.060,00
1/08/1971	31/08/1971	31	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$41.517.060,00
1/09/1971	30/09/1971	30	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$40.177.800,00
1/10/1971	31/10/1971	31	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$41.517.060,00
1/11/1971	30/11/1971	30	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$40.177.800,00
1/12/1971	31/12/1971	31	0,12	79,56	663,00	2020	\$1.339.260,00	\$41.517.060,00
1/01/1972	31/01/1972	31	0,14	79,56	568,29	2020	\$1.147.945,80	\$35.586.319,80
1/02/1972	29/02/1972	29	0,14	79,56	568,29	2020	\$1.147.945,80	\$33.290.428,20
1/03/1972	31/03/1972	31	0,14	79,56	568,29	2020	\$1.147.945,80	\$35.586.319,80
1/04/1972	30/04/1972	30	0,14	79,56	568,29	2020	\$1.147.945,80	\$34.438.374,00
1/05/1972	31/05/1972	31	0,14	79,56	568,29	2020	\$1.147.945,80	\$35.586.319,80
1/06/1972	30/06/1972	30	0,14	79,56	568,29	2020	\$1.147.945,80	\$34.438.374,00
1/07/1972	31/07/1972	31	0,14	79,56	568,29	2020	\$1.147.945,80	\$35.586.319,80
1/08/1972	31/08/1972	31	0,14	79,56	568,29	2020	\$1.147.945,80	\$35.586.319,80
1/09/1972	30/09/1972	30	0,14	79,56	568,29	2020	\$1.147.945,80	\$34.438.374,00
1/10/1972	31/10/1972	31	0,14	79,56	568,29	3090	\$1.756.016,10	\$54.436.499,10
1/11/1972	30/11/1972	30	0,14	79,56	568,29	3090	\$1.756.016,10	\$52.680.483,00
1/12/1972	31/12/1972	31	0,14	79,56	568,29	3090	\$1.756.016,10	\$54.436.499,10
1/01/1973	22/01/1973	22	0,16	79,56	497,25	3090	\$1.536.502,50	\$33.803.055,00
1/02/1973	28/02/1973	28	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$56.666.610,00
1/03/1973	31/03/1973	31	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$62.738.032,50
1/04/1973	30/04/1973	30	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$60.714.225,00
1/05/1973	31/05/1973	31	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$62.738.032,50
1/06/1973	30/06/1973	30	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$60.714.225,00
1/07/1973	31/07/1973	31	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$62.738.032,50
1/08/1973	31/08/1973	31	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$62.738.032,50
1/09/1973	30/09/1973	30	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$60.714.225,00
1/10/1973	31/10/1973	31	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$62.738.032,50
1/11/1973	30/11/1973	30	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$60.714.225,00
1/12/1973	31/12/1973	31	0,16	79,56	497,25	4070	\$2.023.807,50	\$62.738.032,50
1/01/1974	31/01/1974	31	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$52.832.425,80
1/02/1974	28/02/1974	28	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$47.719.610,40
1/03/1974	31/03/1974	31	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$52.832.425,80
1/04/1974	30/04/1974	30	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$51.128.154,00

1/05/1974	31/05/1974	31	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$52.832.425,80
1/06/1974	30/06/1974	30	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$51.128.154,00
1/07/1974	31/07/1974	31	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$52.832.425,80
1/08/1974	31/08/1974	31	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$52.832.425,80
1/09/1974	30/09/1974	30	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$51.128.154,00
1/10/1974	31/10/1974	31	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$52.832.425,80
1/11/1974	30/11/1974	30	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$51.128.154,00
1/12/1974	31/12/1974	31	0,19	79,56	418,74	4070	\$1.704.271,80	\$52.832.425,80
1/01/1975	31/01/1975	31	0,25	79,56	318,24	4070	\$1.295.236,80	\$40.152.340,80
1/02/1975	28/02/1975	28	0,25	79,56	318,24	4070	\$1.295.236,80	\$36.266.630,40
1/03/1975	31/03/1975	31	0,25	79,56	318,24	4070	\$1.295.236,80	\$40.152.340,80
1/04/1975	30/04/1975	30	0,25	79,56	318,24	4070	\$1.295.236,80	\$38.857.104,00
1/05/1975	31/05/1975	31	0,25	79,56	318,24	6352,5	\$2.021.619,60	\$62.670.207,60
1/06/1975	30/06/1975	30	0,25	79,56	318,24	6352,5	\$2.021.619,60	\$60.648.588,00
1/07/1975	31/07/1975	31	0,25	79,56	318,24	6352,5	\$2.021.619,60	\$62.670.207,60
1/08/1975	31/08/1975	31	0,25	79,56	318,24	6352,5	\$2.021.619,60	\$62.670.207,60
1/09/1975	30/09/1975	30	0,25	79,56	318,24	6352,5	\$2.021.619,60	\$60.648.588,00
1/10/1975	31/10/1975	31	0,25	79,56	318,24	6352,5	\$2.021.619,60	\$62.670.207,60
1/11/1975	30/11/1975	30	0,25	79,56	318,24	6352,5	\$2.021.619,60	\$60.648.588,00
1/12/1975	31/12/1975	31	0,25	79,56	318,24	6352,5	\$2.021.619,60	\$62.670.207,60
1/01/1976	31/01/1976	31	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$59.427.599,39
1/02/1976	29/02/1976	29	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$55.593.560,72
1/03/1976	31/03/1976	31	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$59.427.599,39
1/04/1976	30/04/1976	30	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$57.510.580,05
1/05/1976	31/05/1976	31	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$59.427.599,39
1/06/1976	30/06/1976	30	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$57.510.580,05
1/07/1976	31/07/1976	31	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$59.427.599,39
1/08/1976	31/08/1976	31	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$59.427.599,39
1/09/1976	30/09/1976	30	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$57.510.580,05
1/10/1976	31/10/1976	31	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$59.427.599,39
1/11/1976	30/11/1976	30	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$57.510.580,05
1/12/1976	31/12/1976	31	0,29	79,56	274,34	6987,75	\$1.917.019,34	\$59.427.599,39
1/01/1977	31/01/1977	31	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$57.198.999,00
1/02/1977	28/02/1977	28	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$51.663.612,00
1/03/1977	31/03/1977	31	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$57.198.999,00
1/04/1977	30/04/1977	30	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$55.353.870,00
1/05/1977	31/05/1977	31	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$57.198.999,00
1/06/1977	30/06/1977	30	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$55.353.870,00
1/07/1977	31/07/1977	31	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$57.198.999,00
1/08/1977	31/08/1977	31	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$57.198.999,00
1/09/1977	30/09/1977	30	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$55.353.870,00
1/10/1977	31/10/1977	31	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$57.198.999,00
1/11/1977	30/11/1977	30	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$55.353.870,00
1/12/1977	31/12/1977	31	0,36	79,56	221,00	8349	\$1.845.129,00	\$57.198.999,00
1/01/1978	31/01/1978	31	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$53.337.419,52
1/02/1978	28/02/1978	28	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$48.175.733,76
1/03/1978	31/03/1978	31	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$53.337.419,52
1/04/1978	30/04/1978	30	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$51.616.857,60
1/05/1978	31/05/1978	31	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$53.337.419,52

1/06/1978	30/06/1978	30	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$51.616.857,60
1/07/1978	31/07/1978	31	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$53.337.419,52
1/08/1978	31/08/1978	31	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$53.337.419,52
1/09/1978	30/09/1978	30	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$51.616.857,60
1/10/1978	31/10/1978	31	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$53.337.419,52
1/11/1978	30/11/1978	30	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$51.616.857,60
1/12/1978	31/12/1978	31	0,47	79,56	169,28	10164	\$1.720.561,92	\$53.337.419,52
1/01/1979	31/01/1979	31	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$53.290.457,00
1/02/1979	28/02/1979	28	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$48.133.316,00
1/03/1979	31/03/1979	31	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$53.290.457,00
1/04/1979	30/04/1979	30	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$51.571.410,00
1/05/1979	31/05/1979	31	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$53.290.457,00
1/06/1979	30/06/1979	30	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$51.571.410,00
1/07/1979	31/07/1979	31	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$53.290.457,00
1/08/1979	31/08/1979	31	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$53.290.457,00
1/09/1979	30/09/1979	30	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$51.571.410,00
1/10/1979	31/10/1979	31	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$53.290.457,00
1/11/1979	30/11/1979	30	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$51.571.410,00
1/12/1979	31/12/1979	31	0,56	79,56	142,07	12100	\$1.719.047,00	\$53.290.457,00
1/01/1980	31/01/1980	31	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$57.548.400,00
1/02/1980	29/02/1980	29	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$53.835.600,00
1/03/1980	31/03/1980	31	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$57.548.400,00
1/04/1980	30/04/1980	30	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$55.692.000,00
1/05/1980	31/05/1980	31	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$57.548.400,00
1/06/1980	30/06/1980	30	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$55.692.000,00
1/07/1980	31/07/1980	31	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$57.548.400,00
1/08/1980	31/08/1980	31	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$57.548.400,00
1/09/1980	30/09/1980	30	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$55.692.000,00
1/10/1980	31/10/1980	31	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$57.548.400,00
1/11/1980	30/11/1980	30	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$55.692.000,00
1/12/1980	31/12/1980	31	0,72	79,56	110,50	16800	\$1.856.400,00	\$57.548.400,00
1/01/1981	31/01/1981	31	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$57.822.440,00
1/02/1981	28/02/1981	28	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$52.226.720,00
1/03/1981	31/03/1981	31	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$57.822.440,00
1/04/1981	30/04/1981	30	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$55.957.200,00
1/05/1981	31/05/1981	31	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$57.822.440,00
1/06/1981	30/06/1981	30	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$55.957.200,00
1/07/1981	31/07/1981	31	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$57.822.440,00
1/08/1981	31/08/1981	31	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$57.822.440,00
1/09/1981	30/09/1981	30	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$55.957.200,00
1/10/1981	31/10/1981	31	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$57.822.440,00
1/11/1981	30/11/1981	30	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$55.957.200,00
1/12/1981	31/12/1981	31	0,9	79,56	88,40	21100	\$1.865.240,00	\$57.822.440,00
1/01/1982	31/01/1982	31	1,14	79,56	69,79	26700	\$1.863.393,00	\$57.765.183,00
1/02/1982	28/02/1982	28	1,14	79,56	69,79	26700	\$1.863.393,00	\$52.175.004,00
1/03/1982	31/03/1982	31	1,14	79,56	69,79	26700	\$1.863.393,00	\$57.765.183,00
1/04/1982	30/04/1982	30	1,14	79,56	69,79	26700	\$1.863.393,00	\$55.901.790,00
1/05/1982	31/05/1982	31	1,14	79,56	69,79	26700	\$1.863.393,00	\$57.765.183,00
1/06/1982	30/06/1982	30	1,14	79,56	69,79	26700	\$1.863.393,00	\$55.901.790,00

1/07/1982	15/07/1982	15	1,14	79,56	69,79	26700	\$1.863.393,00	\$27.950.895,00
4/10/1983	31/10/1983	28	1,41	79,56	56,43	22324,58	\$1.259.776,05	\$35.273.729,38
1/11/1983	30/11/1983	30	1,41	79,56	56,43	24805	\$1.399.746,15	\$41.992.384,50
1/12/1983	31/12/1983	31	1,41	79,56	56,43	24805	\$1.399.746,15	\$43.392.130,65
1/01/1984	31/01/1984	31	1,65	79,56	48,22	24805	\$1.196.097,10	\$37.079.010,10
1/02/1984	29/02/1984	29	1,65	79,56	48,22	24805	\$1.196.097,10	\$34.686.815,90
1/03/1984	31/03/1984	31	1,65	79,56	48,22	39550	\$1.907.101,00	\$59.120.131,00
1/04/1984	30/04/1984	30	1,65	79,56	48,22	29270	\$1.411.399,40	\$42.341.982,00
1/05/1984	31/05/1984	31	1,65	79,56	48,22	29270	\$1.411.399,40	\$43.753.381,40
1/06/1984	30/06/1984	30	1,65	79,56	48,22	29270	\$1.411.399,40	\$42.341.982,00
1/07/1984	31/07/1984	31	1,65	79,56	48,22	29270	\$1.411.399,40	\$43.753.381,40
1/08/1984	31/08/1984	31	1,65	79,56	48,22	29270	\$1.411.399,40	\$43.753.381,40
1/09/1984	30/09/1984	30	1,65	79,56	48,22	35400	\$1.706.988,00	\$51.209.640,00
1/10/1984	31/10/1984	31	1,65	79,56	48,22	35400	\$1.706.988,00	\$52.916.628,00
1/11/1984	30/11/1984	30	1,65	79,56	48,22	35400	\$1.706.988,00	\$51.209.640,00
1/12/1984	31/12/1984	31	1,65	79,56	48,22	35400	\$1.706.988,00	\$52.916.628,00
1/01/1985	31/01/1985	31	1,95	79,56	40,80	38940	\$1.588.752,00	\$49.251.312,00
1/02/1985	28/02/1985	28	1,95	79,56	40,80	38940	\$1.588.752,00	\$44.485.056,00
1/03/1985	28/03/1985	28	1,95	79,56	40,80	38940	\$1.588.752,00	\$44.485.056,00
18/09/1990	30/09/1990	13	5,78	79,56	13,76	99630	\$1.370.908,80	\$17.821.814,40
1/10/1990	31/10/1990	31	5,78	79,56	13,76	99630	\$1.370.908,80	\$42.498.172,80
1/11/1990	30/11/1990	30	5,78	79,56	13,76	99630	\$1.370.908,80	\$41.127.264,00
1/12/1990	31/12/1990	31	5,78	79,56	13,76	99630	\$1.370.908,80	\$42.498.172,80
1/01/1991	31/01/1991	31	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$32.120.712,00
1/02/1991	28/02/1991	28	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$29.012.256,00
1/03/1991	31/03/1991	31	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$32.120.712,00
1/04/1991	30/04/1991	30	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$31.084.560,00
1/05/1991	31/05/1991	31	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$32.120.712,00
1/06/1991	30/06/1991	30	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$31.084.560,00
1/07/1991	31/07/1991	31	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$32.120.712,00
1/08/1991	31/08/1991	31	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$32.120.712,00
1/09/1991	30/09/1991	30	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$31.084.560,00
1/10/1991	31/10/1991	31	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$32.120.712,00
1/11/1991	30/11/1991	30	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$31.084.560,00
1/12/1991	31/12/1991	31	7,65	79,56	10,40	99630	\$1.036.152,00	\$32.120.712,00
1/01/1992	31/01/1992	31	9,7	79,56	8,20	99630	\$816.966,00	\$25.325.946,00
1/02/1992	12/02/1992	12	9,7	79,56	8,20	99630	\$816.966,00	\$9.803.592,00
Días cotizados		7520	Salarios por días cotizados					\$10.477.698.326,54
Semanas cotizadas		1074	Valor del IBL Toda la Vida					\$ 1.393.311,00
			Valor del IBL 10 últimos años					1.678.693,00

IBL 10 ÚLTIMOS AÑOS: \$1.678.693

MONTO = 75%

MESADA PENSIONAL PARA EL AÑO 2014 de \$1.259.020

Resultando tal rubro superior al establecido por la Juez de primer grado, que lo fue para esa anualidad de \$1.147.639; empero, como este

asunto se conoce en virtud de los recursos de apelación impetrados por las demandadas, así como del grado jurisdiccional de consulta a su favor, no es dable hacer más gravosa la situación de **COLPENSIONES**; razón por la cual se prohijará la sentencia apelada en este aspecto.

Como la pensión aquí otorgada se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011 y es inferior a 3 smmlmv debe pagarse en 14 mesadas anuales, conforme al parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005.

- **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.

Así las cosas, se tiene que el Juez *a quo* determinó que la prescripción había sido interrumpida con la presentación de la demanda, situación que no fue objeto de recurso, por ende, como la presente acción fue radicada el 27 de julio de 2021 (archivo “04ActaReparto”), en efecto se encuentran prescritas todas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 27 de julio de 2018, lo que conlleva a confirmar la sentencia también en este sentido.

- **Retroactivo pensional.**

En vista de que la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó revisar la condena impuesta por retroactivo pensional, procedió la Sala a efectuar las operaciones aritméticas del caso, encontrándose que las mesadas pensionales causadas y no pagadas a partir del 27 de julio de 2018 y hasta la fecha de esta providencia ascienden a la suma de \$115.346.576, conforme se registra en los siguientes cuadros:

Fecha inicial	IPC	Valor Mesada
2014	NA	\$ 1.147.639
2015	3,66%	\$ 1.189.643
2016	6,77%	\$ 1.270.181
2017	5,75%	\$ 1.343.217
2018	4,09%	\$ 1.398.154
2019	3,18%	\$ 1.442.616
2020	3,80%	\$ 1.497.435
2021	1,61%	\$ 1.521.544
2022	5,62%	\$ 1.607.055
2023	13,12%	\$ 1.817.900

Fecha inicial	Fecha final	Valor Mesada	No. mesadas	Retroactivo por año
27/07/2018	31/12/2018	\$ 1.398.154	6,13	\$8.570.686
1/01/2019	31/12/2019	\$ 1.442.616	14	\$20.196.620
1/01/2020	31/12/2020	\$ 1.497.435	14	\$20.964.091
1/01/2021	31/12/2021	\$ 1.521.544	14	\$21.301.613
1/01/2022	31/12/2022	\$ 1.607.055	14	\$22.498.764
1/01/2023	30/11/2023	\$ 1.817.900	12	\$21.814.801
TOTAL				\$115.346.576

Así entonces, se modificará la condena por dicho rubro, autorizando desde ya a **COLPENSIONES** a realizar los respectivos descuentos por concepto a aportes al Sistema General en Salud.

- **Intereses Moratorios.**

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

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

jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (sentencias CSJ SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

Igualmente, la Alta Corporación ha determinado que los referidos intereses moratorios aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (sentencias CSJ SL1681-2020, SL205-2022 SL945-2022, entre otras).

En el presente asunto, **COLPENSIONES** negó la pensión de jubilación argumentando que el demandante no acreditaba el número de semanas exigidas, sin sumar o tener en cuenta los periodos laborados por el actor al servicio público, por tanto, el argumento para negar la prestación personal resulta injustificado e insuficiente para aplicar la regla excepcional citada, lo que conlleva a que los mismos sean procedentes por la demora en el pago de las mesadas pensionales reconocidas.

Al haber prosperado el fenómeno extintivo de forma parcial, la condena por intereses moratorios debe recaer sobre aquellas mesadas no prescritas y a partir de su exigibilidad. En este caso, la mesada de julio de 2018 se debió pagar a partir del 1° de agosto de 2018 y la de agosto de 2018 el 1° de septiembre de 2018, así sucesivamente, motivo por el cual se modificará la sentencia en este punto.

- Condena en costas.

Frente a la inconformidad de la apoderada de la **UGPP** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto conforme al artículo 365 CGP las mismas serán impuestas a la parte vencida en el proceso, por lo que, al haberse opuesto a las pretensiones y al formular excepciones de mérito en contra del derecho en litigio, sin que su teoría del caso haya tenido prosperidad, esta condena opera por ministerio de la ley, siendo ella quien deba también asumir este concepto.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta y los aspectos apelados por las demandadas, procediendo la modificación en los términos referidos.

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 y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que al demandante **JORGE EDUARDO HERRERA BARAJAS** le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes, a partir del 28 de febrero de 2014 en cuantía de \$1.147.639, sobre 14 mesadas pensionales, de acuerdo con lo normado en la Ley 71 de 1988 y conforme la parte motiva de esta providencia.

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 **JORGE EDUARDO HERRERA BARAJAS** el retroactivo pensional por las mesadas causadas desde el 27 de julio 2018 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación. Se precisa que el retroactivo causado desde dicha data y el 30 de noviembre de 2023 asciende a \$115.346.576, autorizando a **COLPENSIONES** a realizar los respectivos descuentos por concepto a aportes al Sistema General en Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: MODIFICAR el **ORDINAL TERCERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar al demandante **JORGE EDUARDO HERRERA BARAJAS** los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada una de las mesadas pensionales adeudadas, a partir del 1° de agosto de 2018 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación económica, conforme lo expuesto a la parte motiva de la presente decisión.

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

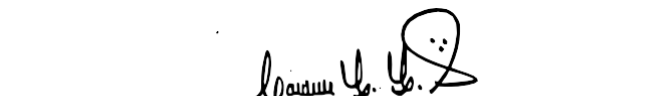
QUINTO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 14 2021 00158 01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados del **DEMANDANTE, PRIMAX COLOMBIA S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 29 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a **PRIMAX COLOMBIA S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los aportes en pensión a correspondientes a los periodos comprendidos entre el 23 de julio de 1984 al 31 de octubre de 1987; 01 de noviembre de 1988 al 14 de abril de 1989 y del 08 de mayo de 1990 al 01 de noviembre de 1992 y a **COLPENSIONES** a elaborar dicho cálculo y a actualizar la historia laboral con los aportes pensionales una vez se sufrague el cálculo y condenó en costas a ambas demandadas (min. 26:58 archivo “27LinkAudiencia29AgostoDe2023Proceso2021158”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 97 a 107 archivo “09Subsanacion”).**

JOSÉ LUIS CALA CARRIZOSA llamó a juicio a **PRIMAX COLOMBIA S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se condene a **COLPENSIONES** a liquidar el cálculo actuarial de acuerdo con el salario devengado en los periodos comprendidos entre el 23 de julio de 1984 y el 31 de octubre de 1987, el 1 de noviembre de 1988 y el 14 de abril de 1989 y 8 de mayo de 1990 y 1° de

noviembre de 1992, laborados para la empresa ESSO COLOMBIANA LIMITED y a **PRIMAX COLOMBIA S.A.** a transferir a **COLPENSIONES** dicho cálculo actuarial, junto con la indexación de las sumas adeudadas, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico, señaló que trabajó para ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy **PRIMAX COLOMBIA S.A.** desde el 23 de julio de 1984 al 14 de abril de 1989, y nuevamente desde el 08 de mayo de 1990 al 01 de noviembre de 1992, con un salario de \$1.435.000 para el año 1992 y que el empleador omitió cotizar los aportes pensionales durante los periodos comprendidos entre el 23 de julio de 1984 y el 31 de octubre de 1987, el 1 de noviembre de 1988 y el 14 de abril de 1989 y el 8 de mayo de 1990 y el 1° de noviembre de 1992; que el 05 de agosto de 2020, radicó derecho de petición ante **PRIMAX COLOMBIA S.A.** para obtener el pago con destino a **COLPENSIONES** del respectivo cálculo actuarial, recibiendo respuesta negativa el 27 de agosto de 2020, argumentada en que durante el tiempo que laboró para ESSO COLOMBIANA LIMITED no se efectuó el llamamiento a inscripción y pago por parte del ISS para las empresas de la industria de los hidrocarburos, sino hasta la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, que lo fue el 23 de diciembre de 1993, razón por la cual no se encontraba obligada a pagar, además, que los pagos efectuados entre el 01 de noviembre de 1987 al 31 de octubre de 1988 obedecieron a un error administrativo e involuntario de la empresa.

Manifestó, que el 12 de febrero de 2020, solicitó a **COLPENSIONES** requerir a **PRIMAX COLOMBIA S.A.** para que cancele el pago del respectivo cálculo actuarial, petición que le fue negada, por cuanto el trámite de cálculo actuarial solo es de recibo cuando el mismo empleador lo requiere.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones primera y quinta; dijo no oponerse ni allanarse a las demás. Aceptó los hechos contenidos en los numerales 13, 14, 15, 16 y 17, relativos a la radicación de la reclamación administrativa y su respuesta, la falta de pago de aportes por parte de ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy **PRIMAX COLOMBIA S.A.** y la jurisprudencia que ha resuelto el tema de aprovisionamientos de capital para aportes al Sistema de Seguridad Social. Expresó que los demás hechos no le

constaban y formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica (Pág. 932 a 939 archivo “12ContestacionColpensiones”).

PRIMAX COLOMBIA S.A., guardó silencio, por lo que por Auto del 22 de agosto de 2022, el despacho tuvo por no contestada la demanda (archivo “15AutoTienePorContestadaLaDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 3:29 archivo “27LinkAudiencia29AgostoDe2023Proceso2021158”).

El 29 de agosto de 2023, el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO. – CONDENAR a la demandada **PRIMAX COLOMBIA S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** los aportes en pensión correspondientes al demandante señor **JOSÉ LUIS CALA CARRIZOSA**, por los periodos comprendidos entre 23 de julio de 1984 y el 31 de octubre de 1987, 01 de noviembre de 1988 y el 14 de abril de 1989 y 08 de mayo de 1990 y 01 de noviembre de 1992. Ello a través de cálculo actuarial que debe elaborar la demandada **COLPENSIONES** con base en los salarios que quedaron determinados en la presente providencia. **SEGUNDO. SE ORDENA** a **COLPENSIONES** validar dentro de la historia laboral del demandante los anteriores aportes pensionales una vez se sufrague por la demandada **PRIMAX COLOMBIA S.A.** el respectivo cálculo actuarial. **TERCERO. – DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la demandada **COLPENSIONES**, en tanto no enervaron las pretensiones. **CUARTO. – CONDENAR EN COSTAS** de esta acción a las demandadas. Tásense.”

El Juzgado fijó como problema jurídico, establecer si la demandada **PRIMAX COLOMBIA S.A.** está obligada a trasladar a **COLPENSIONES**, a través de cálculo actuarial, representado en título pensional, los aportes pensionales causados en vigencia del nexo contractual que unió a ESSO COLOMBIANA LIMITED con el demandante, y en los periodos reclamados en la demanda.

Como sustento de la decisión, la Juez inicialmente señaló que se encuentra probada la relación laboral entre ESSO COLOMBIANA LIMITED y el demandante entre el 23 de julio de 1984 y el 01 de noviembre de 1992, como quiera que obra en el proceso el contrato de trabajo suscrito por las

partes en el mes de mayo de 1990, dentro del cual se reconoció por la empleadora en su cláusula octava, para efectos de la pensión de jubilación, el tiempo anterior laborado por el demandante entre el 23 de julio de 1984 al 14 de abril de 1989, además de la certificación laboral en la que consta dicho vínculo y que el último salario básico mensual devengado correspondía a \$1.435.000.

Aclarada la relación laboral, se refirió a la obligatoriedad de afiliación a los riesgos de invalidez, vejez y muerte de todos los trabajadores por parte de su empleador y en específico a la inscripción de los trabajadores de las empresas dedicadas al sector petrolero, como lo es la aquí demandante, señalando que dicha circunstancia no es óbice para que el empleador deba asumir el pago de los aportes pensionales respecto de sus trabajadores a pesar de que no estuviera obligada a su afiliación, pues se encargaba de manera directa del reconocimiento y pago de la pensión; razón por la cual, le asiste derecho al demandante a que **PRIMAX COLOMBIA S.A.** traslade a **COLPENSIONES** los aportes en pensión, representados en un bono o título pensional, generados con ocasión al contrato de trabajo que existió entre las partes y por los periodos que se reclaman en la demanda, con base en el cálculo actuarial que para el efecto elabore **COLPENSIONES**, en la parte que a aquella le corresponda, como quiera que desde la expedición del Decreto 3041 de 1966 el trabajador ha tenido a su cargo la obligación de asumir un porcentaje de la cotización para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, máxime que en este caso la falta de afiliación del trabajador no obedeció a una conducta omisiva del empleador frente a sus obligaciones laborales, sino a que las empresas petroleras no tenían la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS. Señaló, que **COLPENSIONES** debe convalidar los aportes en la historia laboral una vez reciba el pago de estos por parte de **PRIMAX COLOMBIA**, de acuerdo con los salarios acreditados en el proceso, esto es, la suma de \$700.000 para los años 1990 y 1991 y de \$1.435.000 para el año 1992, y como la parte demandante no acreditó el salario devengado en los años 1984 a 1989, el IBC debe corresponder al SMLMV.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación de manera parcial, solicitando se revise la sentencia proferida

teniendo en cuenta que el procedimiento establecido, tanto por la ley, como por **COLPENSIONES** para tasar el cálculo actuarial, no es determinar el salario año por año, pues lo que se debe tener en cuenta son los periodos laborados y el último salario devengado, por lo que pide que los salarios de los años 1984 a 1987 no se tengan en cuenta con el mínimo, ello de acuerdo al aplicativo que la entidad tiene para tasar los cálculos actuariales, denominado *soy actuario*. Igualmente, solicita que se condene a **PRIMAX** a pagar el 100% del cálculo actuarial en toda la proporción, por cuanto el trabajador no debe asumir ningún dinero por este concepto (min. 28:36 archivo “27LinkAudiencia29AgostoDe2023Proceso2021158”).

A su turno, la apoderada de **PRIMAX COLOMBIA S.A.** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a su representada de todas las pretensiones del demandante. Adujo, que la empresa siempre actuó amparada de las disposiciones vigentes para la época en la que se dio el contrato de trabajo con el actor, además que ha actuado con absoluta buena fe y ha ejercido su actividad comercial en Colombia de manera legal, dando su mayor colaboración a la administración de justicia, por lo que considera inviable que se le imponga condena por un cálculo actuarial absolutamente oneroso por un trabajador que no estaba vinculado a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993; que para la aplicación del cálculo actuarial debe tenerse en cuenta el Decreto 1887 de 1994 que estableció que con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiera iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con el artículo 33 de la ley 100 de 1993. Por otro lado, dijo que la afiliación de trabajadores de la industria del petróleo solo fue obligatoria hasta el 01 de octubre de 1993 teniendo en cuenta la ubicación geográfica, por lo que la omisión de afiliación es legal (min. 30:09 archivo “27LinkAudiencia29AgostoDe2023Proceso2021158”).

Por último, el apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación indicando que a esa entidad no puede imponérsele consecuencia alguna por el acaecimiento de hechos de terceros, como lo es la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el empleador ESSO COLOMBIA LIMITED y la omisión de la afiliación y pago de las cotizaciones en pensión, pues son circunstancias ajenas, además, que como en este caso

no hubo mora patronal sino omisión de la afiliación, no es posible realizar el cálculo actuarial, pues de acuerdo con la jurisprudencia, la consecuencia jurídica para dichos eventos es la indemnización de los perjuicios, solicita se revoque la sentencia de primer grado y no se condene en costas ya que no tuvo ninguna participación en la administración de los recursos del demandante (min. 35:05 archivo “27LinkAudiencia29AgostoDe2023Proceso2021158”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PRIMAX COLOMBIA S.A.** solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada. La parte **DEMANDANTE** solicitó la modificación parcial de la sentencia, insistiendo en que la liquidación del cálculo actuarial no se realiza año a año, sino que debe ser con el salario final. **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 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si existe la obligación de la demandada **PRIMAX COLOMBIA S.A.** de pagar el cálculo actuarial en un 100% por los aportes no cotizados durante los periodos de tiempo

comprendidos entre el 23 de julio de 1984 al 31 de octubre de 1987, del 01 de noviembre de 1988 al 14 de abril de 1989 y del 08 de mayo de 1990 al 01 de noviembre de 1992; en caso afirmativo, si **COLPENSIONES** debe liquidar el cálculo actuarial con base en el último salario devengado por el actor y actualizar la historia laboral; así como la procedencia de la condena en costas, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

No son objeto de controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* entre el demandante **JOSÉ LUIS CALA CARRIZOSA** y la demandada ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy **PRIMAX COLOMBIA S.A.** existió un contrato de trabajo entre el 23 de julio de 1984 y el 01 de noviembre de 1992 (Pág. 1 a 3 archivo “03AnexosDemanda”); *ii)* el empleador ESSO COLOMBIANA LIMITED no afilió al demandante al sistema de seguridad social en pensiones durante el término completo de la relación laboral; *iii)* el demandante se encuentra afiliado a **COLPENSIONES** y la demandada le realizó aportes a dicha entidad entre el 01 de noviembre de 1987 al 30 de octubre de 1988 (Pág. 4 a 17 archivo “03AnexosDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* condenó a **PRIMAX COLOMBIA S.A.** al traslado a **COLPENSIONES** de los aportes en pensión no cotizados, a **COLPENSIONES** a validar los aportes dentro de la historia laboral una vez sean sufragados por **PRIMAX COLOMBIA S.A.** y condenó en costas a ambas demandadas. Contra la anterior decisión el **DEMANDANTE** y las **DEMANDADAS** interpusieron recurso de apelación.

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

- Sobre la procedencia del cálculo actuarial.

Para resolver la controversia la Sala seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico como juez de casación laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide. En la sentencia de fecha 16 de julio de 2014,

radicación N° 41745 (SL9856-2014), y copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad, esa Corporación dispuso la responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no hubo cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales, máxime cuando se tratan de periodos en que aquellos riesgos estaban a su cargo y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente (SL5790-2014, SL4072-2017, SL14215-2017, SL1342-2019, SL5109-2019, SL1551-2021, SL2465-2021, entre otras).

Al efecto, en sentencia CSJ SL9856-2014, Radicado No. 41745, respecto a las obligaciones del empleador en estos eventos, estimó la Sala Laboral de la Corte lo siguiente: *“(...) si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho. Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario, se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.”*

CASO CONCRETO.

Debe comenzar la Sala por advertir que le asiste razón a la apelante **PRIMAX COLOMBIA S.A.** en cuanto a que las empresas petroleras fueron llamadas a pagar afiliación de sus trabajadores al ISS solo hasta el año 1993. Lo dicho, en razón a que el ISS, mediante Resolución No. 3540 del 06 de agosto de 1982, llamó a inscripción al régimen de seguros obligatorios de invalidez, vejez, muerte, enfermedad general, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en todo el territorio del país, a partir del 01 de septiembre de 1982, a todos los patronos y trabajadores de las actividades industriales extractivas, industria del petróleo y sus derivados y gas natural, exceptuando a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a las Sociedades de Economía Mixta y a sus asociados o contratistas

independientes, acto administrativo que en Resolución No. 5043 del 15 de noviembre de 1982 fue dejado sin efecto indefinido. Así, no fue sino hasta la expedición de la Resolución No. 4250 del 28 de septiembre de 1993, que el ISS fijó como fecha para iniciar la mencionada inscripción el día 01 de octubre de 1993 en las zonas geográficas del país en donde el Instituto tuviera cobertura.

No obstante, como quiera que no fue objeto de controversia en el proceso la prestación de servicios del actor en favor de ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy **PRIMAX COLOMBIA S.A.** mediante contrato de trabajo vigente entre el 23 de julio de 1984 al 01 de noviembre de 1992, menos aún se discute que dicha sociedad no afilió al trabajador al sistema de pensiones durante la totalidad de dicho lapso y que solo le realizó cotizaciones a pensión durante el 01 de noviembre de 1987 al 31 de octubre de 1988, bajo el lineamiento jurisprudencial anteriormente referenciado, fácil es concluir que, durante tal interregno laborado por el demandante, y no cotizado al ISS por no haber sido llamada dicha compañía a inscripción en el régimen de seguros obligatorios del ISS, correspondía al empleador asumir la obligación de cubrir todas las “*contingencias propias del trabajo*”, pero no por ello puede ser eliminado el periodo anterior, por cuanto para que se consolide debidamente el derecho a la pensión del demandante, debe realizarse el pago del cálculo actuarial, para de esa forma garantizar que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

De tal manera, el periodo de tiempo laborado por el demandante, esto es, del 23 de julio de 1984 al 01 de noviembre de 1992, no puede ser desconocido para su disfrute pensional, toda vez que los periodos deben ser computados a través de cálculo actuarial, siendo este un derecho irrenunciable e imprescriptible, no pudiendo el empleador beneficiarse o exonerarse de dicho pago.

Precisa la Sala, para responder el argumento de apelación planteado por la demandada **PRIMAX COLOMBIA S.A.**, relativo a que el contrato de trabajo del actor no estaba vigente al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993; por tanto, que no tiene la obligación de sufragar título pensional alguno, vale resaltar que la aplicación del precedente jurisprudencial antes citado no implica la aplicación retroactiva de las

normas, pues desde la Ley 90 de 1946 se definió para los empleadores la obligación de hacer las provisiones necesarias para el cubrimiento de las pensiones de sus trabajadores o para una subrogación posterior del riesgo de invalidez, vejez y muerte, luego aun cuando no existía la obligación de afiliación, si estaba la de hacer las provisiones para cubrir o financiar el futuro derecho pensional en proporción del tiempo servido por un trabajador.

Además, debe recordarse que el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que el cálculo actuarial es el mecanismo por antonomasia para validar los periodos en los que la prestación del servicio estuvo a cargo de los empleadores, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura (CSJ SL1342-2019, SL1551-2021 y SL2263-2022, entre otras), en la medida en que la ley que regula las consecuencias por la falta de afiliación es la vigente al momento de la consolidación del derecho pensional y no la que regulaba el pago de los aportes durante el tiempo en que se prestó el servicio (SL14388-2015, SL1041-2021, SL3470-2022, entre otras).

En ese contexto, no es necesaria la vigencia del nexo laboral a la fecha de inicio de la Ley 100 de 1993, para que se active la responsabilidad a través del cálculo actuarial, como mecanismo de traducir el tiempo de servicio en aportes que contribuyan a la construcción del derecho pensional.

Conforme a lo anterior, ciertamente el empleador debe responder por el cálculo actuarial correspondiente a los periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuviera la obligación de afiliar a su trabajador al ISS, por cuanto debía tener los aprovisionamientos exigidos legalmente.

Ahora bien, para resolver el argumento expuesto por la parte demandante, relacionado a que debe ordenarse a **PRIMAX COLOMBIA S.A.** el pago del cálculo actuarial en toda la proporción, la Sala dirá que dicha alegación se encuentra fundada, como quiera que si bien es cierto que desde la expedición del Decreto 3041 de 1966 los afiliados al Instituto de Seguros Sociales tenían a su cargo la obligación de asumir un porcentaje de la cotización para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, no es menos cierto que este aspecto ya ha sido decantando por la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha precisado que de conformidad con el Parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es el empleador quien debe trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de estos dineros (CSJ SL3154-2022, SL3847-2022 y SL1493-2023, entre otras).

En consecuencia, el pago del cálculo actuarial con ocasión a la falta de afiliación del trabajador al ISS corresponderá en su totalidad al empleador, sin que sea posible exigir contribución alguna al accionante. En este sentido, se adicionará la condena impuesta en primera instancia.

Con relación al punto de apelación restante de la parte actora, conforme al cual se debe efectuar el cálculo actuarial tomando como base el último salario devengado, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia de la H. CSJ Sala de Casación Laboral ha adoctrinado que la liquidación del cálculo actuarial debe hacerse a partir de los salarios devengados durante el periodo en el cual se omitió el respectivo aporte, más no con el último devengado por el trabajador, así como tampoco con el reportado en la liquidación final de prestaciones sociales (CSJ SL1358-2018, SL3810-2020, SL2590-2020, SL2003-2023).

Siendo así, se confirmará la obligación impuesta a **COLPENSIONES** consistente en elaborar el cálculo actuarial con base en el salario devengado por el demandante en cada periodo de cotización, los cuales fueron determinados en primera instancia de la siguiente manera: para los años 1984 a 1989 el equivalente al SMLMV, para los años 1990 y 1991 la suma de \$700.000 y para el año 1992 la suma de \$1.435.000.

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

Sobre la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, la misma no es procedente en atención a que en el presente asunto la condena en contra de dicha entidad es por la expedición del cálculo actuarial y la actualización de la historia laboral, una vez se realice el pago del título pensional, por lo que, al tratarse de aportes pensionales, estos tienen el carácter de irrenunciables e imprescriptibles, conforme con el artículo 48 Constitucional. Además, es imprescriptible el pago del cálculo actuarial a transferirse, tal y como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL941-2018, SL738-2018 y SL2340-2022), toda vez que el citado pago hace parte de los aportes que formarán el capital indispensable para un posible incremento de la mesada pensional del demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de disponer que corresponde a la demandada **PRIMAX COLOMBIA S.A.** pagar en su totalidad el cálculo actuarial ordenado, sin que sea posible exigir contribución alguna al demandante, 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.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 15-2021-00389-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 26 de septiembre de 2023, que declaró ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (min. 2:14:10 archivo “31Acta20200389Audiencia20230926”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 11 archivo “01EscritoDemanda”).**

GLORIA JEANNETTE RODRÍGUEZ BAUTISTA solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 17 de noviembre de 1962 y cuenta con 58 años de edad, que cotizó al RPM administrado por el ISS desde el 16 de septiembre de 1982 al 01 de octubre de 1994, acumulando 574,4 semanas de cotización y que el 26 de diciembre de 1995 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que omitió brindarle información clara, completa, objetiva y suficiente sobre las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional y de cada uno de los regímenes pensionales, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales.

Comentó, que no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ha venido cotizando al RAIS acreditando un total de 1.734 semanas y que el monto pensional entre uno y otro régimen varía notoriamente, por lo que solicitó ante **COLPENSIONES** su retorno al RPM, petición denegada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento y la edad de la demandante, la afiliación al ISS y la presentación de la reclamación administrativa. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (Pág. 1 a 8 archivo “*17EscritoContestacionColpensiones*”).

A su vez, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados a la fecha de nacimiento y edad de la demandante, la afiliación al RAIS, las semanas acumuladas, la presentación de solicitud de afiliación y su respuesta negativa. Formuló las excepciones de falta de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y buena fe. (Pág. 1 a 25 archivo “*20ContestacionPorvenir*”).

Por Auto del 18 de febrero de 2022 se dispuso la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, AFP que se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relacionado a la fecha de nacimiento y edad de la demandante y que esta no es beneficiaria del régimen de transición. Propuso las excepciones de falta de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional

cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones. (Pág. 3 a 22 archivo “25ContestacionProteccion20230419”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:53:47 archivo “31Acta20200389Audiencia20230926”).

El 26 de septiembre de 2023, el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante **GLORIA JEANNETTE RODRIGUEZ BAUTISTA** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la **AFP COLMENA** hoy **PROTECCION S.A.** el día 30 de junio de 1994, y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR** donde actualmente se encuentra afiliada la demandante, a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los aportes, los rendimientos, los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones que haya descontado, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y que no haya trasladado a otra administradora; todo lo anterior con destino a **COLPENSIONES**, a **COLPENSIONES** a que reciba dichos recursos, los tenga en cuenta como semanas efectivamente cotizadas a favor de la señora demandante, reactivando su afiliación, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva. **SEGUNDO: ORDENAR A LA AFP PROTECCION** donde en alguna época estuvo afiliada la señora demandante, trasladar los recursos o sumas correspondientes a los gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y demás recursos, salvo lo correspondiente a las pólizas de seguro previsional y que no hay trasladado a la administradora **PORVENIR**, todo lo anterior con destino a la Administradora **COLPENSIONES**. **TERCERO CONDENAR EN COSTAS a PROTECCION S.A.** para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a **(1)** un salario mínimo legal vigente para el año 2023. **SIN COSTAS** respecto a **COLPENSIONES y PORVENIR**. **CUARTO DECLARAR no demostradas** las excepciones propuestas por las partes demandadas. Si la presente providencia no fuere impugnada, dada la naturaleza jurídica se Colpensiones, se remitirán las diligencias al superior para efectos de que las revise en el grado jurisdiccional de consulta. (...)”.*

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si le asiste derecha a la señora demandante a que se declare inválido, y por ende, ineficaz el traslado de régimen efectuado del RPM al RAIS a través de la

administradora que corresponde, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a **COLPENSIONES** a declararla válidamente afiliada, se ordene a **PORVENIR** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los aportes en pensión realizados, junto a sus rendimientos y a **COLPENSIONES** a recibir estos aportes y tenerlos como efectivamente cotizados como si nunca se hubiera trasladado al RAIS.

Para resolver, inicialmente realizó un recuento normativo y jurisprudencial aplicable al caso, concluyendo, de acuerdo a las pruebas recaudadas, que en el presente caso **PROTECCIÓN** no cumplió con el deber de información, y por ende, es procedente declarar la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por la demandante el día 30 de junio de 1994 del RPM al RAIS a través de la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** y como consecuencia de lo anterior, ordenar a **PORVENIR**, donde actualmente se encuentra afiliada la demandante, a trasladar los recursos que obran en la CAI a **COLPENSIONES**, entidad que deberá recibirlos y tenerlos como aportes, como si nunca se hubiese trasladado, considerando que no es procedente trasladar lo respectivo a las pólizas de seguro previsional, por cuanto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100, estos son recursos destinados a proteger al afiliado de los riesgos de invalidez y muerte, por lo que como no se generó el riesgo, residen en unos terceros de buena fe, como lo son las compañías aseguradoras.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, señalando que de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJ, la ineficacia del traslado no procede de manera automática respecto a todos los casos, sino que depende de que la falencias en la información y la ausencia del consentimiento informado hubiese causado un perjuicio determinable para el afiliado en el momento en que se llevó a cabo el traslado, que en este caso se recibió información por parte de asesores de SANTANDER, **PROTECCIÓN** y **PORVENIR**, demostrándose que la inconformidad de la demandante recae solamente en la mesada pensional, además que no es posible exigir a las demandadas cargas que no se encontraban regladas en la época, cuando bastaba la firma del formulario de afiliación para

demostrar su aceptación. Agregó, que **COLPENSIONES** es un tercero de buena fe y que no puede dar cumplimiento hasta tanto las AFP no restituyan la totalidad de los saldos (min. 2:16:50 archivo “31Acta20200389Audiencia20230926”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de la **DEMANDANTE** solicitaron confirmar la sentencia de primera instancia.

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** pidió la revocatoria de la sentencia, para en su lugar absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, reiterando los argumentos esbozados en la alzada.

De igual, el apoderado de **PORVENIR S.A.** pidió revocar parcialmente el fallo de primer grado, considerando que la afiliación se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, que los gastos de representación tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida por la AFP, que su representada generó unos rendimientos que sirven para compensar la pérdida del poder adquisitivo, por lo que no hay lugar a la indexación, en tanto se estaría imponiendo a una doble condena por el mismo concepto y que debe desestimarse la condena en costas.

PROTECCIÓN S.A. 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 que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, y de su posterior traslado horizontal, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **GLORIA JEANNETTE RODRÍGUEZ BAUTISTA** nació el 17 de noviembre de 1962 (Pág. 1 archivo “04Anexo3”); *ii)* la demandante cotizó al extinto ISS desde el 16 de septiembre de 1982 al 01 de octubre de 1994, acumulando un total del 574,4 semanas cotizadas (Pág. 143 a 146 archivo “18AnexoCorreo20211117”); *iii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de vinculación del 30 de junio de 1994, efectivo a partir del 01 de julio de 1994 (Pág. 41 a 42 y 48 archivo “25ContestacionProteccion20230419”), luego se trasladó a INVERTIR hoy **PORVENIR S.A.** a través de formulario de vinculación No. 17237 del 26 de diciembre de 1995, efectivo a partir del 01 de enero de 1996 (Pág. 45 a 46 archivo “20ContestacionDemandaPorvenir”) y posteriormente a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 01 de enero de 2014 (Pág. 48 archivo “25ContestacionProteccion20230419”), AFP donde permanece vinculada y acumula un total de 1.730 semanas cotizadas a diciembre de 2020 (Pág. 21 a 33 archivo “04Anexo3”); *iv)* la demandante radicó solicitud ante **COLPENSIONES** y **PORVENIR** para retornar al RPM, peticiones que fueron negadas (Pág. 6 a 19 archivo “04Anexo3”).

En la sentencia de primera instancia, el Juez *a quo* declaró ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** 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, 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 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 o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **PORVENIR S.A.**, que no probó el cumplimiento al deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que en el año 1994 ingresó a trabajar con una empresa, en donde le entregaron el formulario diligenciado de afiliación a la AFP COLMENA, el cual firmó confiada sin tener conocimiento del tema, pues tan solo entendía que las condiciones en su pensión serían las mismas y que debía cumplir con la documentación para poder trabajar, que en el año 1995 se vinculó laboralmente con la Dirección de Estupefacientes y se afilió a **PORVENIR**, manifestando que no recuerda haber recibido asesoría de algún asesor, que en el año 2002 escuchó un rumor acerca de que el ISS desaparecería y que una vez cumplió los 57 años de edad se dirigió a las oficinas de **PORVENIR** con el fin de recibir una proyección de su mesada pensional, en donde le informaron que el monto sería el equivalente a 01 smlmv, situación que considera injusta; manifestaciones que no benefician a las AFP accionadas, puesto que ni de la demanda, ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Con relación a la prueba testimonial aportada, huelga decir, de la misma no es mucho lo que puede extraerse frente al cumplimiento de las AFP demandadas en su deber legal de información para la época del traslado de régimen pensional de la demandante, en tanto a las deponentes nada les consta de manera directa frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar que pudieron ocurrir al respecto, pues no estuvieron presentes al momento de la afiliación de la señora **GLORIA JEANNETTE RODRÍGUEZ** a la AFP COLMENA, pues coincidieron en señalar que conocieron a la demandante con posterioridad al año 1994, además, sus testimonios se basan en lo que de acuerdo a su propia experiencia, suponen sucedió en el caso de la actora.

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 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 la demandante siempre estuvo afiliada 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 deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, 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 y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, 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.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, 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.

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: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional al RAIS, realizado por la demandante **GLORIA JEANNETTE RODRÍGUEZ BAUTISTA** a través de la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 30 de junio de 1994, y de su posterior traslado horizontal a **PORVENIR S.A.** el 26 de diciembre de 1995 y el 01 de enero de 2014, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR los ordinales primero y segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN 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, así como 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, sin lugar a descuento alguno y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada una de dichas AFP. Al momento en que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deberán 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.

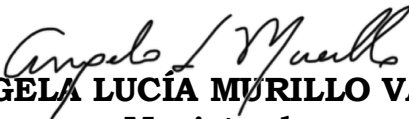
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

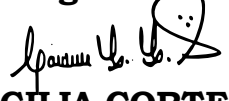
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GLORIA JEANNETTE RODRIGUEZ BAUTISTA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2021 00389 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No. 15-2019-00808-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 06 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min.02:09:20, archivo "04Audiencia20230206"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

DENIS MIGUEL OLAYA CHAMUCERO llamó a juicio a la **ORGANIZACIÓN DE CONTROL AMBIENTAL Y DESARROLLO EMPRESARIAL OCADE S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de una sola relación laboral desde el 19 de agosto de 2014 hasta el 10 de abril de 2017, que al momento del despido estaba amparado por estabilidad laboral reforzada, que adquirió patologías por el manejo de sustancias peligrosas y los aportes a pensión debieron ser del 10% adicional y, en consecuencia, se condene al pago

de aportes pensionales, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, salarios, reliquidación por nivelación salarial, indemnización por despido, indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la normatividad sobre salud ocupacional y SG-SST, dotaciones, pago de liquidación definitiva, reembolso de retenciones efectuadas a los salarios, indexación, costas, ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico indicó que laboró al servicio de **OCADE SAS** del 19 de agosto de 2014 hasta el 10 de abril de 2017 en el cargo de operario, funciones que eran de alto riesgo producto de las cuales adquirió enfermedades causadas por la exposición a sustancias peligrosas; que el empleador no pagó el porcentaje adicional de aporte a pensión, no realizó las consignaciones de las cesantías y no entregó dotaciones; que el contrato de trabajo se terminó sin justa causa sin tener en cuenta que se encontraba en situación de estabilidad laboral reforzada estando en curso de un tratamiento médico producto de las patologías presentadas por la exposición a sustancias peligrosas quedando en condición de debilidad manifiesta, que si bien se celebraron múltiples contratos en la vigencia del vínculo contractual los mismos se prestaron en condición de permanencia y continuidad; además, que durante el vínculo laboral se le efectuaron retenciones sin autorización alguna por concepto de “*herramientas*”; finalmente, que a sus compañeros les pagaban un salario superior configurándose una discriminación salarial por desempeñar las mismas funciones y que en petición del 23 de marzo de 2019 presentó reclamación, sin obtener respuesta por parte de la empresa (*pág. 173 a 198, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio528”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

OCADE S.A.S. se opuso a la totalidad de las pretensiones, acepto el vínculo laboral, el cargo y el salario devengado por el demandante, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inaplicabilidad de la Ley 361 de 1997*, cobro de lo no debido, inexistencia de los derechos

reclamados, inexistencia de discriminación salarial, prescripción, buena fe respecto de la indemnización moratoria y la innominada o genérica (pág. 1 a 33, archivo “02CdFolio473ContestacionDem...”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.02:09:20, archivo “04Audiencia20230206”)

El 06 de febrero 2023, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **“PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor DENIS MIGUEL OLAYA CHAMUCERO y la demandada ORGANIZACIÓN DE CONTROL AMBIENTAL Y DESARROLLO EMPRESARIAL “OCADE SAS” existieron tres contratos de trabajo por los siguientes periodos uno desde el 19 de agosto de 2014 hasta 31 de diciembre del 2015, segundo desde el 12 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016 y un tercero desde el 16 de enero de 2017 al 10 de abril de 2017 y que terminó por renuncia del señor demandante, devengando el señor demandante el salario mínimo legal y el cargo de operario. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y en estos términos declarar demostradas las excepciones de buena fe, inexistencia de discriminación laboral, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por la parte demandada. **TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS** a favor ni en contra de ninguna de las partes. **CUARTO:** Si la presente providencia no fuere impugnado y dado el resultado desfavorable para el señor demandante se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta” (...).

El juez como fundamento de su decisión indicó que no se logró demostrar una sola relación laboral pues durante las interrupciones que se presentaron en los tres contratos existentes el actor no prestó el servicio, no siendo procedente la reliquidación reclamada. Que tampoco hubo un despido sin justa causa ya que la parte actora renunció de manera voluntaria, lo que descarta la aplicación de la figura de estabilidad laboral reforzada y no se demostró la exposición a sustancias peligrosas para que procediera la reliquidación de aportes pensionales.

Frente a los descuentos precisó que la parte actora dio autorización para la deducción de estos y en referencia a la no entrega

de dotaciones señaló que la parte actora no acreditó los perjuicios causados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se accedan a las pretensiones. Adujo que no se tuvo en cuenta la multiplicidad de contratos laborales celebrados entre las partes y que no fue una renuncia voluntaria ya que fue coaccionado a firmar, fue una renuncia sugerida, y se encontraba en condición de debilidad manifiesta como consecuencia de su estado de salud. Por otro lado, expresó que, para la retención de descuentos de nómina, los mismos no tenían autorización expresa del demandante, lo que constituye un descuento ilegal (*min.02:10:51, archivo "04Audiencia20230206"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del demandante solicitó la revocatoria total del fallo proferido en primera instancia reiterando los argumentos elevados en la alzada e incluyendo aspectos que no fueron objeto de apelación, sobre los cuales la Sala no hará ningún pronunciamiento en aplicación del principio de consonancia.

El apoderado de **OCADE S.A.S.** pidió 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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez de la renuncia presentada por el trabajador, si al momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada por razones de salud y si hubo descuentos ilegales en la liquidación final del contrato de trabajo.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia que entre el demandante **DENIS MIGUEL OLAYA CHAMUCERO** y la demandada **OCADE S.A.S.** se celebraron tres contratos de trabajo, el primero desde el 19 de agosto de 2014 hasta 31 de diciembre del 2015, el segundo desde el 12 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016 y el tercero desde el 16 de enero de 2017 al 10 de abril de 2017 (*así fue establecido en la sentencia de primera instancia y no fue objetado por ninguna de las partes*).

- **Sobre la terminación del contrato por renuncia.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que el literal b) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo consagra que el contrato de trabajo termina por mutuo consentimiento, norma que ha sido interpretada como la fuente legal que consagra la renuncia, entendida como la manifestación unilateral del trabajador de dar por terminado el contrato de trabajo, la cual al ser aceptada por el empleador configura la terminación por mutuo acuerdo.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que la renuncia afectada por vicios del consentimiento no equivale a un despido sin justa causa, por cuanto implica en sí misma la ineficacia de la declaración de voluntad del trabajador, lo que conlleva a que el contrato de trabajo deba ser restituido al estado en

que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad, conforme el artículo 1746 del CC, en armonía con el artículo 19 del CST.

En efecto, en la sentencia SL Rad 22.482 del 30 de septiembre de 2004, la H. CSJ señaló que la consecuencia de una renuncia con vicios del consentimiento es la nulidad y al no producir efectos, se genera la restitución al estado en que las partes se hallarían de no ser por el acto nulo, lo que conlleva a la condena al pago de salarios conforme el artículo 140 del CST, prestaciones sociales y pagos a seguridad social, posición reiterada en la sentencia SL3089 de 2014. A su vez, en sentencia SL4823 de 2020 se analizó el caso de una trabajadora que al momento que presentó renuncia sufría de trastornos mentales, afectando su capacidad volitiva, lo cual desvirtuó la presunción de capacidad del artículo 1503 CC siendo nula absoluta la renuncia conforme con lo dicho en la sentencia SL3827 de 2020, mientras que las nulidades por vicio del consentimiento son relativas.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que el último vínculo laboral a término fijo que existió entre las partes fue finalizado por renuncia de **DENIS MIGUEL OLAYA CHAMUCERO** el 10 de abril de 2017, la cual el actor considera que fue provocada.

Para resolver los argumentos elevados en la alzada, sea lo primero indicar que conforme la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la renuncia es una manifestación unilateral del trabajador para terminar el contrato de trabajo, de manera consciente, libre, espontánea y alejada de cualquier tipo de constreñimiento, la cual puede ser nula si se acredita vicio del consentimiento (nulidad relativa) o cuando no se acreditan los requisitos para obligarse (nulidad absoluta), tal y como ha indicado la Alta Corte en las sentencias Rad 22.482 del 30 de septiembre de 2004,

SL3089 de 2014, SL18541 de 2017, SL3827 de 2020, SL4823 de 2020, entre otras.

Igualmente, es necesario recordar que conforme con el precedente del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, con arreglo a los artículos 1508 a 1516 del Código Civil el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso (SL16539-2014, SL10790-2014, SL13202-2015 y SL572-2018).

El artículo 167 del Código General del Proceso establece que la carga de la prueba de los hechos corresponde a la parte que persigue las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, por tanto, si el demandante alega la nulidad o ineficacia de su renuncia le corresponde probar los vicios del consentimiento alegados en su demanda.

Para conocer las particularidades acaecidas con esa terminación del contrato únicamente se recaudó el interrogatorio al demandante quien reiteró que no renunció y que sólo firmó un documento que le pasaron y que lo obligaron a suscribir, pero que esa no fue su voluntad (*min. 22:55, archivo "04Audiencia20230206"*), prueba que resulta insuficiente para acreditar los presuntos vicios del consentimiento alegados por el trabajador y reiterados por su apoderado en la alzada.

Nótese que en el expediente no existe ningún medio de persuasión que de fe que el 10 de abril de 2017 la representante legal de la sociedad demandada, María Amparo Cadena Lezama, haya despedido al trabajador y le haya insinuado que firmara la carta de terminación del contrato, que fuera compelido, obligado, forzado o amenazado a presentar la renuncia, carga de la prueba que recaía en la parte actora. Ni siquiera se tiene certeza que el escrito de renuncia allá sido elaborado por la accionada.

Tampoco que se ejerció presión más allá de lo razonable, violencia o malos tratos. Igualmente, no se demostró que fue inducido a error o que se puso en una situación incapaz de resistir.

Ahora, de conformidad con la premisa fáctica señalada en el literal b) del artículo 61 del Código Sustantivo de Trabajo, la renuncia es un acto autónomo, pacífico, facultativo y discrecional de quien en ese momento es dueño del derecho en cuestión, y dichos presupuestos permanecieron incólumes en este juicio, pues no se demostró que fueron afectados en algún grado.

Y si bien la renuncia a un cargo le puede generar al trabajador traumatismo por la pérdida del empleo, incertidumbre por la desestabilización económica que le pueda causar y el impacto que se pueda irradiar en el entorno familiar, también lo es que en este caso la única conclusión a la que puede llegar la Sala es que el actor tomó la decisión de renunciar de forma voluntaria.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el actor no cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del CGP, al no probar la existencia de vicios en el consentimiento para suscribir la carta de renuncia, no le queda a la Sala camino diferente que confirmar la sentencia de primera instancia.

Ahora, al determinarse que la extinción del contrato ocurrió por voluntad del trabajador y no por un despido, la estabilidad laboral reforzada por razones de salud que se menciona en la demanda no resulta aplicable al demandante. Al efecto, la protección 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 (CSJ SL1152-2023).

En el presente asunto la ruptura del contrato de trabajo no provino del empleador, las enfermedades padecidas por el actor no le impidieron el normal desarrollo de sus funciones, la terminación del contrato no obedeció a un trato discriminatorio generado por sus condiciones de salud y no hay relación de causalidad entre dicho estado y la renuncia presentada por el demandante, por lo que no se estructuró derecho a estabilidad laboral reforzada, aspecto suficiente para confirmar en este aspecto la decisión proferida por el *a quo*.

- Descuentos o compensaciones prohibidas.

El artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo consagra los descuentos que están prohibidos por parte del empleador. En su numeral 1° señala *“El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo...”*.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“las restricciones al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización tiene carácter protector plenamente justificado durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir, cuando está en pleno vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador. Pero para el momento de terminación del contrato la subordinación desaparece, como también fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para los créditos dados por el empleador al trabajador y otorgados para el cabal desarrollo del objeto del contrato de trabajo por suministro de equipos, materiales o de las sumas entregadas para su adquisición, o para el bienestar del trabajador bajo la forma de anticipos de salario, o de préstamos para solucionar necesidades de seguridad social, ora por vivienda, salud, o calamidad doméstica”* (CSJ SL Rad. 21.057 de 2003, 27.282 de 2008 y SL16794 de 2015, entre otras).

Para el caso en concreto, está acreditado que en la liquidación final del contrato de trabajo al accionante se le hizo una retención por la suma de \$169.900 por concepto de descuento de herramientas no entregadas (pág. 222, archivo “02CdFolio473ContestacionDem...”).

Se probó por parte de la demandada la relación de herramientas de trabajo entregadas al trabajador (pág. 227, archivo “02CdFolio473ContestacionDemandaOcade”), donde se consignó que:

EL TRABAJADOR, adquiere responsabilidad y compromiso a través de la presente acta de informar al Lider del proceso cualquier tipo de novedad que suceda con la herramienta entregada como: daño, mantenimiento preventivo y/o correctivo. El Colaborador autoriza descontar de su salario o liquidación el costo que se origine por el deterioro (daño por mal uso o pérdida) que no sea atribuible por el tiempo de vida útil del equipo.

La anterior entrega aparece suscrita por **DENIS MIGUEL OLAYA CHAMUCERO** como constancia de su aceptación y compromiso, registro que no fue desconocido ni tachado de falso en su oportunidad procesal, por lo que se presume auténtico en virtud de lo señalado en el artículo 54A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

Adicionalmente, en la columna de observaciones aparece detallado los elementos devueltos por el trabajador y los faltantes. Se advirtió que el trabajador no devolvió martillo, puntero, tijera hojalata, un cortafrío, solo 32 piezas de un juego de destornillador de 51 piezas, una pinza con una punta dañada y 10 puntas touch Dewat de un total de un set de 18 puntas, constancia que también aparece suscrita por el actor con la anotación de *entrega de herramientas con motivo de renuncia*.

En tal sentido, los argumentos expuestos por el recurrente no son de recibo puesto que, contrario a lo afirmado, si bien no aparece un correo electrónico enviado desde su cuenta institucional o personal, si reposa en el expediente el documento suscrito por el trabajador autorizando los descuentos o deducciones en los términos del artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo. Además, no se probó en el juicio

las razones por las cuales el demandante no devolvió los referidos instrumentos y tampoco acreditó que puso en conocimiento oportunamente de la empresa que los mismos se hayan perdido o extraviado, o que se dañaron con ocasión de su uso, con lo cual resulta relevante rememorar el contenido del numeral 3a) del artículo 58 del CST que establece la obligación al trabajador de “*conservar y restituir un buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes*”.

Por tal razón, al existir en el plenario los medios de convicción que demuestran que el demandante autorizó expresamente los descuentos y que algunos elementos de trabajo no fueron entregados por el trabajador al finalizar el contrato de trabajo, sin que hubiera desconocido su pérdida, para la Sala es claro que los descuentos que le hizo la demandada fueron acordes a los parámetros normativos.

Y aun cuando algunos elementos fueron compensados de forma completa a cargo del trabajador, pese a que solo algunas partes de ellas fueron extraviadas, la Sala omite realizar algún pronunciamiento específico en aplicación del principio de consonancia.

Bajo el anterior análisis se confirmará la sentencia recurrida.

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 la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 15-2022-00081-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública, contra la sentencia del 06 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia o traslado realizado por **JAIME FERNANDO BASTIDAS HERNÁNDEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes, rendimientos, gastos de administración, comisiones y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y a **COLPENSIONES** a recibir los recursos y a actualizar la historia laboral (*min. 01:20:10, enlace archivo “37Acta202200081Audiencia20230906”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

JAIME FERNANDO BASTIDAS HERNÁNDEZ 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 e ineficacia del traslado de régimen pensional realizado del Régimen de Prima con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y, en consecuencia, que se ordene a la AFP a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, bonos pensionales, cualquier suma adicional de la aseguradora, rendimientos, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 17 de agosto de 1961, se afilió al Instituto de Seguros Sociales, se trasladó de régimen pensional a **PROTECCIÓN** el 23 de marzo de 1995 y que se presentaron las respectivas solicitudes de nulidad de cambio de fondo ante las demandadas, peticiones que fueron respondidas el 13 de agosto y 08 de septiembre de 2021; y que al momento del traslado las demandadas faltaron al deber profesional de información, al no suministrar una información clara, completa y cierta acerca de las implicaciones y consecuencias del cambio de régimen pensional (*archivo “13SubsanacionDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS y la presentación de la solicitud ante esa entidad. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción y caducidad*; cobro de lo no debido; buena fe y la innominada o genérica (*pág. 3 a 33, archivo “28SubsanacionContestacionColpensiones...”*).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la respuesta a la petición

presentada. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y la innominada o genérica (pág. 3 a 32, archivo “25ContestacionProteccion20221116”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:20:10, enlace archivo “37Acta202200081Aud...”)

El 06 de septiembre de 2023, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** la afiliación o traslado efectuado por el señor JAIME FERNANDO BASTIDAS HERNANDEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP PROTECCIÓN el día 23 de marzo del año 1995, y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a dicha AFP PROTECCIÓN donde actualmente se encuentra afiliado, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes, rendimientos, igualmente los gastos de administración que haya descontado, las comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, esta Administradora COLPENSIONES que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo el demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, como consecuencia natural de esta ineficacia, conforme se expuso en la parte motiva. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas a AFP PROTECCIÓN para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo

*correspondiente a (1) un salario mínimo para el año 2023. SIN COSTAS a favor ni en contra de COLPENSIONES. **SEXTO: DECLARAR** no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas y si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta...” sic.*

Como sustento de su decisión el Juez expresó que, al momento del traslado de régimen pensional, el demandante tan sólo llevaba 11 meses vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que no había transcurrido el término mínimo de permanencia de 3 años, por lo que advirtió que es un traslado ilegal. Además, que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, el fondo de pensiones no cumplió la carga procesal de demostrar que cumplió con el deber de información al momento del traslado, no siendo suficiente el formulario de afiliación y tampoco lo señalado por el demandante en el interrogatorio, por lo que concluyó que ese traslado es ineficaz. Indicó que no había lugar a la devolución de primas previsionales de invalidez y sobrevivencia dado que fueron dineros girados a terceros con el fin de cubrir dichas contingencias a favor del actor.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se condene en costas a **COLPENSIONES**. Afirmó que dicha entidad en la contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y fue vencida en juicio, por lo que considera que se hace acreedora de dicha sanción (*min. 01:22:03, enlace archivo “37Acta202200081Audiencia20230906”*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no puede aplicarse a todos los casos de forma automática, sino que depende de las falencias de información y que

este hubiese sido un perjuicio claro y determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado; que en este caso el traslado realizado en el año 1995 surgió con respeto de la autonomía de la voluntad y libre escogencia de régimen, dado de que de la demanda y del interrogatorio rendido por el demandante se desprende que **PROTECCIÓN** brindó asesoría directa, no hubo coacción, el afiliado firmó el formulario de forma libre y voluntaria, ratificó su intención de permanecer en el RAIS, por lo que aquí se presenta es una inconformidad porque el plan de pensión no le resulta acorde con sus aspiraciones, además no se demostró ninguna falencia en el traslado y en todo caso la misma se encuentra saneada atendiendo la realización de aportes por más de 20 años en su actual régimen pensional.

Finalmente, que no posible exigirle pruebas inexistentes a la AFP pues para la época de los hechos no había lugar a dejar constancias del suministro de información y con la sola firma del formulario se entendía el consentimiento informado (*min. 01:23:55, enlace archivo “37Acta202200081Audiencia20230906”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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 66A 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 la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN**, y la procedencia de la condena en costas a cargo de **COLPENSIONES**, 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 aspecto fácticos: **i) JAIME FERNANDO BASTIDAS HERNANDEZ** nació el 17 de agosto de 1961 (*pág. 8, archivo “04Prueba1”*) y se afilió al ISS a partir de mayo de 1984 (*pág. 35 archivo “25ContestacionProteccion20221116”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PROTECCIÓN** el 23 de marzo de 1995, con efectividad a partir del 1° de abril siguiente (*pág. 33 y 72, archivo “25ContestacionProteccion20221116”*), donde permanece vinculado actualmente.

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre

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

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272

de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **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 y la sola firma del formulario de afiliación no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio indicó que se trasladó con ocasión de la información dada por su empleador, pues la empresa les comentó que iba ir un asesor del fondo privado porque el ISS se iba a acabar y que estarían con mejores condiciones en el nuevo fondo, pero no entregó información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados por **COLPENSIONES**, 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 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 o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Y aun cuando ha quedado demostrada la ineficacia del traslado por la omisión al deber de información, en este caso no había lugar a verificar el tiempo mínimo de permanencia del afiliado en el Régimen de Prima Media con prestación Definida para efectos del traslado, como erróneamente concluyó el *a quo*, por cuanto al quedar el demandante vinculado automáticamente en dicho régimen a partir del 1° de abril de 1994, la opción de traslado se podía ejercer en cualquier tiempo, en virtud del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, previo el cumplimiento de todos los presupuestos normativos.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a

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

Por otra parte, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** 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 esta parte de la sentencia.

No obstante, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13

Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Además, 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.

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión. Tampoco puede ser objeto de prescripción los gastos de administración y demás conceptos descontados de la cuenta de ahorro individual del actor, en la medida en que el aporte debe regresarse completo al RPM.

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado actor por la no imposición de costas a **COLPENSIONES** en el trámite de primera instancia, para la Sala le asiste razón por cuanto el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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 realizada por la entidad pública, siendo una

consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022).

En consecuencia, se adicionará esta condena, siendo obligación del juez *a quo* fijar las agencias en derecho en su oportunidad procesal. 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 Código General del Proceso.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que en el presente caso se configuró la ineficacia del traslado de régimen pensional. Igualmente, **PROTECCIÓN** deberá trasladar a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, los porcentajes correspondientes 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 afiliado en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. 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 el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar, junto con **PROTECCIÓN**, las costas y agencias en derecho de la primera instancia. El monto a cargo de **COLPENSIONES** deberá ser fijado por el *a quo*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

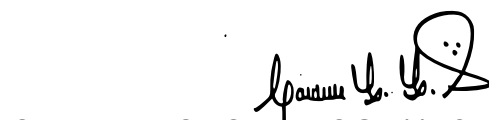
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAIME FERNANDO BASTIDAS HERNANDEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

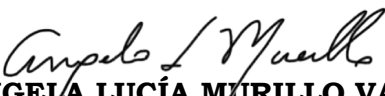
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2022 00081 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 17-2019-00608-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante **CARMENZA MOYANO DE SANTANA** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contra la sentencia del 08 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a la demandada **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de **CARMENZA MOYANO DE SANTANA**, en calidad de cónyuge, en un porcentaje del 56.86%, y a **ADELAYDA PATIÑO GALVIS**, en calidad de compañera permanente, en porcentaje del 43.11%, con ocasión del fallecimiento del afiliado Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) (*min. 01:02:57, archivo "45Audiencia08-03-2023"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

CARMENZA MOYANO DE SANTANA, llamó a juicio al **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** para que se reconozca la pensión de

sobrevivientes, en su calidad de cónyuge, con ocasión del fallecimiento de Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) y, en consecuencia, se pague el 100% de la prestación o el porcentaje que resulte probado, a partir del 26 de noviembre de 1992, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria, que se condene a **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** a pagar a su favor el retroactivo pensional que le fue reconocido mediante resoluciones SUB201179 y 278774 de 2018.

Fundamentó sus pretensiones en que Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) falleció el 26 de noviembre de 1992; que el día 06 de diciembre de 1969, contrajo matrimonio católico con Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.), unión de la cual procrearon cuatro 4 hijos, Luis Fernando, Diana Emilce, Oscar Javier y Mary Ann Santana Moyano; el vínculo conyugal permaneció vigente hasta el fallecimiento de su esposo de quien dependía económicamente.

Manifestó que Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) viajaba de forma frecuente a la ciudad de Buenaventura (Valle del Cauca) toda vez que allí tenía negocios y asuntos de trabajo, sin embargo mantenía una comunicación constante con su esposa e hijos; que el 23 de abril de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, entidad que mediante Resolución SUB148178 de 2019 negó la prestación señalando que *“el derecho ya fue otorgado a la señora ADELAYDA PATIÑO GALVIS, en calidad de compañera, ya que la morosidad o desidia en reclamar un derecho, es castigada en la legislación con la extinción del mismo por prescripción o la caducidad de la acción para reclamarlo”*, decisión que fue recurrida en reposición y en subsidio apelación, sin que a la presentación de la acción hayan sido resueltos (pág. 3 a 9,archivo “01DemandaAnexos”) y (pág. 3 a 10,archivo “10ReformaDemanda”).

CONTESTACIÓN DEMANDA

Mediante auto del 11 de septiembre de 2019 se ordenó vincular a **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** en calidad de litisconsorte necesario (*archivo “03AutoAdmiteDemanda”*).

ADELAYDA PATIÑO GALVIS se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de fallecimiento de Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.), el matrimonio celebrado entre el causante y **CARMENZA MOYANO DE SANTANA**, la existencia de 4 hijos, la vigencia del vínculo conyugal, la comunicación del causante con su familia y el reconocimiento de pensión de sobrevivientes expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban (*pág. 1 a 7, archivo “05ContestacionDemanda”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de fallecimiento de Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.), el matrimonio celebrado entre el causante y **CARMENZA MOYANO DE SANTANA**, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** y los recursos impetrados, formuló las excepciones de *prescripción*, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido e inexistencia de obligación, buena fe, no procedencia de costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema de seguridad social en pensiones y la innominada o genérica (*pág. 2 a 11, archivo “09ContestacionDemanda” y archivo “15ContestacionReformaDemanda”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:02:57, archivo “45Audiencia08-03-2023”*).

El 08 de marzo de 2023, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por COLPENSIONES,*

y declarar probada parcialmente la excepción de prescripción frente a lo pretendido por la señora CARMENZA MOYANO DE SANTANA, y respecto de mesadas pensionales causadas antes del 12 de julio de 2016, lo anterior según las consideraciones expuestas. **SEGUNDO: DECLARAR** que las señoras CARMENZA MOYANO DE SANTANA identificada con la cédula de ciudadanía 41.386.580, en calidad de cónyuge supérstite, y a la señora ADELAYDA PATIÑO GALVIS identificada con la cédula de ciudadanía 25.153.774, en calidad de compañera permanente del causante señor Pastor Santana Quintero, les asiste el derecho en forma vitalicia al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del mencionado señor, acaecido el 26 de noviembre de 1992, reconocimiento que se ordena junto con los reajustes legales anuales y la mesada adicional que procede, en las siguientes proporciones y según el tiempo de convivencia que se estableció: - A la señora MOYANO DE SANTANA el 56.89%, y, - a la señora PATIÑO GALVIS, el 43.11%. **TERCERO: ORDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES que le reconozca y pague a la señora CARMENZA MOYANO DE SANTANA la suma de \$122'039.652, por concepto de mesadas pensionales causadas y no prescritas, entre el 12 de julio de 2016 y el 28 de febrero de 2023, y a partir de marzo de 2023, deberá pagar una mesada de \$1'721.478, que corresponde a la proporción del 56.89%, y en adelante con los reajustes anuales y la mesada adicional que se cause, valores que deberán ser indexados al momento del pago según lo considerado en precedencia. **CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES** que efectúe el ajuste de la mesada pensional reconocida a favor de la señora ADELAYDA PATIÑO GALVIS, teniendo en cuenta que le corresponde el 43.11%, y a partir del mes de marzo de 2023, deberá pagar una mesada de \$1'304.499, y en adelante con los reajustes anuales y la mesada adicional que se cause. **QUINTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que del valor del retroactivo pensional reconocido a la señora CARMENZA MOYANO DE SANTANA, descuente en el porcentaje que corresponda los aportes pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud, según lo considerado en precedencia. **SEXTO: ORDENAR** a COLPENSIONES que en ejercicio de las facultades legales que le asisten efectúe el cobro de la proporción de mesada pagada a la señora ADELAYDA PATIÑO GALVIS, por encima del 43.11%, que le correspondía, pagos que se deberán efectuar a favor de la señora CARMENZA MOYANO DE SANTANA desde el 12 de julio de 2016 y hasta febrero de 2023. **SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA** de esta sentencia a favor de COLPENSIONES (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que conforme con las pruebas aportadas y recaudadas se pudo establecer la convivencia entre **CARMENZA MOYANO DE SANTANA** y Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) desde la fecha en que contrajeron matrimonio hasta por lo menos el 31 de diciembre de 1982, guardando armonía en el inicio de la convivencia con **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** desde el año 1983. Por tal motivo, ordenó el reconocimiento pensional a favor de la

demandante, a partir del 12 de julio de 2016, por aplicación de la excepción de prescripción, y de acuerdo con el tiempo de convivencia estableció el porcentaje de 56.89% a favor de la cónyuge y 43.11% a favor de **ADELAYDA PATIÑO GÁLVIS**, ordenó el reconocimiento del retroactivo pensional, debidamente indexado. Al disminuirse la mesada pensional de la compañera permanente, autorizó a COLPENSIONES a obtener el reembolso de los mayores valores pagados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presento recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia frente a la prescripción de mesadas pensionales. Adujo que la prestación no debe interpretarse como un derecho crediticio económico, sino que tiene que ser tomada como una obligación social que goza de imprescriptibilidad (*min. 01:07:15, archivo "45Audiencia08-03-2023"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Unión Temporal Defensa Pensiones allegó documental que la acredita como apoderada de **COLPENSIONES**, y a su vez sustituyó el poder al doctor Epon Mateo Gallar Adaime, identificado con C.C. No. 1.117.541.420 y T.P. 326.219, motivo por el cual se le reconoce dicha condición para actuar como apoderado de dicho fondo de pensiones, y en el escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, invocando que la Resolución SUB201179 del 28 de julio de 2018, modificada por la Resolución SUB278774 del 24 de octubre de 2018, tiene plenos efectos jurídicos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a COLPENSIONES, en su calidad de administradora de pensiones de derecho público, se infiere razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede

el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 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 69 del CPTSS, procede a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **CARMENZA MOYANO DE SANTANA** o **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** acredita la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.), en caso afirmativo, la procedencia o no de la prescripción de las mesadas pensionales, confirme lo alegado por la parte demandante.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) cotizó al Instituto de Seguros Sociales 966.57 semanas (*pág. 271, archivo “09ContestaciónDemanda”*) y falleció el 26 de noviembre de 1992 (*pág. 11, archivo “01DemandaAnexos”*); **ii)** **CARMENZA MOYANO DE SANTANA** y Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el 06 de diciembre de 1969 (*pág. 16, archivo “01DemandaAnexos”*); **iii)** Mediante Resolución SUB201179 del 28 de julio de 2018, modificada en Resolución SUB278774 del 24 de octubre de 2018, **COLPENSIONES** reconoció la pensión de sobrevivientes en un 100% a favor de **ADELAYDA PATIÑO GALVIS**, como compañera permanente, a partir de 06 de junio de 2015, en cuantía de \$1.980.214 (*pág. 137 a 142 y 153 a 161, archivo “09ContestaciónDemanda”*); **iv)** **CARMENZA MOYANO DE SANTANA** presentó solicitud para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante **COLPENSIONES** el 23 de abril de 2019 (*pág. 25 a*

26, archivo “01DemandaAnexos”); *v*) mediante Resolución SUB148178 del 11 de junio de 2019, **COLPENSIONES** negó el reconocimiento de la prestación reclamada (pág. 19 a 24, archivo “01DemandaAnexos”), decisión contra la cual la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación (pág. 25 a 30, archivo “01DemandaAnexos”), en virtud de los cuales el acto administrativo fue confirmado en resoluciones SUB234369 de 29 de agosto de 2019 y DPE10796 de 03 de octubre de 2019 (pág. 195 a 208, archivo “09ContestaciónDemanda”).

- **Sobre la pensión de sobrevivientes.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese 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 Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) falleció el 26 de noviembre de 1992, las normas que regulan el derecho pensional que se reclama en este proceso son las establecidas en el artículo 25, 26, 27, 29 y 30 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establece como presupuesto para acceder a la pensión de sobrevivientes que la cónyuge en el momento del deceso hiciera vida en común con el causante y para la compañera permanente convivencia durante los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del afiliado o pensionado.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se constata que Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) estuvo afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** donde cotizó 966.57 semanas (pág. 271, archivo “09ContestaciónDemanda”) y que falleció el 26 de noviembre de 1992 (pág. 43, archivo “09ContestacionDemanda”), es decir, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios en la medida en que cotizó más de 300 semanas en toda su vida laboral (art. 6 y 25 Acuerdo 049 de 1990).

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar quién acredita la calidad de beneficiaria de la referida prestación (CSJ SL Rad. 33835-2009).

El artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990 establece los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, en los siguientes términos:

1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

Se entiende que falta el cónyuge sobreviviente:

- a) Por muerte real o presunta;*
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;*
- c) Por divorcio del matrimonio civil y,*
- d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes*

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene que la referida disposición no consagró un listado taxativo de situaciones en las cuales se pueda predicar la ausencia o falta de cónyuge supérstite para que el compañero o compañera permanente acceda a la prestación de sobrevivientes, sino que existen otros eventos en los que se predica la dejación definitiva de la comunidad de vida de los esposos, salvo la excepción prevista en el artículo 30 del del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758

de 1990, por lo que corresponde al juez laboral examinar las circunstancias particulares de ausencia de convivencia y no limitarse a verificar las eventualidades meramente formales de disolución del vínculo matrimonial (CSJ SL14005-2016, SL2444-2017, citadas por la Sala de Descongestión Laboral en sentencia SL1621-2020, SL143-2021 y SL3898-2022, entre otras).

Por su parte, el artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990 señala que se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando el cónyuge sobreviviente en el momento del deceso no hiciere vida en común con el causante, salvo que se hubiera encontrado en imposibilidad de hacerlo porque éste abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento o compañía, evento en el cual el compañero o compañera permanente del causante no tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes.

De suerte que la prestación pensional bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990 privilegia el vínculo conyugal y el presupuesto de convivencia al momento del deceso del afiliado o pensionado, que en caso de estar demostrados excluyen de cualquier derecho a la compañera permanente.

En el presente asunto, **CARMENZA MOYANO DE SANTANA** acredita la condición de cónyuge supérstite de Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.), puesto que contrajeron matrimonio el 06 de diciembre de 1969 (*pág. 16, archivo "01DemandaAnexos"*), vinculó vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado, no hubo divorcio o cesación de los efectos civiles.

Ahora, para probar el requisito de convivencia se recaudó el interrogatorio de la demandante, quien reiteró los aspectos fácticos narrados en la demanda y precisó que Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) empezó a trabajar en Buenaventura y viajaba allí por tiempos, sin que pasara más de un mes en regresar a la casa en Bogotá, pero

mantenía una comunicación constante con su familia (*min. 8:16, archivo “30Audiencia03-10-2022*).

Se recepcionó el testimonio de Elsa María Ortega Lagos, quien indicó que conocía a **CARMENZA MOYANO DE SANTANA** y a Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) porque eran vecinos en el barrio Villamayor desde junio de 1986, que conoció a los hijos de la pareja, que el causante laboraba en Buenaventura, pero de sus manifestaciones no se puede establecer la forma en que se llevó a cabo la convivencia del causante y la actora, dado que no tuvo conocimiento de forma directa de los aspectos relevantes de la relación (*min 03:34, archivo “33Audiencia06-12-2022(1)”*).

También, se recaudó el testimonio de Luis Fernando Santana Moyano, hijo de **CARMENZA MOYANO DE SANTANA** y a Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.), señaló que conoció a **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** por ser la madre de su hermano, que se fue a vivir a Buenaventura con su padre en el año 1990, que Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) se desempeñaba como agente aduanero, que sus padres siempre mantuvieron su vida en común en pareja y que no le consta que su padre allá tenido otra relación afectiva de pareja (*min 00:37, archivo “34Audiencia06-12-2022(2)”*).

Y se escuchó la declaración de Elba Patricia Santana Quintero, hermana del causante, quien informó que conoce a **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** desde aproximadamente 45 años porque su hermano la presentó como su compañera, que producto de esa relación nació Pastor Mauricio Santana Patiño, que la pareja vivía en Buenaventura; mencionó que con ocasión de la actividad laboral Pastor tuvo que irse definitivamente a Buenaventura más o menos en el año 1984, que la relación con Carmenza Moyano de Santana se fue terminando debido a los problemas que ellos tenían, únicamente venía cada mes a visitar a su madre y a sus hijos, pero que le consta que su hermano ya no tenía ningún vínculo con Carmenza Moyano y que antes del nacimiento

de Pastor Mauricio Santana Patiño (18 de julio de 1984) su hermano y **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** ya estaban conviviendo.

Por lo anterior, para la Sala los únicos medios que dan cuenta de la convivencia entre Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) y la demandante son las declaraciones otorgadas por Luis Fernando Santana Moyano y Elba Patricia Santana Quintero. Sin embargo, éstas son insuficientes para acreditar el presupuesto de convivencia que reclama la demandante, puesto que la manifestación rendida por Elba Patricia Santana Quintero, que es coincidente por lo manifestado por ella durante la investigación adelantada por **COLPENSIONES** (pág. 97 a 101, *archivo "09ContestacionDemanda"*) permite inferir que **CARMENZA MOYANO DE SANTANA** convivió con el afiliado fallecido por lo menos hasta el año 1984, pero no al momento de su fallecimiento (26 de noviembre de 1992).

Este escenario supone que la carga de la prueba de quien reclama en este juicio la calidad de cónyuge supérstite tenía que ser contundente que demostrara, sin dudas, la vida en común con Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) hasta el momento de su deceso, circunstancia que no ocurrió puesto que no hay ningún elemento persuasivo que demuestre este requisito.

Así las cosas, al no acreditarse el presupuesto de convivencia, **CARMENZA MOYANO DE SANTANA** perdió el derecho a obtener la pensión de sobrevivientes, en virtud del numeral 1° del artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990. Además, tampoco la cónyuge alegó ni probó que la separación ocurrió por culpa del afiliado fallecido, para aplicar la excepción prevista en la misma norma, motivo suficiente para revocar la sentencia de primera instancia.

Y el hecho de que la accionante no acreditara la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, habilitó la posibilidad para que la compañera permanente, que reúna los requisitos, obtenga la prestación pensional. En efecto, en este asunto no es objeto de

controversia la condición de **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** como pareja de Pastor Santana Quintero (q.e.p.d.) al momento de su fallecimiento, situación corroborada por el fondo de pensiones, así se dispuso en la Resolución SUB201179 del 28 de julio de 2018 (*pág. 137 a 142, archivo “09ContestaciónDemanda”*), circunstancia que se encuentra en consonancia con lo relatado por el testimonio de Elba Patricia Santana Quintero, hermana del causante, y la declaración extrajuicio rendida por Edilma Castro Tello y María Lucia Cardona López el 1° de junio de 2018 en la Notaría Primera del Círculo de Buenaventura (*pág. 261 y 262, archivo “09ContestaciónDemanda”*), por lo que es **ADELAYDA PATIÑO GALVIS** quien tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, como en efecto se le reconoció por parte de **COLPENSIONES**, sin que, se reitera, los aspectos relacionados con dicho reconocimiento sean objeto de litigio en esta causa.

Al no prosperar las pretensiones elevadas por la demandante, la Sala, por sustracción de materia, se releva de resolver el recurso de apelación presentada por dicha parte, lo que conlleva a absolver a **COLPENSIONES** de todos los pedimentos elevados en su contra.

Sin costas en las instancias.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se 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, **ABSOLVER** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA**

DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **CARMENZA MOYANO DE SANTANA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

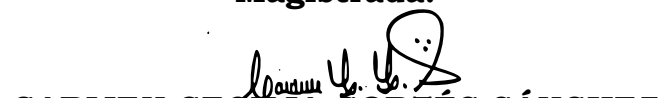
SEGUNDO: SIN COSTAS en las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.18-2020-00006-02

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante **JOSE ALEXANDER BOCANEGRA ORJUELA** contra la sentencia del 09 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 42:59, archivo “13AudienciaVirtualFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JOSE ALEXANDER BOCANEGRA ORJUELA llamó a juicio a **AXITY COLOMBIA S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo; que fue traslado por la demandada a la ciudad de Medellín entre el 07 de agosto de 2016 y el 15 de marzo de 2018; que no se le reconoció, pago ni incluyó en la nómina los gastos del traslado y los viáticos permanentes; en consecuencia, solicita se condene al pago de gastos de traslado y viáticos, indemnización moratoria, indexación, reliquidación de salarios, prestaciones

sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró al servicio de **AXITY COLOMBIA S.A.S.** mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1° de enero de 2003 al 22 de mayo de 2019, que su domicilio y el de la empresa es Bogotá donde se firmó el contrato de trabajo, el cual fue finalizado sin justa causa por parte del empleador; que entre el 07 de agosto de 2016 y el 15 de marzo de marzo de 2018, estuvo en la ciudad de Medellín (Antioquia), por orden verbal de la demandada, ejerciendo labores en beneficio de ésta, sin que le hayan reconocido los respectivos viáticos, por lo que tuvo que incurrir en gastos de transporte, arriendo y alimentación por todo ese periodo de tiempo.

Manifestó que tuvo que regresar a la ciudad de Bogotá, por lo que debió terminar el contrato de arrendamiento, pagando la respectiva sanción con sus propios recursos; que el 15 de octubre de 2019, elevó reclamación a la demandada solicitando el reconocimiento de viáticos, petición que fue respondida de forma negativa el 30 de octubre siguiente (*pág. 98 a 111, archivo "01DemandaAnexos"*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA

AXITY COLOMBIA S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó la vinculación y tiempo laborado por el actor, el traslado a la ciudad de Medellín aclarando que fue con ocasión de una petición del propio trabajador, la reclamación presentada y su respuesta, la certificación laboral expedida el 30 de octubre de 2019. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso como previa las excepciones de *ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones* y prescripción y como de mérito las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas*, cobro de lo no debido, falta de título y causa, pago, compensación, prescripción, enriquecimiento sin causa, temeridad del demandante y la

innominada o genérica (pág. 3 a 31 archivo “05ContestacionDemandaAxyty”).

En audiencia realizada el 12 de abril de 2021 se declaró no probada la excepción previa de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, decisión que fue confirmada por esta Corporación en providencia del 31 de marzo de 2022 (archivo “04AutoResuelveRecurso”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 42:59, archivo “13AudienciaVirtualFallo”)

El 09 de noviembre de 2022, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada AXITY COLOMBIA S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el señor JOSÉ ALEXANDER BOCANEGRA ORJUELA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandante señálese como agencias en derecho la suma de \$500.000. **TERCERO: SE DECLARA** probada la excepción denominada inexistencia de la obligación y relevado de estudiar los demás medios exceptivos. **CUARTO:** Contra la presente providencia solo procede el recurso de apelación en caso de no ser apelada, la presente providencia remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (...)”.

Como sustento de la decisión la Juez indicó que no hay ningún documento que permita establecer con claridad los hechos y condiciones que rodearon el traslado del demandante a la ciudad de Medellín, encontrando únicamente conexión entre lo afirmado por la representante legal de la demandada y la testigo María de Los Ángeles Teherán Forero en el sentido de que fue el propio demandante quien decidió postularse a la vacante generada en la ciudad de Medellín y que la empresa empleadora simplemente aceptó esta decisión, por lo que dedujo que fue por propia decisión o iniciativa del actor el cambio de domicilio permanente, de Bogotá a la ciudad de Medellín, puesto que con la documental obrante en el expediente y la prueba testimonial recaudada, no se logró demostrar que el traslado del

demandante hubiese obedecido a un traslado emanado por orden dada por el empleador.

Por tal motivo, el traslado efectuado no se puede entender como una aplicación de *ius variandi*, puesto que no quedó acreditado que la empresa fuera quien tomó la decisión de cambiar el lugar de trabajo del actor, no existiendo obligación al pago de gastos de trasteo, transporte y demás conceptos. Además, advirtió que el trabajador nunca elevó queja o inconformidad sobre las condiciones laborales pactadas en vigencia del contrato de trabajo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **JOSE ALEXANDER BOCANEGRA ORJUELA** solicitó revocar el fallo y, en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda. Adujo que no se tuvo en cuenta el material probatorio que milita en el expediente, mediante el cual se demuestra que el actor fue enviado por la demandada a la ciudad de Medellín para ejercer labores a favor de ésta sin que él lo hubiera solicitado por voluntad propia, que a pesar de estar trabajando en esa sede de manera permanente no le fueron pagados los viáticos, los cuales considera constituyen factor salarial y no se encuentran afectados por prescripción (*min. 43:50, archivo “13AudienciaVirtualFallo”*).

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 confirmar la sentencia. Por su parte, el apoderado del demandante reiteró los argumentos expuestos 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 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de viáticos y gastos de traslado, si constituyen salario; y en tal caso, la procedencia de la reliquidación de acreencias laborales.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia en los siguientes aspectos: **i)** entre **JOSE ALEXANDER BOCANEGRA ORJUELA** y la sociedad **AXITY COLOMBIA S.A.S.** existió un contrato de trabajo vigente desde el 1° de enero de 2003 hasta el 22 de mayo de 2019 (*pág. 53 a 63, archivo “05ConstestacionDemandaAxity”*); **ii)** mediante comunicación de 22 de mayo de 2019 el empleador terminó el contrato de trabajo sin justa causa con reconocimiento de indemnización (*pág. 63 y 64, archivo “05ContestacionDemandaAxity”*).

- Sobre la causación de viáticos y su condición salarial

El artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los viáticos permanentes son salario en la parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, pero no en lo que tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o gastos de representación, debiendo especificarse el valor de cada uno de esos conceptos, advirtiéndose que los viáticos no constituyen salario en ningún caso, cuando se den con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.

Respecto el alcance de la precitada norma, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL Rad. 25.403 del 20 de octubre de 2005, concluyó que los viáticos son

estipendios recibidos por el trabajador por el desempeño temporal de sus funciones en un sitio diferente al habitual o que es la base ordinaria de trabajo, siendo posible definir que son permanentes considerando la frecuencia con que se causan y que las funciones desarrolladas no correspondan a un requerimiento extraordinario.

Por su parte, en la sentencia SL562 de 2013 la misma Corporación reiteró su regla jurisprudencial de que el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo no define los viáticos permanentes, pero sí estableció que los accidentales se generan por un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente, lo cual permite inferir, vía exclusión, que son permanentes los que se originan por un requerimiento del empleador, ordinario y habitual, para que el trabajador se desplace de su sede de trabajo a otras diferentes.

En la misma providencia, la Sala concluyó que para que los viáticos sean salario deben cumplir las siguientes condiciones: **i)** que sean habituales, otorgados de manera ordinaria o regular porque el trabajador frecuentemente se desplaza de su domicilio contractual a otros lugares; **ii)** que los desplazamientos sean por orden del empleador, quien le impone al trabajador el desarrollo temporal de sus funciones en sedes diferentes a la usual de sus servicios; **iii)** que las actividades encargadas al trabajador se relacionen con las funciones propias del cargo del cual es titular, o de otras actividades que le encomienda su empleador, aclarando la H. CSJ que desde la sentencia SL Rad 15.568 del 27 de julio de 2001 que es restrictivo considerar que solo cuando los viajes del empleado son inherentes a su servicio ordinario los viáticos son permanentes, porque es posible que el empleador le asigne otras tareas por un periodo tan significativo que los viáticos sean habituales y frecuentes; **iv)** que los viáticos busquen cubrir gastos de manutención y alojamiento, debiendo el empleador el monto que cubre tales gastos y diferenciarlos de los que corresponden a otros ítems, como el transporte. Criterio reiterado en sentencias SL2651-2020 y SL4824-2020.

Bajo el anterior recuento normativo y jurisprudencial y una vez analizada las pruebas aportadas y recaudadas en el juicio, para la Sala es claro que en el presente caso **JOSE ALEXANDER BOCANEGRA ORJUELA** no causó a su favor el derecho al reconocimiento y pago de viáticos. Lo anterior por cuanto no demostró que el traslado a la ciudad de Medellín estuviera precedido de una orden unilateral del empleador en ejercicio del poder subordinante.

En el interrogatorio el demandante manifestó que en “*recursos humanos me citaron y me planteo una alternativa diciendo que si no me iba a Medellín me iba para la casa*”, que no trasladó su lugar de residencia, la cual siempre fue Bogotá y que en el año 2018 solicitó el traslado a Bogotá y una vez autorizado no firmó ningún documento (*min.28:03, archivo “10AudienciaVirtual”*).

Por su parte, la representante legal de AXITY, Juliana del Pilar Caro Caro, reiteró lo señalado en la contestación de la demanda, en el sentido de que fue el demandante quien manifestó su intención de trasladarse a la ciudad de Medellín, petición que fue aceptada expresamente por la empresa (*min. 09:03, archivo “10AudienciaVirtual”*), aspecto coincidente con lo señalado por la testigo María de los Ángeles Therán Forero quien afirmó que **JOSE ALEXANDER BOCANEGRA ORJUELA** se postuló a una vacante en la sede que tiene la empresa en la ciudad de Medellín, que no hay registro por escrito de ese traslado por que fue un acuerdo libre y voluntario de las partes y que desde agosto de 2016 la sede principal y residencia del trabajador fue esa ciudad (*min. 01:06:55, archivo “10AudienciaVirtual”*). Y respecto del testimonio rendido por Luis Alfonso Infante Peña, pese a que fue jefe del demandante en la ciudad de Medellín, no tuvo conocimiento sobre las condiciones en que se efectuó dicho traslado (*min. 00:48:08, archivo “10AudienciaVirtual”*).

Por tal razón, y aun cuando se acreditó que el demandante laboró al servicio de la empresa demandada desde el 07 de agosto de 2016 hasta el 15 de marzo de 2018 en la ciudad de Medellín, el presunto traslado unilateral ordenado por el empleador no encuentra respaldo probatorio, no hay ningún documento que evidencie los detalles del

referido traslado, lo que descarta los planteamientos expuestos por el recurrente.

Tampoco declaraciones que lo reafirmen y menos que el trabajador haya presentado inconformidades por escrito por ese traslado y durante el tiempo de estadía en un lugar diferente donde se inició la ejecución del contrato laboral.

Al contrario, al ser el interrogatorio de parte de la representante legal de la sociedad demandada y de la testigo María de los Ángeles Therán Forero las únicas pruebas coincidentes en cuanto sostuvieron que la decisión de traslado fue por solicitud del trabajador, se deduce que la decisión provino fue de su propia voluntad y no por una orden de desplazamiento impartida unilateralmente por parte de la sociedad demandada, tampoco que haya sido en aplicación del *ius variandi* con que cuenta el empleador para realizar los cambios necesarios en cuanto al sitio de trabajo (CSJ SL16964-2017) o que sea una medida necesaria aplicada para organizar y dirigir el recurso humano en aras de optimizar el resultado de la empresa (CSJ SL4427- 2014), lo que descarta uno de los presupuestos para la causación de viáticos en los términos del artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo y de la citada jurisprudencia y, por ende, la prosperidad de los demás pedimentos.

Por tanto, los gastos en que haya incurrido el actor durante el traslado y permanencia en la ciudad de Medellín no pueden ser atribuibles al empleador, sino a su propia decisión de cambio de lugar de residencia, motivo suficiente para confirmar 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,

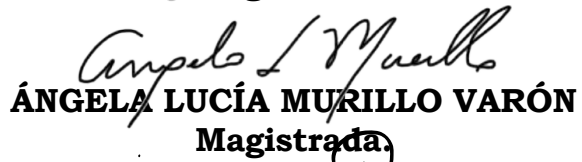
RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 20-2020-00308-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia de una relación laboral entre el demandante y **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** entre el 17 de febrero de 1999 al 31 de mayo de 2004, donde es responsablemente solidaria **SERVIENTREGA S.A.** y directamente con esta última entre el 01 de julio de 2004 al 08 de noviembre de 2022, en la cual es responsable solidaria **TIMON S.A.**, declaró como factores salariales el bono de servicios y productividad fija, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y condenó en costas al demandante (min. 1:29:00 archivo “36ActaAudienciaFallo”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 4 a 18 archivo “15ReformaAnexos”)**

ORLANDO BELTRÁN DÍAZ llamó a juicio a **SERVIENTREGA S.A.**, **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** y **TIMON S.A.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con **SERVIENTREGA S.A.**, con intermediación de **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** y **TIMON S.A.** desde el 01 de febrero de 1999 al 30 de junio de 2004 y, en consecuencia, se condene al pago del reajuste del salario, horas extras, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social,

sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990, nivelación salarial, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en que tuvo una relación laboral indefinida con **SERVIENTREGA S.A.** desde el 01 de febrero de 1999 hasta el 30 de junio de 2004, para desempeñar los cargos de conductor, conductor de zona y conductor operativo en la ciudad de Bogotá, funciones propias de **SERVIENTREGA S.A.**, relación que fue disfrazada mediante un contrato a término fijo con la empresa **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, situación que se repitió a partir del 01 de julio de 2004, ya que se disfrazó una relación laboral indefinida con **SERVIENTREGA S.A.** mediante un contrato a término fijo con **TIMON S.A.**, sin que durante tales periodos existiera un contrato comercial entre **SERVIENTREGA S.A.** y **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** ni entre **SERVIENTREGA S.A.** y **TIMON S.A.** para el suministro de trabajadores en misión. Aseguró, que devengaba un SMLMV y adicional a ello recibía auxilio de formación, bono de servicio, productividad fija y auxilio de mercado, sumas que constituyen salario, que no le fueron pagadas las horas extras del periodo comprendido entre el 04 de junio de 2005 hasta el 01 de agosto de 2018. Manifestó, que radicó solicitud ante **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, **TIMON S.A.** y **SERVIENTREGA S.A.** la cual fue resuelta de manera parcial e incompleta.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

GLOBAL MANAGEMENT S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la existencia de un contrato a término fijo con el demandante, el cargo desempeñado como conductor, el monto devengado como salario equivalente a un SMLMV, la inexistencia de un contrato comercial entre **SERVIENTREGA S.A.** y **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** para el suministro de trabajadores en misión, la radicación del derecho de petición y la respuesta al mismo. Indicó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de buena fe de **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** y obligación de conservar documentos por 10 años, cumplimiento de las obligaciones laborales dentro de la relación existente desde el 17 de febrero de 1999 al 31 de mayo de 2004, del contrato a término fijo entre el demandante y **GLOBAL**

MANAGEMENT S.A., inexistencia de causa y objeto, inexistencia de la obligación a cobrarse a **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, cobro de lo no debido, mala fe del demandante y buena fe de **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, pago y compensación y prescripción (Pág. 3 a 23 archivo “*20ContestacionalaReformaGlobal*”).

A su turno, **TIMON S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que no existió un contrato comercial entre **SERVIENTREGA S.A.** y **TIMON S.A.**, el cargo que desempeñaba el demandante, que éste radicó derecho de petición y su respuesta. Indicó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y propuso las excepciones de cumplimiento completo y oportuno de las obligaciones laborales de timón s.a. derivadas del contrato de trabajo a término fijo suscrito con el demandante, ausencia de obligaciones laborales a cargo de **TIMÓN S.A.** antes del 01° de julio de 2004, univocidad y exclusividad de empleador, inexistencia de causa y objeto, inexistencia de la obligación a cobrarse a **TIMÓN S.A.**, cobro de lo no debido, mala fe del demandante y buena fe de **TIMÓN S.A.**, inaplicación del principio de trabajo igual salario igual, existencia acuerdo comercial de mantenimiento de vehículos y administración de flota, pago y compensación y, prescripción (Pág. 3 a 24 archivo “*21ContestacionReformaTimon*”).

Por último, **SERVIENTREGA S.A.** se opuso a las pretensiones. Admitió la inexistencia de contrato comercial entre **SERVIENTREGA S.A.** y **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** y entre **SERVIENTREGA S.A.** y **TIMON S.A.** para el suministro de trabajadores en misión y la presentación de derecho de petición. Dijo constarle o no ser ciertos los demás hechos e invocó las excepciones de existencia de contrato de mandato sin representación entre **SERVIENTREGA S.A.** y **TIMÓN S.A.**, existencia acuerdo comercial de mantenimiento de vehículos y administración de flota con **TIMÓN S.A.**, ausencia de relación laboral entre el demandante y **SERVIENTREGA S.A.**, falta de legitimación en la causa por pasiva con relación a **SERVIENTREGA S.A.**, inexistencia de causa y de la obligación a cargo de **SERVIENTREGA S.A.** y cobro de lo no debido, inexistencia de prueba de los supuestos de hecho en los que soporta sus pretensiones la parte demandante, prescripción parcial, pago y compensación, las demás que encuentren probadas en el

transcurso del proceso (Pág. 3 a 23 archivo
“22ContestacionReformaServientregaLlamamiento”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:29:00 archivo “36ActaAudienciaFallo”)

El 21 de marzo de 2023, el Juzgado (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre el señor **ORLANDO BELTRÁN DÍAZ** y la demandada **GLOBAL MANAGEMENT** existió una relación laboral entre el 17 de febrero de 1999 hasta el 31 de mayo de 2004, donde es responsable y solidaria la sociedad **SERVIENTREGA S.A.** de todas las acreencias laborales generadas en desarrollo de la relación laboral, conforme a las consideraciones de la parte motiva. SEGUNDO: DECLARAR que entre el señor **ORLANDO BELTRÁN DÍAZ** y la demandada **SERVIENTREGA SA** existió una relación laboral entre el 1 de julio de 2004 al 08 de noviembre de 2022, donde es responsable y solidaria la sociedad **TIMON S.A.** de todas las acreencias laborales generadas en el desarrollo de la relación laboral que soporte la presunta empresa usuaria **SERVIENTRAGA S.A.** a favor del trabajador. TERCERO: DECLARAR que lo pagado al demandante por concepto de bono de servicios y productividad fija entre el 1 de agosto de 2004 al 30 de septiembre de 2021 son factor salarial. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, **TIMON SA** y **SERVIENTRAGA S.A.**, de las demás pretensiones incoadas. QUINTO: ABSOLVER a la demandada **TIMON S.A.** de las pretensiones del llamamiento en garantía. SEXTO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de las demandadas. Tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual legal vigente pagadero a cuota parte (...).”*

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si entre el señor **ORLANDO BELTRÁN DÍAZ** y **SERVIENTREGA S.A.** existió un contrato de trabajo, si los pagos recibidos por el demandante por concepto de auxilio de formación, bono de servicio, productividad fija y auxilio de mercado constituyen factor salarial, en consecuencia, si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales deprecadas en la demanda, al pago de las horas extras, indemnizaciones solicitadas, al reajuste correspondiente a los salarios superiores que devengaban o devengan otros trabajadores que ocuparon u ocupan el mismo cargo y funciones en **SERVIENTREGA S.A.** y/o **TIMÓN S.A.** y si las demandadas son solidariamente responsables. Por otra parte, establecer si la llamada en garantía **TIMÓN S.A.**, en virtud del contrato de mandato sin

representación suscrito con la empresa **SERVIENTREGA S.A.** debe asumir y pagar al demandante en nombre de la empresa **SERVIENTREGA S.A.** las sumas a las que llegare a ser condenada por prestaciones sociales, indemnizaciones y cualquier otra que le llegara a ser reconocida en la demanda.

Para resolver, indicó que el contrato se configura de acuerdo con la forma cómo se ejecuta la prestación del servicio, por lo que tal como lo disponen los artículos 22 y 23 CST, se requiere que este demostrada la prestación personal del trabajador a favor del empleador bajo una continua subordinación y una remuneración, sin embargo, conforme al artículo 24 CST, cuando se encuentre acreditada la prestación personal, se presume que la misma está regida por un contrato de trabajo. Continuó señalando, que el demandante suscribió contrato con **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** entre el 17 de febrero de 1999 hasta el 31 de mayo de 2004, sin que se haya demostrado la subordinación con **SERVIENTREGA S.A.**, no obstante, de acuerdo a los certificados de existencia y representación legal allegados, ésta debe responder solidariamente por las acreencias laborales que se generen en vigencia del vínculo laboral con **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, atendiendo lo dispuesto en el artículo 34 CST. Asimismo, de acuerdo con el contrato comercial suscrito entre las sociedades **SERVIENTREGA S.A.** y **TIMÓN S.A.** y con base en el principio de primacía de realidad sobre las formas, concluyó que **SERVIENTREGA** fue el verdadero empleador del demandante entre el 01 de julio de 2004 al 08 de noviembre de 2022, pues cuando una entidad productiva contrata irregularmente a un trabajador para que preste sus servicios para ella, debe ser considerado como servidor suyo, por lo que declara la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **ORLANDO BELTRÁN DÍAZ** y la demandada **SERVIENTREGA S.A.** por dicho intervalo de tiempo, donde es responsable solidariamente la sociedad **TIMON S.A.**

Por otro lado, dijo que la CSJ ha indicado que quien asegura algo debe probarlo, por lo que la carga de la prueba sobre el trabajo suplementario corresponde al trabajador, sin que en el presente caso se lograra demostrar con precisión un cálculo de esta prestación, por lo que procede la absolución de las demandadas por esta pretensión.

En lo concerniente al reajuste salarial, señaló que necesariamente debe examinarse si la diferencia salarial obedece a razones meramente objetivas, como lo es antigüedad del trabajador o nivel profesional, etc., o si, por el contrario, constituye un trato discriminatorio con ocasión a circunstancias subjetivas, coligiendo el *a quo* que las pruebas aportadas no son suficientes para acreditar los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que exista una nivelación salarial.

De otra parte, en lo que respecta a la incidencia salarial solicitada frente a los conceptos de bono de servicio y productividad fija, señaló que no milita prueba alguna que acredite que entre el 17 de febrero de 1999 al 31 de mayo de 2004 el demandante haya recibido suma alguna por tales conceptos, por lo que no hay lugar a tenerlos como factor salarial para la relación laboral acaecida con **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** y, frente a la relación laboral vigente entre el 01 de julio de 2004 al 08 de noviembre de 2022, si bien **TIMÓN** aceptó el pago del bono de servicio, lo cierto es que solo se probó haber recibido este pago entre el 01 de agosto de 2004 al 30 de septiembre de 2021, por lo que solo hay lugar a declarar como factor salarial el bono de servicio y productividad fija durante dicho lapso de tiempo. Y, con respecto a los auxilios de formación y de mercado, imprimió que no hay prueba que sustente su pago en vigencia de la relación laboral con **GLOBAL MANAGEMENT**, por lo que no es posible determinar si el demandante recibió suma alguna por estos conceptos, además que durante la relación laboral con **TIMÓN S.A.** las partes los pactaron como factor no salarial, gozando de eficacia dicho pacto de acuerdo al artículo 128 CST. En consecuencia, el salario del demandante entre el 17 de febrero de 1999 al 31 de mayo de 2004 corresponde al salario básico más auxilio de transporte, igual para julio de 2004 y a partir de agosto de 2004 y hasta septiembre de 2021, el salario básico, más auxilio de transporte, bono de servicio y productividad física, agregando que no hay prueba de la remuneración salarial con posterioridad a octubre de 2022, fecha para la cual se reformó la demanda y el actor aún se encontraba laborando, además resaltando que el demandante fue pensionado por COLPENSIONES.

De otra parte, señaló que no hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales entre el 01 de agosto de 2004 al 30 de septiembre de 2021, en razón a que el bono de servicio y productividad fija fueron tenidos en cuenta en su momento como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, así como para efectuar las cotizaciones en pensiones.

Manifestó, que tampoco es procedente el pago de la sanción por la falta de consignación de cesantías, ya que se probó que esta prestación fue cancelada de manera completa.

Finalmente, dijo que no se hace necesario pronunciarse respecto de la llamada en garantía ya que no se dio ninguna condena pecuniaria contra la llamante.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 1:34:16 archivo “36ActaAudienciaFallo”)

El apoderado del **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para que en su lugar se acceda a todas y cada una de las pretensiones deprecadas en la demanda, argumentando que el juzgado se abstuvo de declarar la existencia contractual laboral entre el demandante y **SERVIENTREGA S.A.** para los años de 1999 a 2004 en razón a que no existió subordinación, empero, su representado manifestó que para esa época estuvo vinculado con **SERVIENTREGA** a pesar de que la relación laboral se disfrazó con **GLOBAL MANAGEMENT**, para lo cual se solicitaron algunas pruebas, como el interrogatorio de parte del representante legal y una prueba documental consistente en que **GLOBAL MANAGEMENT** allegara todos los contratos comerciales, acuerdos, otrosí, entre otros, suscritos con **SERVIENTREGA** y demás documentos que tuvieran relación con la vinculación del demandante, las cuales no fueron entregadas por la demandada al actor, ni al Juzgado, pasándose por alto la regla de la carga dinámica de la prueba, las normas que rodean esa obligación y las consecuencia que acarrea.

Con relación a las horas extras, señaló que ocurrió situación similar a la anterior, en tanto a las demandadas se les solicitó entregar

los reportes y demás documentos que demostraran el trabajo suplementario y no lo hicieron.

Frente a la nivelación salarial, señaló que se aportó documental que prueba que a otros trabajadores con las mismas funciones del demandante le pagaban un salario más alto en comparación al salario devengado por el demandante, la que resulta suficiente para demostrar la diferencia salarial.

Manifestó que los auxilios de formación y de mercado sí constituyen factor de salario, que el pacto de desalarización acordado entre las partes mediante otrosí es general, solo se encuentra firmado por el demandante y no contiene fecha, por lo que no se le puede dar validez

Por último, exteriorizó su inconformidad frente a la absolución de las condenas reclamadas, que derivó también en la absolución de la sanción por no consignación de las cesantías y en la imposición de costas en su contra.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, los apoderados de **GLOBAL MANAGEMENT S.A., SERVIENTREGA S.A.** y **TIMON S.A.** al unísono pidieron mantener incólume el fallo apelado, esencialmente considerando que la parte actora no estaba relevada por completo de la carga de la prueba, por cuanto quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, sin que se haya allegado al proceso ningún medio de convicción que demuestre la vinculación laboral con **SERVIENTREGA S.A.** en el periodo que estuvo vigente el contrato con **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, además que todos los derechos derivados de dicha relación laboral se encuentran prescritos y que tampoco existe prueba de la nivelación salarial y de la jornada complementaria solicitadas.

Por su parte, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó revocar la sentencia de primera instancia reiterando los argumentos de la alzada.

Se precisa que se allegó renuncia a poder por parte de la abogada Juliana Andrea Rodríguez Cuervo, como apoderada de **TIMON S.A.**, petición que cumple los presupuestos del artículo 76 CGP, sin que requiera providencia judicial que la admita atendiendo que sus efectos son dados por expresa disposición legal.

Asimismo, se aportó poder conferido por el representante legal de **TIMÓN S.A.** a la doctora Julieth Andrea Gómez Nieto, identificada con C.C. 1.234.338.641 y T.P. 392.291 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad.

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 entre el demandante y **SERVIENTREGA S.A.** existió una relación laboral vigente entre el 17 de febrero de 1999 al 31 de mayo de 2004, si hay lugar a condenar a las demandadas al pago de horas extras y nivelación salarial, si los auxilios de formación y de mercado tienen incidencia salarial; en tal caso, establecer la procedencia de la reliquidación de prestaciones sociales y del pago de la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, así como la procedencia de la condena en costas al demandante, de conformidad con el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En la sentencia de primera instancia, el Juez *a quo* declaró la existencia de una relación laboral entre el demandante y **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** entre el 17 de febrero de 1999 al 31 de mayo de 2004, donde es responsablemente solidaria **SERVIENTREGA S.A.**, y entre el demandante y esta última entre el 01 de julio de 2004 al 08 de noviembre de 2022, en la cual es responsable solidaria **TIMON S.A.**, declaró como factores salariales el bono de servicios y productividad fija,

absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

El **DEMANDANTE** impugnó la anterior decisión, recurso que se sintetiza en los siguientes aspectos: **i)** calidad de verdadero empleador de **SERVIENTREGA S.A.** durante los años 1999 a 2004 a través de intermediación de **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, **ii)** reconocimiento y pago de horas extras, **iii)** nivelación salarial, **iv)** incidencia salarial de los auxilios de formación y de mercado y la consecuente reliquidación prestacional, **v)** condena en costas impuesta en primera instancia.

Procede entonces la Sala a resolver los puntos específicos esbozados en el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones.

- **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).

Conforme a los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, debe verificarse el caso concreto y así determinar si en efecto, en el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 1999 al 30 de junio de 2004 existió una relación de índole laboral donde **SERVIENTREGA S.A.** fungió como empleadora y **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** como intermediaria, y en ese sentido, por expresa orden del artículo 167 CGP, aplicable por analogía en materia laboral, se procede al análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos con el propósito de establecer la viabilidad de acceder a las peticiones del demandante.

Dentro de las documentales aportadas y relevantes para el objeto de estudio se encuentra la constancia emitida por la Policía Nacional de Colombia, donde certifica el extravío del contrato laboral, de la carta de renuncia, de los soportes a pagos de seguridad social y de los exámenes médicos de ingreso y egreso del señor **ORLANDO BELTRÁN** con respecto a la vinculación con **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** para los periodos del 17 de febrero de 1999 a 31 de mayo de 2004 (Pág. 24 a 25 archivo “20ContestacionReformaGlobal”) y la liquidación del contrato individual de trabajo a término fijo del periodo comprendido entre el 17 de febrero de 1999 al 31 de mayo de 2004 suscrita por **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** y sus soportes de pago mediante cheque (Pág. 34 a 37 archivo “20ContestacionReformaGlobal”).

En el curso del debate probatorio, se escuchó en interrogatorio de parte al demandante, quien en lo pertinente indicó haber sido contratado por **SERVIENTREGA S.A.** el 01 de julio de 2004 (min. 1:08:36 archivo “33ActaAudienciaTramite2020-308”).

A su turno, fue escuchado el representante legal de **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, quien manifestó que para los años 1999 a 2004 mantuvo contratación laboral con el demandante, el cual desempeñaba el cargo de conductor con la función de transportar el correo o la mercancía de los clientes que tenía **GLOBAL MANAGEMENT**, que el demandante usaba el uniforme de **SERVIENTREGA S.A.**, en razón a que existía un contrato comercial de transporte de documentos masivos con esta empresa, en el cual se encontraba pactado que **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** debía portar la imagen corporativa de **SERVIENTREGA S.A.**, aclarando que el ex trabajador nunca fue enviado para cumplir sus funciones a favor de **SERVIENTREGA**, ni esta situación derivó en que el señor **ORLANDO BELTRÁN** fuera trabajador o estuviera bajo subordinación de **SERVIENTREGA S.A.** (min. 1:27:29 archivo “33ActaAudienciaTramite2020-308”).

Igualmente, se recepcionó el interrogatorio de parte de la representante legal de **SERVIENTREGA S.A.**, quien negó que durante los años 1999 a 2004 el demandante prestara servicios para esa compañía,

que para ese momento existía un contrato de operación y distribución de documentos masivos con **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, empresa para la cual el demandante trabajó destinado para la ejecución de dicho contrato comercial y que entre los años 1999 a 2022 **SERVIENTREGA S.A.** contrató de manera directa conductores operativos en la ciudad de Bogotá. (min. 1:35:05 archivo “33ActaAudienciaTramite2020-308”).

Así las cosas, una vez estudiado el acervo probatorio vertido en autos, para la Sala quedó acreditada la vinculación laboral del demandante con **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** mediante un contrato de trabajo, en vigencia del cual el accionante se desempeñó en el cargo de conductor. De igual, se demostró que para la época se celebró un contrato comercial de operación y distribución de documentos masivos entre **GLOBAL MANAGEMENT S.A.** y **SERVIENTREGA S.A.**

Sucede empero, que dichas contrataciones no conducen a que se tenga por demostrada la efectiva prestación del servicio, personal y exclusiva, por parte del demandante en beneficio de **SERVIENTREGA S.A.**, ni mucho menos acredita su vigencia, pues aun cuando fue un hecho probado que la actividad laboral del señor **ORLANDO BELTRÁN** fue desarrollada para la ejecución del contrato comercial de transporte de documentos masivos, debe resaltarse que lo que configura una relación de índole laboral es la forma cómo se ejecuta la prestación, esto es, que la misma se diera en un ámbito de subordinación.

Es así, en tanto ningún documental da cuenta de la prestación personal de los servicios del actor para **SERVIENTREGA S.A.**, y de las declaraciones escuchadas tampoco se puede determinar que el demandante haya laborado para esa sociedad, sin que el solo dicho relacionado a que el conductor portara el uniforme de **SERVIENTREGA**, contrarie las probanzas que aquí se dieron por ciertas.

Luego entonces, ante la ausencia de material probatorio que precise la forma como se suscitó la prestación del servicio, es decir, el establecimiento de las circunstancias que pudieron envolver la relación entre el demandante y el supuesto empleador, pues del material probatorio recaudado no se pudo determinar cómo se desarrolló la

misma, además, tampoco pudo establecerse si el actor podía ejercer esta labor a él encomendada sin poder delegatario alguno a favor de **SERVIENTREGA S.A.**, característica esencial del elemento de la prestación personal del servicio, que conllevara a tener por probada la presunción legal que reviste la legislación laboral, para de allí extraer si en efecto se dieron los elementos del contrato de trabajo, establece esta Sala que en efecto, no hay lugar a acceder a declarar la existencia de la relación laboral alegada con aquella demandada durante dicho periodo.

A *contrario sensu*, como ya se dijo, con el material probatorio recaudado se pudo comprobar la vinculación laboral del demandante a través de un contrato de trabajo con **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, con quien sí se demostró la prestación de personal del servicio, asimismo, se pudo extraer los extremos que rigieron tal relación laboral, que lo fueron del 17 de febrero de 1999 al 31 de mayo de 2004, y en ese sentido, se puede colegir que el verdadero y único empleador del señor **ORLANDO BELTRÁN** durante dicho lapso fue **GLOBAL MANAGEMENT S.A.**, pues así fue corroborado con las documentales aportadas al expediente, máxime si se valora que fue el mismo demandante quien confesó haber sido contratado laboralmente por **SERVIENTREGA S.A.** solo hasta el 01 de julio de 2004, y en verdad no existe medio probatorio alguno que indique que la labor contratada fuera realizada en virtud de una intermediación a favor de **SERVIENTREGA S.A.** u otra empresa.

- Trabajo suplementario.

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, tal y como ha sostenido la alta Corporación en las sentencias SL3009 de 2017, SL3085 de 2019, SL5432 de 2019, SL866 de 2020, SL4701 de 2020, entre otras.

Por lo anterior, la parte que solicita el reconocimiento de tales conceptos debe acreditar, de forma contundente, la prestación efectiva del servicio sobre la cual funda su solicitud de pago.

Bajo las citadas premisas, dimana evidente que en el caso de marras no se encuentran acreditado el trabajo extra que invoca el actor como laborado y no pagado, pues al verificar los medios probatorios recolectados, se advierte que ninguno de ellos tuvo la vocación de evidenciar las horas extras concurridas por el accionante, menos aún que no dejaran ninguna duda respecto de que las mismas sí hubiesen sido laboradas; acotándose, las solas manifestaciones del demandante relativas a haber trabajado de lunes a domingo las 24 horas del día, sin descanso obligatorio, ni recargos dominicales y festivos, equivalentes a 64 horas extra diurnas y 56 horas extra nocturnas, no basta para fallar en su favor y proferir la condena rogada, pues es al trabajador a quien le corresponde la carga de la prueba de la realización de ese trabajo adicional.

Así las cosas, colige la Sala que, si el demandante trabajó horas extras, no lo logró demostrar en el proceso, teniendo el deber de hacerlo como promotor del litigio, pues ninguno de los medios probatorios aportados tuvo esa claridad, certeza y precisión que no dejaran ninguna duda respecto de que las mismas ciertamente hubiesen sido laboradas.

- Nivelación salarial.

El artículo 143 CST, establece el derecho de los trabajadores a recibir como remuneración la que corresponde a la labor desarrollada en condiciones de igualdad con quienes cumplen la misma función y con similar eficiencia. Con esta disposición el legislador fijó parámetros bajo los cuales un empleador puede hacer distinciones salariales entre trabajadores por diferencias en las funciones o diferencias en la eficiencia.

Sobre este punto se ha pronunciado reiteradamente la Corte Constitucional para definir que solo cuando existen diferencias objetivas entre los servidores que cumplen la misma función se podrá disponer un

salario diferencial¹, razones que la Constitución Política, en el artículo 53 definió, al establecer el principio de igualdad salarial como el derecho que tienen los trabajadores a recibir una *“remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y la calidad del trabajo”*.

De igual forma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho reiteradamente que quien pretende una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar que existe otro trabajador en el mismo cargo con similitud de funciones y eficiencia. También dijo esa Corporación, que tratándose de relaciones laborales causadas con anterioridad a la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 1496 de 2011 al artículo 143 del CST, según la cual *“todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”*, también se invierte la carga de la prueba y de este modo al trabajador solo corresponde probar el trato discriminatorio en los términos referidos y al empleador justificar la razón de ese trato discriminatorio (Sentencias. SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858, SL 17462-2014, SL 3165-2018).

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, para que proceda la nivelación salarial que se pide en este proceso, corresponde a la parte demandante acreditar que desempeñaba el mismo cargo con similitud de funciones y eficiencia que los señores ARGE POMPILO FORERO SALINAS, ISAIAS HERRERA ÁVILA y MARIO HUMBERTO SANCHEZ BAQUERO, para que se invierta la carga de prueba y sea la demandada, quien acredite las razones que justifican el trato discriminatorio.

Dicho lo anterior, y una vez analizados los contratos de trabajo de los señores ARGE POMPILO FORERO SALINAS, ISAIAS HERRERA

¹ Sentencia SU-517 de 2009 y *“Toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no puede proceder de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, (...) [PUES] si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo”*.

AVILA y MARIO HUMBERTO SANCHEZ BAQUERO aportados al diligenciamiento (Pág. 113 a 258 archivo “16ReformaAnexosParte2”), destaca esta Sala que en autos se encuentra plenamente acreditado que aquellos desempeñaran el mismo cargo de conductor operativo ocupado por el demandante.

Sin embargo, la situación de aquellos conductores no es confrontable con la del promotor del proceso, recordándose que no solo puede ser valorado el salario superior de los trabajadores con los que se compara el demandante, sino que es necesario también el análisis de factores de calidad y cantidad.

Lo dicho, esencialmente porque se logró demostrar que existe una diferencia en el desempeño de los trabajadores objeto de comparación específicamente por razones de antigüedad y productividad, pues aun cuando el salario básico pactado para todos los conductores correspondía a una suma muy cercana al SMLMV, más bonos de servicios y productividad fija, lo cierto es que algunos de ellos recibían ciertas bonificaciones extrasalariales, tales como un auxilio de formación y de mercado, en razón a su antigüedad, la zona en la que distribuían la mercancía y los envíos entregados, con lo que en definitiva se comprueba que las funciones desempeñadas dentro de la empresa por cada uno de los conductores operativos sí difería en función de las zonas asignadas y antigüedad en la empresa, resultando evidente que el demandante no contaba con la misma antigüedad de los trabajadores con los cuales se equipara, pues basta con observar que el señor **ORLANDO BELTRÁN** ingresó a laborar para **TIMÓN S.A.** en el mes de julio de 2004, mientras que los señores ARGE POMPILO FORERO SALINAS, ISAIAS HERRERA AVILA y MARIO HUMBERTO SANCHEZ BAQUERO iniciaron su labor allí en el año 2003, lo que hace posible el trato diferenciado, que se encuentra razonable y justificado.

En ese orden, para esta Sala de decisión es claro que los señores ARGE POMPILO FORERO SALINAS, ISAIAS HERRERA AVILA y MARIO HUMBERTO SANCHEZ BAQUERO, pese a desempeñar el mismo cargo del demandante –conductor-, no se encuentran en una situación similar, dado que su asignación salarial deriva de su productividad y su

antigüedad, por lo que no es dable acceder a la nivelación salarial rogada, pues en todo caso, precisamente las diferencias surgen como razones objetivas que justifican la diferencia salarial, destacando que a esta Sala no le cabe duda de la aplicación de la banda salarial establecida por las empresas **SERVIENTREGA S.A.** y **TIMON S.A.**

Ahora bien, en gracia de la discusión, de entenderse que por el hecho de que el demandante ejerciera el mismo cargo ostentado por los señores ARGE POMPILIO FORERO SALINAS, ISAIAS HERRERA AVILA y MARIO HUMBERTO SANCHEZ BAQUERO hay lugar al estudio de la nivelación salarial reclamada, lo cierto es que tampoco tendrían vocación de prosperidad las pretensiones en los términos señalados en la demanda, dado que en este asunto no se acreditó con la certeza y claridad necesarias el monto devengado por aquellos durante toda la vigencia de la relación laboral que ató al demandante para con **TIMON S.A.** y/o **SERVIENTREGA S.A.**, pues en concreto únicamente se tienen los comprobantes de pago de nómina de aquellos correspondientes a los años 2014 a 2017 (Pág. 113 a 258 archivo “16ReformaAnexosParte2”), documentos que de cara a los comprobantes de nómina del demandante (Pág. 314 a 364 archivo “16ReformaAnexosParte2”, Pág. 3 a 152 archivo “17ReformaAnexosParte3”, Pág. 3 a 112 archivo “18ReformaAnexosParte4” y Pág. 3 a 97 archivo “19ReformaAnexosParte5”), corroboran la asignación salarial acordada para todos los conductores, incluido el actor, equivalente a un salario básico más prima de excelencia, así como los rubros pagados para todos ellos a partir de año 2014, a saber: sueldo básico, productividad, productividad fija, bono de servicio, subsidio de transporte legal, auxilio de formación, auxilio de mercado, verificándose que la variación salarial entre uno y otro trabajador solamente obedece a los tiempos extra reconocidos, circunstancias que de contera impiden establecer los rubros sobre los cuales eventualmente converge la brecha salarial durante los años en que los trabajadores compartieron labores.

Luego de las anteriores condiciones, se exhibe como improcedente la pretensión del demandante tendiente a obtener la igualdad salarial.

- Incidencia salarial de los auxilios de formación y de mercado.

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

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificó el artículo 128 CST, declarado exequible por la H. Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, 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, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que aparezca en una cláusula del contrato o en un otrosí que suscriban las partes y con aparentes tintes de legalidad, pues tales estipulaciones simple y llanamente pierden eficacia a la luz del artículo 43 del CST (sentencias CSJ 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 (CSJ SL4342 de 2020, SL4866 de 2020).

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

Dilucidado lo anterior, y conforme al contrato de trabajo suscrito entre el demandante y **TIMON S.A.** el 01 de julio de 2004, se tiene que en su cláusula novena quedó expresamente plasmado que no hacen parte del salario, ni tampoco hacen parte del factor para la liquidación de prestaciones sociales, los pagos enumerados en el artículo 128 CST, así como los beneficios o auxilios recibidos por el trabajador, cualquiera que sea su naturaleza, como alimentación, vestuario, primas extralegales, auxilio de formación, rodamiento, medios de transporte, ya que son reconocidos por mera liberalidad del empleador o son acordados contractual o convencionalmente, documento que cuentan con la firma del demandante en señal de aceptación. (Pág. 158 a 160 archivo “15ReformaAnexos”),

Ahora, dentro de las documentales aportadas se encuentra: historial de pagos realizados al demandante por **TIMON S.A.** (Pág. 115 a 153 archivo “15ReformaAnexos”), certificado de aportes en línea (Pág. 54 a 83 archivo “16ReformaAnexosParte2”), historia laboral del demandante expedida por COLPENSIONES y desprendibles de nómina (Pág. 54 a 364 archivo “16ReformaAnexosParte2”, Pág. 3 a 152 archivo “17ReformaAnexosParte3”, Pág. 3 a 112 archivo

“18ReformaAnexosParte4” y Pág. 3 a 97 archivo *“19ReformaAnexosParte5”*).

Al respecto, el demandante en su declaración señaló que en el año 2004 asumía económicamente la educación de sus tres hijos, lo que sufragaba con su salario y del uso del auxilio de formación, además que con su salario pagaba su comida, arriendo y servicios (min. 1:08:36 archivo *“33ActaAudienciaTramite2020-308”*).

Por su parte, la representante legal de **TIMON S.A.** señaló que por política de la compañía el auxilio de formación podía ser usado por todo el núcleo familiar del trabajador, por lo que tal beneficio se trasladó como auxilio de educación para los hijos del demandante, que de buena fe la empresa presumía que el demandante destinaba dicho auxilio solo para educación, pues tal situación no era concretamente verificada; de otro lado, que el demandante recibía un auxilio de mercado consistente en una cifra para usar para el mercado propio y de su núcleo familiar (min. 1:18:48 archivo *“33ActaAudienciaTramite2020-308”*).

Con el anterior material probatorio, y teniendo en cuenta los preceptos normativos y jurisprudenciales citados con antelación en esta sentencia, observa la Sala que la habitualidad, permanencia y uniformidad del pago de los auxilios extralegales percibidos por el actor por concepto de auxilios de formación y de mercado, es un aspecto que no fue objeto de controversia, pues así fue aceptado por la pasiva desde su contestación y por demás, se corrobora con las pruebas aportadas al proceso. Por tanto, al estar acreditado que el demandante devengó durante la vigencia de la relación laboral con **TIMÓN S.A.** una suma directa, periódica y permanente para formación y mercado, les correspondía a las demandadas acreditar cuál era la destinación específica de esas remuneraciones.

Bajo ese escenario, y una vez revisada la redacción de la cláusula en comento, se tiene que la misma versa sobre un acuerdo que individualiza de manera clara y concreta cuáles de los pagos de la relación laboral carecerían de naturaleza salarial, pues las partes decidieron excluir expresamente de la base salarial del demandante, para

efectos de la liquidación de prestaciones sociales, los beneficios o auxilios reconocidos por mera liberalidad del empleador para alimentación y formación, entre otros.

A la par, considera la Sala que los elementos de prueba allegados con el expediente evidencian la destinación de tales rubros para alimentación y educación del ex trabajador y de su núcleo familiar, pues nótese como el demandante señaló que con esos dineros sufragaba el estudio de sus tres hijos y su alimentación.

En razón de lo expuesto, y al margen de la habitualidad o permanencia del pago a que nos hemos venido refiriendo, lo cierto es que los auxilios de formación y de mercado que percibía el actor no eran retributivos del servicio prestado, tampoco constituían un incentivo al buen desarrollo de las labores encomendadas, no estaban sujetos o condicionados al cumplimiento de metas, es decir, esas sumas entregadas por mera liberalidad del empleador no eran para beneficio del trabajador ni para enriquecer su patrimonio, iterándose que se constató el fin para el cual fueron pactados que no era otro que la alimentación y educación del demandante y/o su familia.

Consecuentemente, las conclusiones aquí arribadas conllevan al fracaso de las pretensiones condenatorias relacionadas a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al fondo de pensiones, así como del pago de la sanción moratoria contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por cuanto las mismas pendían de la prosperidad del reconocimiento y pago del trabajo adicional a la jornada ordinaria, de la nivelación salarial y de la categorización como salario de los auxilios de formación y de mercado, pretensiones que como quedó visto, no tuvieron su buen cause.

- Costas en primera instancia.

Finalmente, sobre la inconformidad del demandante por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, debe precisarse que 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, y como en el presente caso se

absolvió a las demandadas y por ende, no hay condena alguna contra ellas, las costas son a cargo del demandante.

Agotada como está la competencia de segunda instancia por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por el abogado de la parte actora, se confirmará la decisión objeto de apelación que llegó a la misma conclusión.

Sin costas.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 22-2021-00481-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 25 de agosto de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado, autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se llegaren a causar y condenó en costas a ambas demandadas (min. 16:25 archivo “22AudienciaFalloParte2”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 18 archivo “01Demanda”).**

JULIO ABEL NIÑO ROJAS solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, devolver el saldo de su CAI, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 16 de mayo de 1965, que realizó cotizaciones al ISS del 26 agosto de 1992 al 30 septiembre de 1996 y que mediante formulario diligenciado el 26 de noviembre de 1996 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, la cual efectuó en razón a que la AFP le dijo que en el ISS no tendría los fondos suficientes para pensionarse, que obtendría una buena pensión en régimen y que podría pensionarse antes de cumplir la edad requerida.

Señaló, que la AFP no le suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró, que actualmente no se encuentra pensionado por los riesgos de vejez o invalidez y que el monto pensional entre uno y otro régimen varía notoriamente, por lo que solicitó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM el 18 de agosto de 2021, petición denegada; asimismo, elevó petición ante **PORVENIR** el 10 de agosto de 2021 pretendiendo anular la afiliación, la cual también fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados a la vinculación del demandante a esa AFP, que el actor no percibe ninguna pensión, la solicitud de anulación de afiliación al RAIS y la respuesta negativa. Formuló las excepciones de falta 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 35 archivo “06ContestacionPorvenir”).

A su vez, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del demandante, las semanas cotizadas al ISS, la afiliación al RAIS y la presentación de la reclamación administrativa. 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. 3 a 41 archivo “07ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 0:20 archivo “22AudienciaFalloParte2”).

El 25 de agosto 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 JULIO ABEL NIÑO ROJAS, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido en el mes del 1 de noviembre de 1.996. En consecuencia, SE DECLARA que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo en el que se encuentran los aportes del demandante, a que los traslade a COLPENSIONES, esto es, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, 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: 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba los dineros provenientes de PORVENIR S.A., y a que efectúe los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., de conformidad con la parte motiva. SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, en favor de la parte actora. Fijese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV. SÉPTIMO: 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 de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS es ineficaz, 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 por COLPENSIONES.

Para resolver, inicialmente realizó un recuento normativo y jurisprudencial aplicable al caso, concluyendo, de acuerdo a las pruebas recaudadas, que la AFP demandada incumplió el artículo 167 CGP, ya que para la fecha de traslado del demandante, 1996, las administradoras ya tenían la obligación de brindarles a sus posibles afiliados una información clara, comprensible y oportuna de las características y diferencias del RAIS para que el usuario tuviera todas las herramientas para llevar a cabo una afiliación libre, consiente y voluntaria, que no se

puede extraer una confesión emitida al respecto del interrogatorio de parte y que no se allegó ninguna otra prueba que desvirtúe la violación al deber de información por parte de la AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. Adujo, que las sumas por gastos de representación que se ordenan trasladar tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida por la AFP, de suerte que esas sumas ya fueron invertidas en la forma ordenada por la ley y no se encuentran en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos para la correcta administración del las cotizaciones demandante, como lo es la de procurar los rendimientos financieros, por lo que debe ordenarse las restituciones mutuas a que haya lugar, de lo contrario, conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPM, siendo que se beneficiaría de una administración que no hizo. Por otra parte, respecto a los dineros que se destinaron a los seguros de invalidez y sobrevivencia, dijo que la AFP cubrió al demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte, por lo que se cumplió su finalidad, además que existe una imposibilidad de traslado, por cuanto no se encuentran en poder de la AFP. Alegó, que es improcedente la condena por indexación sobre gastos y seguros provisionales, como quiera que también se tiene una condena de reintegro de rendimientos financieros, por lo que representaría una doble condena por el mismo concepto. (min. 18:26 archivo “22AudienciaFalloParte2”).

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación parcial respecto a la condena en costas, argumentando que la entidad fue un tercero de buena fe, además que la ley prohíbe realizar el traslado del demandante por faltarle menos de diez años para pensionarse (min. 22:10 archivo “25GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Firma UNIÓN TEMPORAL W&WLC, apoderada de

COLPENSIONES, sustituyó poder al doctor Juan Pablo Melo Zapata con CC 1.030.551.950 y TP 268.106 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y quien en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia con base en los argumentos presentados en su alzada.

De igual, la apoderada de **PORVENIR S.A.** pidió la revocatoria de la sentencia, para en su lugar absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

La parte **DEMANDANTE** 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 que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de trasladar las sumas por concepto de rendimientos, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y de la condena en costas con cargo a **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **JULIO ABEL NIÑO ROJAS** nació el 16 de mayo de 1965 (Pág. 21 archivo “01DemandaAnexos”); **ii)** el demandante cotizó al extinto ISS entre el 26 de agosto de 1992 al 30 de septiembre de 1996 (Pág. 31 a 35 archivo “01DemandaAnexos”); **iii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formularios del 25 de septiembre y 26 de noviembre de 1996, efectiva a partir del 01 de noviembre de 1996, AFP donde permanece vinculado y acumula 1.254 semanas cotizadas a septiembre de 2021 (Pág. 51 a 68 archivo “01DemandaAnexos”); **iv)** el demandante radicó solicitud a las demandadas para retornar al RPM, peticiones que fueron negadas (Pág. 24 a 28, 36 a 44 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, la Juez *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAI, autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar y condenó en costas a ambas 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

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 los formularios de afiliación, sin que la firma de estos por el afiliado 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 o con posterioridad.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó que al momento de su afiliación en el RAIS era docente de la Universidad de La Sabana y de la Universidad de Santo Tomás, lugares a donde acudieron representantes de **PORVENIR**, quienes le manifestaron la necesidad de su afiliación al RAIS de acuerdo a la difícil situación económica y administrativa por la cual se encontraba atravesando el ISS, por lo que tendría mayor garantía si sus cotizaciones permanecían en manos privadas, además, le indicaron que existiría una bolsa individual donde reposaría su dinero, del cual podía disponer en cualquier; manifestaciones que no benefician a la AFP accionada, puesto que ni de la demanda, ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del 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 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.

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

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

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

En consecuencia, la Sala prohijará 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

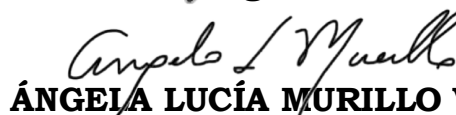
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JULIO ABEL NIÑO ROJAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2021 00481 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 22-2022-00271-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 07 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, condenó a **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados, ordenó a **COLPENSIONES** a recibir los dineros y a efectuar los ajustes en la historia laboral y condenó en costas a las demandadas (*min. 58:14, archivo “20AudienciaArt.77y80Fallo”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

LEONARDO ALFONSO GRACIA DIAZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

COLPENSIONES y a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **PROTECCIÓN** y, en consecuencia, que se condene a **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos causados, gastos de administración, debidamente indexados, se condene a **COLPENSIONES** a recibirlo como su afiliado y a actualizar la historia laboral, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde enero de 1988 a enero de 1995, posteriormente se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **PROTECCIÓN** el 11 de enero de 1995, donde ha efectuado cotizaciones hasta la fecha; que la referida AFP al momento de la afiliación no le suministró información clara, suficiente, veraz y oportuna sobre las implicaciones de dicho cambio, las características de los regímenes pensionales existentes, las ventajas y desventajas; y que elevó reclamación administrativa a COLPENSIONES el 11 de mayo de 2022, petición que fue respondida de manera negativa (*pág. 2 a 13, archivo “01DemandaAnexos”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación del demandante a esa entidad, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la

afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica (pág. 3 a 26, archivo “05ContestacionProteccion”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de 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 41, archivo “06ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 58:14, archivo “20AudienciaArt.77y80Fallo”)

El 07 de septiembre de 2023, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el señor LEONARDO ALFONSO GRACIA DIAZ al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido 11 de enero de 1.995. En consecuencia, se declara para todos los efectos legales que el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO:** Se ORDENA a la demandada PROTECCIÓN S.A., fondo en el que se encuentran los aportes del demandante, a que traslade a COLPENSIONES el saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con los correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así mismo, se le condena 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: 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a que reciba los dineros provenientes de PROTECCIÓN S.A. y que efectúe los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia. **QUINTO:** Se declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **SEXTO:** Se condena en costas a las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES, en favor del demandante. Fíjese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas. **SÉPTIMO: 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 de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.”. Sic.*

Como sustento de la decisión la Juez expresó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, les corresponde a los fondos administradores del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acreditar el cumplimiento del deber de información, esto es, la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna, las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias de traslado de régimen pensional, situación que no fue acreditada por parte de **PROTECCIÓN**. Y aunque en el interrogatorio el actor afirmó que recibió diferentes reasesorías, las mismas fueron relacionadas con aportes voluntarios, sin que dicha actuación convalide el traslado. Por tal razón, concluyó que se configuró una violación al deber de información.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación parcial por la condena en costas. Adujo que la condena en costas es improcedente porque no se puede trasladar el actor a través de una decisión judicial, teniendo en cuenta las pruebas documentales aportadas y el principio de buena fe con que ha actuado **COLPENSIONES** (min. 01:00:27, archivo “20AudienciaArt.77y80Fallo”).

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** solicitó la revocatoria de la sentencia, incluyendo aspectos que no fueron objeto de alzada.

Y la apoderada del demandante solicitó la confirmación del fallo.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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 **PROTECCIÓN**, así como la procedencia de la condena en costas en contra de **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en el recurso de

apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) LEONARDO ALFONSO GRACIA DIAZ** nació el 16 de octubre de 1962 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 12 de enero de 1988 (*pág. 86 y 123, archivo “01DemandaAnexos”*); **ii)** y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 11 de enero de 1995, a través de **PROTECCIÓN**, efectiva a partir del 1° de febrero siguiente, donde permanece actualmente (*pág. 46 y 48, 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 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **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 y la sola firma del formulario de afiliación, no exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que se trasladó con ocasión de una convocatoria realizada por su empleador, donde el asesor de la AFP lo que hizo fue verificar que el formulario estuviera bien diligenciado, pero dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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, 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 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. Y aunque la AFP acreditó que al demandante le realizaron varias reasesorías, estas ocurrieron tiempo después del traslado y tuvieron como fin la actualización de datos, la

realización de aportes voluntarios y la obtención de beneficios tributarios (*pág. 95 a 109, archivo “05ContestacionProteccion”*).

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, 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, 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 es clara en disponer la devolución total de los conceptos referidos en precedencia, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral del accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** 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 esta parte de la sentencia.

También se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró 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 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 **COLPENSIONES**.

Y finalmente, sobre 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). 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 remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme 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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LEONARDO ALFONSO GRACIA DÍAZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2022 00271 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.23-2021-00042-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes y la llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** contra la sentencia del 11 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a **PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES IGRAMA S.A.S.** y **SEGOVIA TAVARES LACIDES**, en calidad de integrantes del **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA** a pagar al demandante la suma de \$63.666.667 por concepto de indemnización moratoria, declaró solidariamente responsable a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** y condenó a la llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** a asumir la condena impuesta a la entidad pública, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a los integrantes del **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA** (*min. 01:30:15, archivo “26 Audiencia20230511”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

RODRIGO CORDOBA CASTILLO llamó a juicio a **PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES IGRAMA S.A.S.** y **SEGOVIA TAVARES**

LACIDES como integrantes del **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA**, y solidariamente a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP**, con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral con el **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA**, que a la terminación del contrato el empleador canceló con demora y parcialmente el valor de la liquidación final de prestaciones sociales y vacaciones, que la beneficiaria de los servicios prestados fue la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** y, en consecuencia, que se condene al pago de \$286.495 por concepto de diferencia entre lo consignado por concepto de liquidación final de prestaciones sociales y vacaciones y el valor realmente adeudado, indemnización moratoria, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se vinculó laboralmente con el **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA** desde el 1° de febrero de 2019 hasta el 23 de agosto de 2019, devengando como salario básico mensual la suma de \$5.000.000, asumiendo el cargo de director de proyecto para la ejecución del contrato de prestación de servicios celebrado entre el **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA** y la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP**, cumpliendo funciones de carácter técnico; afirmó que el objeto del contrato celebrado entre el Consorcio y la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ** fue el retiro e instalación de medidores de consumo de agua, en áreas de cobertura de la EAAB siendo dicha empresa la beneficiaria del servicio.

Manifestó que a la fecha de terminación de contrato de trabajo el empleador pagó el valor correspondiente a la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones hasta el 20 de septiembre de 2020 por la suma de \$5.017.171, cuando lo verdaderamente adeudado correspondía a \$5.303.666 (*pág. 1 a 10, archivo "01DemandaAnexos"*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA** se opuso a las pretensiones condenatorias, aceptó la relación laboral con el demandante, los extremos temporales, el cargo desempeñado, el contrato de prestación de servicios suscrito con la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP**, el salario y las funciones desempeñadas, expresó que los demás hechos no eran ciertos y respecto al pago de la liquidación manifestó que si bien no se realizó el pago inmediato a la finalización del contrato, una primera parte se canceló el 08 de julio del año 2019 y el restante se pagó con posterioridad. Propuso como excepción de pago (*pág. 3 a 19, archivo “06. ContestacionConsortioLsIgrama”*).

La **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** se opuso a las pretensiones condenatorias, aceptó la existencia del Consorcio, el contrato de prestación de servicios y su objeto y que fue beneficiaria de dicho servicio, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, falta de título y causa para pedir, inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad y buena fe. Llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (*pág. 3 a 15, archivo “09. LlamamientoGarantia”*), solicitud que fue aceptada en providencia del 19 de octubre de 2021 (*archivo “01. AutoLlamamientoGarantia”*).

En decisión del 21 de marzo de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (*archivo “20AutoFijaFecha”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:30:15, archivo “26 Audiencia20230511”*)

El 11 de mayo de 2023, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: CONDENAR a PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES Y GRAMA S.A.S y a SEGOVIA TAVARES LACIDES en calidad de integrantes del CONSORCIO LS IGRAMA a reconocer y pagar a RODRIGO CORDOBA

CASTILLO la suma de \$63.666.667 por concepto de indemnización moratoria comprendida entre el 24 de agosto de 2019 y el 15 de septiembre de 2020. **SEGUNDO: DECLARAR** solidariamente responsable a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A E.S.P. del pago de la indemnización moratoria por la cual se impartió condena en el presente asunto en contra de PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES Y GRAMA S.A.S y SEGOVIA TAVARES LACIDES integrantes del consorcio LS IGRAMA. **TERCERO: DECLARAR** que SEGUROS DEL ESTADO es responsable en calidad de llamado en garantía de las condenas que sean exigibles a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A E.S.P. en virtud de la póliza correspondiente y teniendo en cuenta los límites económicos que la misma establece. **CUARTO: ABSOLVER** a los demandados y al llamado en garantía de las demás solicitudes incoadas en su contra por parte del señor demandante. **QUINTO: COSTAS** a cargo de los integrantes del Consorcio LS IGRAMA a favor de la parte demandante (...)."

Como sustento de la decisión el Juez indicó que con las pruebas aportadas se evidencia que las prestaciones sociales y vacaciones fueron pagadas por el empleador, sin que existan diferencias a favor del demandante. Sin embargo, advirtió que relación laboral finalizó el día 23 de agosto de 2019 y la liquidación final de prestaciones y vacaciones fue realizada hasta el día 16 de septiembre de 2020, sin que los argumentos esgrimidos por la demandada sean suficientes para justificar dicha omisión, en consecuencia impuso indemnización moratoria por la suma de \$63.666.667 causada entre el 28 de agosto de 2019 y el 15 de septiembre de 2020, declarando solidariamente responsable de dicha condena a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** por ser la beneficiaria del servicio, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Y finalmente, que en virtud de la póliza de garantía No.12-45-1010-67410 que versa sobre "*garantizar el cumplimiento general del contrato, el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones laborales*" declaró responsable a **SEGUROS DEL ESTADO** de las condenas exigibles a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación parcial respecto de las costas procesales. Adujo que las costas deben ser impuestas a la parte pasiva, máxime cuando la EMPRESA DE

ACUEDUCTO y SEGUROS DE ESTADO se opusieron a la demanda (*min. 01:31:46, archivo “26 Audiencia20230511”*).

El apoderado del **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA** presentó recurso de apelación, señalando que el fallador excedió su función como ordenador jurídico en relación a la imposición de la condena y el cálculo de la misma, toda vez que, si bien se cometió un error en la liquidación del demandante, dicho error fue subsanado al momento de pagar el valor de reajuste de la liquidación junto con un valor adicional por los días causados hasta ese momento. Además, afirmó que siempre se ha actuado bajo el principio de buena fe, lo cual para la legislación colombiana laboral actual es clave en la determinación de la sanción o de la culpabilidad del empleador sobre el no pago a tiempo de la liquidación o el pago erróneo de la misma (*min. 01:33:42, archivo “26 Audiencia20230511”*).

El apoderado de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** presentó recurso de apelación. Para sustentar la alzada señaló que la solidaridad a la cual se condena a la empresa no debe proceder, toda vez que se pactó con el empleador que el personal y el equipo de los contratistas serian de exclusiva responsabilidad del mismo e igualmente mantendría indemne a la empresa de acueducto respecto a cualquier situación que se presentara por una condena laboral por indemnización; además que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la buena fe o mala fe del contratista es la que debe analizarse para imponer una sanción moratoria pero no la del obligado solidario, quien siempre mantiene la buena fe en el cumplimiento de las cláusulas del contrato y los pagos efectuados al contratista, por lo que considera que la empresa no puede ser condenada solidariamente por las obligaciones a que den lugar respecto del contratista (*min. 01:35:33, archivo “26 Audiencia20230511”*).

Por otra parte, la apoderada de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** interpuso recurso de apelación con ocasión de la solidaridad declarada

contra la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**. Para el efecto, coadyuvó los argumentos esgrimidos por dicha parte, reiterando que esta indemnización debe estar exclusivamente en cabeza del empleador; sostiene que no se tuvo en cuenta lo contemplado en el artículo 1055 de Código de Comercio respecto de los riesgos inasegurables y las coberturas o los amparos propiamente en la póliza, esto teniendo en cuenta que se deben considerar las condiciones generales de la misma en cuanto al amparo, salarios y prestaciones sociales y en tal virtud no estaría cubierta un eventual pago de indemnización; finalmente que no se tuvo en cuenta el fenómeno de la prescripción prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio, en atención de que cuando ocurrió y se tuvo conocimiento del hecho generador del riesgo y el momento en que fue notificada la compañía transcurrieron más de dos años.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** y **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** solicitaron revocar la declaratoria de responsabilidad solidaria, reiterando los argumentos expuestos 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, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si procede la condena por indemnización moratoria, la responsabilidad solidaria de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP**, la cobertura de la llamada en garantía y la condena en costas tanto a la

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP
como a la aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia que entre el demandante **RODRIGO CORDOBA CASTILLO** y el **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA** se celebró un contrato de trabajo desde el 1° de febrero de 2019 al 23 de agosto de 2019, periodo en el cual el trabajador desempeñó el cargo de director de proyectos, con un salario de \$5.000.000 (*aspecto que fue aceptado por el Consorcio y no fue objeto de recurso*).

- 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.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho 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.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizados los medios persuasivos aportados al expediente, la Sala confirmará la condena por concepto de indemnización moratoria, puesto que si bien se consignó la liquidación final del contrato de trabajo el día 16 de septiembre de 2020 por la suma de \$5.017.171 (*pág. 31, archivo "06ContestacionConsortioLsIgrama"*), esta se efectuó trece meses después de finalización del vínculo laboral, sin que el **CONSORCIO**

MEDIDORES LS-IGRAMA haya acreditado razones serias, satisfactorias y justificativas de dicha conducta, razón por la cual no es válido aducir que se actuó de buena fe, al contrario, al no acreditarse el pago de acreencias laborales al momento de la terminación del contrato, se deduce que hubo mala fe al no reconocer y pagar oportunamente las prestaciones sociales a favor del trabajador.

Por otro lado, al terminarse la relación laboral el 23 de agosto de 2019, se puede evidenciar que esta indemnización opera desde el 24 de agosto de 2019 hasta el 15 de septiembre de 2020, fecha anterior a la consignación de prestaciones sociales. Y aunque hubo una diferencia de acreencias que se consignó a favor del demandante sólo hasta el 28 de mayo de 2021, por valor de \$300.000 (*pág. 33, archivo “06ContestacionConsortioLsIgrama”*), en principio podría generar una indemnización hasta esa fecha, sin embargo, dicho aspecto no fue recurrido ni planteado por la parte actora, por lo que la Sala se releva de analizar dicha situación.

Por tal motivo, al presentarse la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo (*20 de enero de 2021, archivo “02ActaReparto”*), la indemnización moratoria causada entre el 24 de agosto de 2019 hasta el 15 de septiembre de 2020 asciende a la suma de \$63.666.667, discriminados así:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA				
Desde	Hasta	Días	Salario diario	Monto
24/08/2019	15/09/2020	382	\$ 166.667	\$63,666,667
TOTAL				\$63,666,667

En consecuencia, es acertada la decisión adoptada por el *a quo*, lo que descarta el planteamiento formulado por el Consorcio.

- **Sobre la responsabilidad solidaria del beneficiario del trabajo o el dueño de la obra.**

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo 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).

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ** y el **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA** suscribieron contrato de prestación de servicios No. 1-05-30-400-1405-2018 cuyo objeto fue el *“RETIRO E INSTALACIÓN DE MEDIDORES DE ½” HASTA 1 ½” DIÁMETRO, ÁREA DE COBERTURA DE EAAB, EN LA INTERVENCIÓN DE SU FUNCIÓN EN GESTIÓN COMERCIAL”* (pág. 20 a 28, archivo *“01DemandaAnexos”*); a su vez, en la contestación de la demanda el **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA** aceptó que **RODRIGO CORDOBA CASTILLO** fue vinculado para participar en la ejecución de dicho contrato y las funciones de carácter técnico que fueron realizadas durante la vigencia de la relación laboral, entre las que se encuentran *“a) la recepción de los medidores nuevos entregados por el almacén central de la EAAB, verificando el diámetro, el número del medidor entregado, validando con su firma el recibido de los medidores; e) elaboración del calendario de cambio de medidores programando las fechas de inicio y fin de actividad por ciclo de facturación; f) la generación de las respectivas cartas que se enviarán a los usuarios con mínimo de ocho días de antelación, donde se informará la fecha de cambio de medidor, la jornada de cambio (am – pm) y la causal que motiva el respectivo cambio. Esta carta debe firmarse como director del proyecto en calidad de contratista de la EAAB; r) proceder a autorizar las entregas de las respectivas órdenes de trabajo de archivo de gestión documental de la EAAB”*, entre otras. Las anteriores actividades corresponden a labores propias de las actividades del contratante, las cuales se relacionan directamente con las funciones principales de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**¹

¹ a) captar, almacenar, tratar, conducir, distribuir agua potable, b) recibir, conducir, tratar y disponer aguas hervidas en los términos y condiciones fijado por las normas para estos servicios, c) recoger, conducir, regular y manejar las aguas lluvias y aguas superficiales que conforman el drenaje fluvial y el sistema hídrico dentro de su área de actividad, d) **realizar la construcción instalación y mantenimiento de la estructura necesaria para prestar servicios públicos domiciliarios a su cargo**, e) solicitar, operar y administrar concesiones de agua y licencias para vertimientos que requiera para su

(artículo 4° Acuerdo 05 de 17 de enero de 2019, Junta Directiva) lo que configura la responsabilidad solidaria solicitada por el actor.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos por parte de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** y de **SEGUROS DEL ESTADO** en la medida en que cualquier acuerdo que celebren las partes relacionado con la indemnidad del contratante respecto de la responsabilidad del contratista con el personal que se vincule, el mismo no surte efecto por cuanto no pueden desconocer las consecuencias determinadas expresamente por la norma sustantiva laboral, la cual es clara en señalar las obligaciones que tiene el beneficiario y dueño de la obra, como ocurre en el asunto objeto de estudio.

Además, 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. Así, dice la Corte, para imponer la condena por sanción moratoria lo que debe analizarse es la buena o mala fe del empleador y no del contratante (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 la condena impartida por concepto de indemnización moratoria contra **PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES Y GRAMA S.A.S** y **SEGOVIA TAVARES LACIDES** en calidad de integrantes del **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA**, motivo suficiente para confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

gestión y colaborar con las autoridades competentes conservación y reposición de recurso hídrico, f) operar y gestionar proyectos de saneamiento básico integral, manejo de residuos líquidos, sólidos y energía y mecanismos de desarrollo limpio, g) fijar, liquidar, facturar y recaudar tarifas de servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado de Bogotá”, entre otras.

Al confirmarse la responsabilidad solidaria de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP**, pasa la Sala resolver los demás cuestionamientos planteados por **SEGUROS DEL ESTADO**.

Sobre el riesgo inasegurable previsto en el artículo 1055 del Código de Comercio², basta señalar que la póliza No. 12-45-101067410, expedida por SEGUROS DEL ESTADO, garantiza “*el cumplimiento general del contrato, el pago de salarios prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, la calidad del servicio, la calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, según contrato de prestación de servicios no. 1-05-30400-1405-2018*”, cuya vigencia se pactó entre el 28 de diciembre de 2018 al 28 de abril de 2022, sin que en su clausulado se haya excluido expresamente el pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo (*archivo “25MemorialPoliza”*). Luego, al tenerse como beneficiario de la cobertura de la póliza a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** es palmario concluir que la referida indemnización si es asegurable, en virtud de la posibilidad establecida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por ende, al configurarse la contingencia durante la vigencia del amparo contractual, **SEGUROS DEL ESTADO** es la llamada a garantizar el pago de la indemnización moratoria a favor del beneficiario de la póliza de cumplimiento, sin que exceda el valor de la suma asegurada (*cláusula séptima, pág. 7, archivo “25MemorialPoliza”*).

Y frente a la excepción de prescripción contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio, la Sala se releva de su estudio en la medida en que a **SEGUROS DEL ESTADO** se le tuvo por no contestada

² **ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>**. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

la demanda en decisión del 21 de marzo de 2023 (*archivo “20AutoFijaFecha”*), siendo el fenómeno jurídico de la prescripción de aquellas excepciones que no se pueden declarar de oficio, sino que deben ser alegadas por la parte interesada en la oportunidad procesal correspondiente y, cuando no se proponga, se entenderá por renunciada (*art. 282 del Código General del Proceso*).

Finalmente, frente a la inconformidad del apoderado actor por la no imposición de costas a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ** en el trámite de primera instancia, para la Sala le asiste razón por cuanto el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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 realizada por la entidad pública, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022).

En consecuencia, se adicionará esta condena, siendo obligación del juez *a quo* fijar las agencias en derecho en su oportunidad procesal. 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 Código General del Proceso.

No sucede lo mismo respecto de la solicitud de condena en costas en contra de **SEGUROS DEL ESTADO** por cuanto no fue objeto de acción por parte del demandante y su vinculación al proceso se produjo con ocasión del llamamiento en garantía realizado por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**. Por ende, no es posible que la aseguradora asuma algún costo por concepto de costas y agencias en derecho del proceso ordinario. Quizás por el llamamiento, aspecto que no fue objeto de controversia.

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

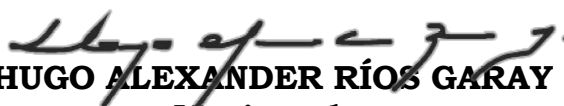
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** a pagar, junto con los integrantes del **CONSORCIO MEDIDORES LS-IGRAMA**, las costas y agencias en derecho de la primera instancia. El monto a cargo de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** deberá ser fijado por el *a quo*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 23-2022-00191-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTINEZ** contra la sentencia del 08 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de la pensión de sobrevivientes reclamada por el fallecimiento de Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) (*min. 31:44, archivo “24Audiencia20230608”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTINEZ llamó a juicio al **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.), en su calidad de compañera permanente, junto con el retroactivo pensional,

intereses moratorios, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) estuvo afiliado a **COLPENSIONES** y acreditó un total de 363 días laborados, correspondientes a 51 semanas para el momento de su fallecimiento, 17 de mayo de 1994; que convivió con Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) desde el 14 de febrero de 1989 hasta el momento de su deceso, y durante la convivencia la pareja procreó un hijo de nombre John Alexander Espinosa Rodríguez.

Manifestó que adelantó el trámite de reconocimiento de prestaciones económicas ante la demandada, en su condición de beneficiaria y compañera permanente supérstite, entidad que mediante Resolución SUB223413 del 18 de noviembre de 2020 negó la prestación fundamentando que no se acreditó la veracidad de la solicitud presentada, decisión que fue confirmada en Resolución DEP 15506 del 18 de noviembre 2020 (*pág. 2 a 21, archivo “06SubsanacionDemanda”*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó la presentación de solicitud de pensión de sobrevivientes y la expedición de los actos administrativos, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación., compensación y la Innominada o genérica (*pág. 2 a 11, archivo “10 ContestacionDemandaColpensiones”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 31:44, archivo “24Audiencia20230608”).

El 08 de junio de 2023, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por Claudia María Rodríguez Martínez. SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante. TERCERO: Si no se apelase la presente sentencia se ordena se surta grado jurisdiccional de consulta a favor de la señora demandante para que se revise la totalidad de la decisión a su favor, dado que las resultas del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes al reunir 26 semanas cotizadas en el año anterior a su fallecimiento, 17 de mayo de 1994. Respecto de la calidad reclamada por la demandante, precisó que de acuerdo con las pruebas aportadas no se acredita con certeza su convivencia con Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) ya que ninguno de los testigos dio cuenta de que la pareja compartía techo, lecho, mesa, socorro, que son las características de una convivencia, y que, si bien procrearon un hijo en los 2 años anteriores al fallecimiento del afiliado, ello únicamente permite que la demandante pueda suplir el requisito de los 2 años continuos de la convivencia con anterioridad al fallecimiento, pero no la convivencia para el momento mismo del fallecimiento.

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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de que se realice 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, la firma Tabor Asesores Legales S.A.S. allegó documental que la acredita como apoderada de **COLPENSIONES**, y a

su vez sustituyó el poder a la doctora Lina María Posada López, identificada con C.C. No.1.053.800.929 y T.P. 226.156, motivo por el cual se le reconoce dicha condición para actuar como apoderada de dicho fondo de pensiones, y en el escrito de alegatos solicitó la confirmación de la providencia recurrida.

No hubo pronunciamiento de la 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 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** acredita la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) y si hay lugar a reconocer el retroactivo pensional e intereses moratorios.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 52 semanas y falleció el 17 de mayo de 1994 (*pág. 40 y 42, archivo “01Demanda”*); **ii)** el 21 de octubre de 2020 **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** reclamó a **COLPENSIONES** la pensión de sobrevivientes (*pág. 32, archivo “01Demanda”*); **iii)** **COLPENSIONES** mediante Resolución 223413 del 22 de octubre de 2020, negó la prestación (*pág. 32 a 39, archivo*

“01Demanda”), decisión confirmada en Resolución DPE15506 del 18 de noviembre de 2020 (pág. 27 a 32, archivo “01Demanda”).

- **Sobre la pensión de sobrevivientes en Ley 100 de 1993.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese 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 Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) falleció el 17 de mayo de 1994, las normas que regulan el derecho pensional que se reclama en este proceso son las establecidas en el artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, que establecen como presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes que el afiliado hubiere cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior en que se produzca la muerte y que la cónyuge o compañera permanente acredite una convivencia de 2 años con el fallecido a esa fecha, *siendo la cohabitación la que legitima el derecho de tales beneficiarios* (CSJ SL857-2021, SL2853-2022, SL3045-2022).

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 el afiliado Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) falleció el 17 de mayo de 1994 (*pág. 40, archivo "01Demanda"*), en vigencia de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su texto inicial, y dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios al cumplir el requisito mínimo de 26 semanas cotizadas en el último año antes de su fallecimiento, aspecto que no es objeto de discusión en este juicio y fue reconocido por **COLPENSIONES** en los diferentes actos administrativos.

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar si **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** acredita la calidad de beneficiaria de la referida prestación, como compañera permanente.

CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ al rendir interrogatorio señaló que nació el 10 de enero de 1976, que Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) era su compañero, con quien convivió desde que tenía 15 años de edad, que tuvieron un hijo que nació en el año 1992, que vivió en la casa de los papás de Carlos Iginio. Además, que cuando Carlos Iginio falleció, los padres y hermanos de él la *echaron* de la casa, que no reclamó la pensión por desconocimiento y sólo hasta que su hijo se hizo mayor se interesaron en el tema (*min 8:05, archivo “17Audiencia20230509”*).

Se recepcionó el testimonio de Carlos Alberto Forero Rodríguez quien indicó que conoció a **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** y a Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) porque eran vecinos cuando vivieron en la vereda la Planta en Cogua, que prestó servicio militar por 2 años desde 1992 a mitad del año 1994 y cuando se fue ellos tenían un hijo recién nacido, que la pareja convivió hasta el día del fallecimiento de Carlos y lo sabe porque cada vez que pedía permisos regresaba a su casa y veía a la pareja juntos (*min 20:23, archivo “17Audiencia20230509”*).

Y se escuchó a Jorge Alirio Castillo, quien en su declaración sostuvo que conoció a **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** y a Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) porque ellos frecuentaban su restaurante -cafetería en Zipaquirá, que los conoció desde el año 1989 y que para ese año la pareja ya estaba conviviendo (*min 36:00, archivo “17Audiencia20230509”*).

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

- a. Declaraciones extrajuicio rendidas por Jorge Alirio Catillo y Carlos Alberto Forero Rodríguez el 30 de julio de 2020, ante la Notaría Segunda del Círculo de Zipaquirá, donde señalaron que Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) y **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** compartieron techo, lecho y mesa desde el 14 de febrero de 1989 hasta el 17 de mayo de 1994 en la Vereda La Planta de Cogua, de cuya relación procrearon un hijo de nombre John Alexander Espinosa Rodríguez (pág. 48 a 53, archivo “01Demanda”).
- b. Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.) y **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** procrearon un hijo de nombre John Alexander Espinosa Rodríguez, quien nació el 31 de mayo de 1992 (pág. 112, archivo “23ExpedienteAdministrativo”).
- c. Informe técnico de investigación adelantado por la sociedad Cosinte Ltda, por solicitud de **COLPENSIONES**, en cuyo trámite entrevistaron a los hermanos del causante. Entre ellos Josué Espinosa Forero, quien inicialmente acreditó la convivencia de su hermano y la demandante, pero luego se retractó de esas afirmaciones, señalando que *su versión no fue cierta, asegurando que la señora Claudia María Rodríguez Martínez, no sostuvo ningún vínculo marital con el señor Carlos Iginio Espinosa Forero, afirmando que la única relación que sostenían solo era por el menor de edad que habían procreado, donde la solicitante solo visitaba al causante de manera ocasional*. Gonzalo Espinosa Forero y Miguel Espinosa advirtieron que su hermano y Claudia María Rodríguez Martínez nunca convivieron juntos, tenían una relación sentimental donde la demandante lo visitaba únicamente los fines de semana. En el informe se menciona que, al realizar la labor de campo, en la Vereda La Plazuela, entrevistaron a Carlos Francisco Huertas y Antonio Garzón, vecinos del sector, quienes confirmaron que conocían al causante, pero nunca a una pareja, dado que él vivía donde sus padres (pág. 61 a 67, archivo “23ExpedienteAdministrativo”).

- d. Declaraciones voluntarias otorgadas por Angelica María Guevara Moreno y Lucia Eudora Guzmán Buitrago, donde manifiestan que les consta que la convivencia de la pareja fue por más de 5 años hasta el fallecimiento del afiliado (*pág. 161 y 162, archivo “23ExpedienteAdministrativo”*)

Por lo anterior, para la Sala los referidos medios de prueba son insuficientes para acreditar la calidad que reclama **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ**, sin que sea suficiente sus afirmaciones narradas en el interrogatorio, las cuales requerían de otros medios que confirmaran su existencia. Nótese que las declaraciones rendidas por Jorge Alirio Castillo y Carlos Alberto Forero Rodríguez ante notaría y en el presente juicio son diametralmente opuestas, donde se evidencia que ninguno de los deponentes les consta la convivencia real entre la demandante y el afiliado durante los últimos 2 años al fallecimiento de éste, puesto que Carlos Alberto Forero Rodríguez ni siquiera conoció el lugar donde se desarrolló la presunta convivencia y la forma en que llevó a cabo, únicamente dio fe sobre la visita que realizaba la pareja a la tienda de su propiedad. Y en el caso de Jorge Alirio Castillo desde el año 1992 a 1994 estuvo prestando el servicio militar obligatorio, periodo en el cual las visitas a su lugar de residencia fueron esporádicas y, por tanto, lo que mencionó en relación con el causante y la actora no permiten inferir que la relación haya sido continua y que estaba vigente al 17 de mayo de 1994, fecha de fallecimiento de Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.).

Y si se diera valor probatorio a las declaraciones de Angelica María Guevara Moreno y Lucia Eudora Guzmán Buitrago quienes afirmaron que la convivencia fue superior a 5 años, las mismas son contradictorias con lo manifestado por la demandante en el interrogatorio, quien expresó que nació el 10 de enero de 1976 y confesó que la convivencia inició por lo menos cuando tenía 15 años, lo que implica que la presunta convivencia tan solo comenzó en el año 1991.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia ha entendido que la convivencia no solo comprende la cohabitación en determinado lugar, sino que hace referencia a *una comunidad marital donde se conjuguen el afecto, el respeto y la ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable* (CSJ sentencia del 08 de febrero de 2011 Rad. 34.362, SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras). Y precisamente, los presupuestos de permanencia y continuidad, durante los últimos 2 años de vida del afiliado, no se demostraron en este juicio.

Por tanto, la carga de la prueba de quien reclama en este juicio la calidad de compañera permanente tenía que ser contundente que demostrara, sin dudas, esta condición al momento del deceso del afiliado, circunstancia que no ocurrió.

Finalmente, resulta oportuno advertir que, según el precedente jurisprudencial, la procreación de hijos no suple la falta de convivencia en el momento de la muerte, sino el de la convivencia continua durante los dos años anteriores a la muerte, por lo que la convivencia efectiva al momento de la muerte del de *cujus* deberá acreditarse sin excepción (CSJ Rad. 35.362-2010, 42.291-2013, SL15092-2014 y SL2603-2017, entre otras).

En este caso, pese a que se acreditó el nacimiento de John Alexander Espinosa Rodríguez, hijo de **CLAUDIA MARIA RODRIGUEZ MARTINEZ** y Carlos Iginio Espinosa Forero (q.e.p.d.), el 31 de mayo de 1992 (*pág. 112, archivo “23ExpedienteAdministrativo”*), esto es, dentro de los 2 años anteriores al fallecimiento del afiliado, la parte actora no probó el requisito de convivencia establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, por lo que se concluye que no tiene la calidad de beneficiaria de la prestación pensional, razón suficiente para confirmar la sentencia absolutoria.

Sin costas en segunda instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, 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 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.24-2022-00298-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación presentados por **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública, contra la sentencia del 02 de octubre de 2023 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación realizada por **NICOLAS MURCIA BECERRA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a la AFP **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, y a **PROTECCIÓN** trasladar los gastos de administración debidamente indexados (*min. 01:40:38, archivo "17Audioaudiencia02102023"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

NICOLAS MURCIA BECERRA 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.** con el fin de que se

declare la ineficacia de la afiliación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, realizado a través de **PROTECCIÓN** y luego a **PORVENIR** y, en consecuencia, se ordene a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que se encuentren en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros e intereses, junto con las condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 17 de agosto de 1962, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 03 de octubre de 1983, al momento del traslado de régimen pensional en junio de 1995 los asesores de COLMENA no le brindaron ninguna información sobre las consecuencias jurídicas de dicho cambio y las características de cada uno de los regímenes, y que en junio de 1998 cuando se trasladó a **PORVENIR** tampoco le dieron esa información (*pág. 04 a 24, archivo “01Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y restituciones mutuas y la innominada o genérica (*pág. 2 a 30, archivo “07ContestacionPorvenirSA”*).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, 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 derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (pág. 3 a 23, archivo “08ContestacionProteccionSA”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del actor, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional*; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (pág. 3 a 37, archivo “09ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:40:38, archivo “17Audioaudiencia02102023”)

El 02 de octubre de 2023, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor NICOLÁS MURCIA BECERRA al Régimen de Ahorro Individual a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLMENA hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN, la cual se materializó el 1° de junio de 1995. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales el señor NICOLÁS MURCIA BECERRA 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 la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor NICOLÁS MURCIA BECERRA como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Ello significa que, debe trasladar a la Administradora Colombiana de

*Pensiones _ COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el Fondo de Garantías de Pensión Mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades como se expuso en la parte motiva de esta decisión. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES lo que haya deducido de los aportes a pensiones efectuados por el demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados conforme a lo motivado. **QUINTO:** Sin condena en costas. **SEXTO: DECLARAR** no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas. **SÉPTIMO:** En el evento que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES no interponga recurso de apelación en contra de la presente decisión, remítase el expediente a la Sala Laboral de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de esa entidad de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”.*

Como sustento de la decisión, la Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **PROTECCIÓN**, fondo donde se realizó el traslado inicial, no allegó prueba alguna que acredite la carga que le correspondía, por lo que dedujo que el traslado pensional el demandante lo hizo sin conocer las características de cada uno de los regímenes, los aspectos negativos, positivos, las ventajas y desventajas, lo que permite inferir la ausencia de libertad informada.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, respecto de trasladar los aportes destinados para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y gastos de administración debidamente indexados. Adujo que por la buena gestión que adelantó la AFP le generó al demandante unos rendimientos financieros equivalentes al 65% que representan la suma de \$727.442.435, los cuales deben compensarse con cualquier condena que se le imponga a cargo del patrimonio de esa entidad, sin que se evidencie que se haya causado ninguna pérdida del poder adquisitivo del dinero del afiliado, por lo que considera que no hay lugar al traslado de estos rubros, menos indexados y, de hacerlo, constituiría un enriquecimiento sin justa

causa a favor de **COLPENSIONES** (*min. 01:43:06, archivo "17Audioaudiencia02102023"*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Señaló que la entidad es un tercero ajeno a los negocios jurídicos celebrados; el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria y fue la consecuencia de haber recibido del asesor la información necesaria sobre los beneficios, las ventajas, consecuencias, implicaciones de cambiar de régimen, por lo que la asesoría que recibió el demandante en su lugar de trabajo sí se ajusta a la información que se exigía para ese momento; que la inversión de la carga probatoria no constituye una regla general, siendo necesario estudiar cada caso particular, se debe verificar si se incurrió en algún vicio del consentimiento si se encontró algún hecho enrostrado frente a la posibilidad de trasladarse antes de tiempo; además, que el actor duramente más de 25 años guardó silencio y no hizo ninguna reclamación, no siendo viable aceptar el traslado de régimen pensional (*min. 01:46:21, archivo "17Audioaudiencia02102023"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de **NICOLAS MURCIA BECERRA** del RPM al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, y la devolución de los 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) NICOLAS MURCIA BECERRA** nació el 17 de agosto de 1962 y se afilió al ISS a partir del 03 de octubre de 1983 (*pág. 25 y 27, archivo “01Demanda”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 1° de junio de 1995, con efectividad del 1° de julio siguiente (*pág. 30 y 32, archivo “08ContestacionProteccionSA”*), y luego se trasladó a **PORVENIR** el 27 de mayo de 1998, efectiva desde el 1° de julio de 1998 (*pág. 88 y 90, archivo “07ContestaciónPorvenirSA”*) donde permanece actualmente.

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que, al momento del traslado del demandante del RPM al RAIS, 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 la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que su empleador en ese momento les informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que se podían perder los aportes, por lo que fue el asesor de la AFP a la oficina donde firmó la solicitud, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación formulado por **COLPENSIONES**, 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 las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, 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, 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 y debidamente indexados los gastos de administración, 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 en la alzada por **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia no ordenó la

devolución total de los conceptos referidos en precedencia, se modificará y adicionará la parte resolutive de la sentencia.

Se advierte que la declaratoria de ineficacia obliga a **COLPENSIONES** como único fondo administrador de las cotizaciones de la demandante, a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y validarlos como semanas cotizadas, 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 de la sentencia.

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

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, advirtiéndole que en este caso esa compensación económica no fue objeto de fijación del litigio, como lo reclamó en la alzada la apoderada del fondo público.

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por NICOLAS MURCIA BECERRA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLMENA, hoy PROTECCIÓN*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar al demandante, sin solución de continuidad, como su afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, 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.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, 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 afiliado en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN 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 el **DEMANDANTE** estuvo afiliado en COLMENA y en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PROTECCIÓN** 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.

QUINTO: 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.

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

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NICOLAS MURCIA BECERRA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2022 00298 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 25-2018-00396-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones instauradas en la demanda (*min.21:40, archivo “45AudienciaJuzgamiento”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

AURA ROSA MARIN DE MARIN llamó a juicio a **FLORINDA PRIETO MESA** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 20 de octubre de 2010 hasta el 16 de diciembre de 2017; en consecuencia, se condene al pago de salarios, subsidio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, vacaciones, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, aportes a seguridad social, facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró como empleada de servicio doméstico a favor de **FLORINDA PRIETO MESA** desde el 20 de octubre de 2010 hasta el 16 de diciembre de 2017 mediante contrato verbal; que se pactó como salario la suma de \$200.000, sin que fuera incrementado al pasar de los años; que cumplía con un horario de lunes a viernes de 8:00 am a 12:00m, los días sábados de 9:00 am a 3:00pm y dos domingos al mes de 9:00am a 3:00pm; que las labores fueron desarrolladas en la Carrera 18 No.51-60 Barrio San Carlos, casa de habitación de la demandada; que a finales de noviembre de 2017 se le presentó una calamidad domestica por lo que solicitó a su empleadora ausentarse por unos días y al reintegrarse se le informó que no laboraría más; y que se citó a la empleadora a audiencia de conciliación en el Ministerio de Trabajo sin embargo ésta no asistió (*pág. 1 a 12, archivo “03Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

FLORINDA PRIETO MESA, se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó que la demandante es una persona de la tercera edad, la asistencia al consultorio jurídico de la Universidad Incca de Colombia y la citación al Ministerio de Trabajo, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *carencia objetiva de causa y legitimación en pasiva*, cobro de lo no debido y mala fe, prescripción y la innominada (*pág. 1 a 8, archivo “08ContestacionDeDemanda”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min.21:40, archivo “45AudienciaJuzgamiento”*)

El 25 de mayo de 2023, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada señora **FLORINDA PRIETO RODRIGUEZ** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda instauradas por la demandante por lo motivado. **SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia por lo motivado. **TERCERO: De no ser apelada la presente sentencia y por ser adversa la presente decisión a las pretensiones de la demandante envíese a la sala laboral del Honorable**

Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (...)”.

Como sustento de la decisión el Juez expresó que conforme con las pruebas aportadas y recaudadas la actora estaría en principio beneficiada de la presunción legal del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo, que ello no la exoneraba de acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales reclamadas, como los extremos temporales de la relación y el monto del salario, aspectos que no se lograron demostrar.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Manifestó que el Juez no tuvo en cuenta lo reiterado por la Corte Suprema de Justicia al momento de enfatizar que la falta de exactitud de inicio y finalización del contrato no constituyen un impedimento para fijar los extremos laborales, por lo que considera que en este caso existen elementos probatorios que demuestran los extremos de la relación como están indicados en la demanda y las pruebas testimoniales, además que en la contestación de la demanda se indicó que **AURA ROSA MARIN DE MARIN** si asistía a la casa de la demandada, prestaba un servicio y que este se le retribuía, y hubo confesión ficta ante la no comparecencia de la accionada a absolver interrogatorio, por lo que solicita se realice una valoración integral para que se accedan a las pretensiones de la demanda (*min.22:46, archivo “45AudienciaJuzgamiento”*).

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 reiteró los argumentos expuestos 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, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados a favor de la demandada; en tal caso, verificar los demás elementos de la existencia del contrato de trabajo y la procedencia de condenar al pago de las prestaciones económicas reclamadas, conforme con lo alegado en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

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

El artículo 53 Constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del 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 a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra, pero por razones distintas a las señaladas por el *a quo*. En efecto, al revisar el material probatorio allegado y recaudado en el juicio, se concluye que la demandante no demostró haber prestado servicios personales a

favor de **FLORINDA PRIETO MESA**, razón por la cual no opera la presunción legal del elemento subordinación, como indiciario de la existencia de un contrato de trabajo, lo que impide aplicar la tesis planteada por el apelante.

En audiencia del 22 de febrero de 2022, se recaudó interrogatorio a **AURA ROSA MARÍN DE MARÍN** quien se ratificó en los aspectos fácticos narrados en la demanda, adicionando que trabajaba todos los días, de domingo a domingo (*min. 11:23, archivo "19Audiencia"*).

El 09 de marzo de 2022, se recepcionó el testimonio de Mario Antonio Chinchilla Daza (*min. 6:45, archivo "38AudienciaPruebas"*), quien manifestó conocer que **AURA ROSA MARÍN DE MARÍN** prestaba los servicios como empleada doméstica, sin embargo, al indagársele cómo le constaba dicha información, indicó que por medio de conversaciones que mantenía con la demandante en las cuales le manifestaba las funciones que desarrollaba y de otra parte, afirmó que la veía realizarlas todo el tiempo por cuanto adelantó actividades de ornamentación a favor de la señora "*leticia*", además de vivir al frente de la casa de demandada. Sin embargo, se deduce que lo que sabe o le consta de las presuntas labores adelantadas por **AURA ROSA** a favor de la demandada no fue por percepción directa, sino información de la misma accionante. Además, mencionó a la señora "*leticia*" como si ella fuera la empleadora de **AURA ROSA**, diferente a la persona que se demanda.

Pero esa declaración, que fue la única recaudada a favor de la demandante, se desvirtúa con lo narrado por Marco Julio Ferrucho Pirajan (*min. 20:30, archivo "38AudienciaPruebas"*), quien señaló que visitaba la casa todos los días porque trabajaba con Alirio Rodríguez Prieto desde el año 2013, quien es hijo de **FLORINDA PRIETO**, que veía a **AURA ROSA** por la calle, pero nunca la vio trabajar allí; que **FLORINDA PRIETO** permanecía en la cama por su enfermedad y que quien realizaba el almuerzo, el aseo de la casa y demás actividades era Alirio Rodríguez.

En audiencia del 06 de junio de 2022, se recaudó el testimonio de Alirio Rodríguez Prieto (*min. 03:45, archivo “40AudienciaPruebas”*), y en su declaración manifestó que conocía a **AURA ROSA** debido a que era una amiga de su mamá, que ella no realizaba ninguna labor a favor de la demandada ya que entre éstas existía una relación de comadrazgo, colaboración, y las visitas que realizaba la demandante eran intermitentes; que cuando **AURA ROSA** iba se estaba un rato, una hora, que su mamá la atendía y si FLORINDA subía a tender la ropa, la accionante le pasaba los ganchos; que no era posible que **AURA ROSA** realizara las funciones que dice toda vez que él era el encargado de la casa y por ende de todas las labores de mantenimiento y aseo que se deben cumplir, incluso él era el que le brindaba a veces onces.

Ahora, en cuanto a la prueba documental, con la demanda se allegó citación a una audiencia de conciliación en el Ministerio de Trabajo, liquidación de prestaciones sociales efectuada por la Universidad Incca de Colombia, certificaciones expedidas por Mario Chinchilla y Rosa Elvira Posevilla (pág. 14 a 24, archivo “03Demanda”), de las cuales no se infiere la prestación del servicio a favor de **FLORINDA PRIETO MESA**, toda vez que las personas que expidieron dicha certificación únicamente mencionaron el lugar de domicilio donde presuntamente trabajó la demandante, pero no dicen nada del vínculo con la demandada, incluso quien suscribe una de esas certificaciones es quien compareció como testigo al proceso y de su declaración se deduce que lo que narró fue por información que obtuvo directamente de AURA ROSA. Además, la liquidación y la cita a conciliación no son elementos probatorios suficientes para probar la prestación del servicio.

Al revisar la contestación de la demanda no se observa la confesión a la que alude el apelante, puesto que allí lo que se indica, entre otros aspectos, es que *“que hace algunos años, ella le colaboraba con algún tipo de compensación económica, que obedecía más a una ayuda, que a un tipo de remuneración a una labor, pues apreciaba de su compañía, ante la soledad que ambas compartían, generalmente en la*

mañana y se reunían para acompañarse y “hacer el almuerzo para los dos” y “la demandante frecuentó por algún lapso la vivienda de mi mandante y fue su compañía, relata mi representada, que en ocasiones viajaba AURA ROSA MARIN, fuera de la ciudad a visitar familiares y se ausentaba por periodos de hasta un mes, pero ella a pesar de extrañarle, no tenía forma de comunicación con ella y en otras oportunidades mi representada también lo hacía, o se encontraba hospitalizada y le dejaba las llaves para que de vez en cuando “le diera vuelta a la casa”, pues la considero de su entera amistad y confianza”, (contestación al hecho quinto y décimo de la demanda, pág. 2, archivo “08ContestacionDeDemanda”), manifestación del apoderado judicial de la demandada que no exoneraba a la parte actora de acreditar la efectiva prestación del servicio, pues la relación que se menciona en los referidos hechos no tiene connotación laboral alguna.

Respecto de la confesión presunta por la no asistencia de **FLORINDA PRIETO** a absolver interrogatorio, basta señalar que es un aspecto que debió ventilarse el apoderado en la etapa procesal pertinente. En audiencia del 21 de febrero de 2022 (*archivo “31Audienciapruebas”*), el juzgado de instancia declaró precluida la oportunidad de recaudar dicha prueba, sin aplicar ninguna consecuencia, decisión que no fue objetada por el defensor de la demandante ante su inasistencia. Por tanto, era ese el escenario idóneo para solicitar las sanciones señaladas en el artículo 205 del Código General Procesal, situación que no ocurrió y, por tanto, su extensión en sede de segundo grado resulta improcedente.

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 lugar a dudas por lo menos la prestación personal del servicio en favor de la demandada, único elemento para que operara la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Si **AURA ROSA MARIN DE MARIN** pretendía que se declarara la existencia de un contrato de trabajo con **FLORINDA PRIETO MESA**, 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 **AURA ROSA MARIN DE MARIN** prestó servicios subordinados a favor de la demandada **FLORINDA PRIETO MESA**, no le queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión 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, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.